

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA SOBRECriminalización EN EL ORDENAMIENTO
PENAL NACIONAL”**

TESIS PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : BACH. JUAN CARLOS ZA VALETA BETETA

ASESOR : DR. CARLOS CASTAÑEDA CUBAS



TRUJILLO – PERU
2014

RESUMEN

La Tesis que he denominado “**LA SOBRECriminalización EN EL ORDENAMIENTO PENAL NACIONAL**”, responde a una imperiosa necesidad de determinar la eficacia que ha tenido la política criminal del Estado para lograr la seguridad ciudadana y convivencia pacífica de los ciudadanos.

En este sentido, la formulación de nuestro Problema es el siguiente: ¿En qué medida la sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el Código Penal peruano, ha resultado eficaz para garantizar la seguridad y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país?, para lo cual proponemos la siguiente Hipótesis: **La sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el código Penal peruano, ha resultado ineficaz para garantizar la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, pues el porcentaje delincencial ha aumentado.**

En este orden de ideas, pues, analizando la doctrina y estadísticas, logramos concluir que la política criminal desplegada por el Estado a través del Derecho Penal no ha satisfecho completamente las necesidades de seguridad ciudadana y convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, por tanto, el aumento de las penas como se ha podido notar en los distintos gobiernos desde la vigencia del código penal y la sobrecriminalización de los tipos penales no es un camino adecuado para hacer frente al avance de la delincuencia.

Cabe mencionar, a modo de sugerencia, que la constatación de un progresivo aumento de la criminalidad del país, hace necesario recurrir a medidas imaginativas e intersectoriales para luchar contra la delincuencia, enfatizando aspectos preventivos, educacionales y de rehabilitación. Así, proponemos un trabajo sistemático a nivel de los centros de estudios, medios de comunicación e instituciones estatales (Poder Judicial, Ministerio Público, Inpe, Universidades, etc.

ABSTRAC

The thesis I have called "OVERCRIMINALIZATION IN THE NATIONAL CRIMINAL LEGISLATION" responds to a pressing need to determine how effective has the criminal policy of the state to ensure public safety and peaceful coexistence of citizens.

Thus, the formulation of our problem is as follows: To what extent the overcriminalization of conduct defined in the Peruvian Criminal Code, has been effective in ensuring security and peaceful coexistence of the citizens of our country for what ?, we propose the following hypothesis: the overcriminalization of the acts described in the Peruvian Criminal code, has proved ineffective in ensuring security and peaceful coexistence of the citizens of our country, as the delinquency rate has increased.

In this vein, then, analyzing the doctrine and statistics, we conclude that the criminal policy deployed by the state through the criminal law has not fully met the needs of public safety and peaceful living of the citizens of our country, thus the increase in penalties as has been noted in the various governments since the validity of the criminal code and the criminal types overcriminalization is not an appropriate way to address the advancement of crime.

It should be mentioned, by way of suggestion, that the finding of a progressive increase in crime in the country, it is necessary to resort to imaginative and intersectoral measures to combat crime, emphasizing preventive, educational and rehabilitative aspects. Thus, we propose a systematic level study centers, media and state institutions (judiciary, prosecutors, INPE, universities, etc.

AGRADECIMIENTO

*Agradezco a Dios ser maravilloso
que me dio fuerza y constancia para
poder culminar la presente tesis*

*A mis padres, Juan y Sonia, por
su amor, perseverancia y buenos
consejos para seguir adelante.*

*A todas aquellas personas que me
brindaron las facilidades necesarias
para poder realizar el presente trabajo
de investigación, ya que sin su ayuda
no hubiera sido posible realizarlo.*

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

De mi consideración:

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego, tengo el agrado de dirigirme a ustedes para presentar la tesis titulada: **“LA SOBRECriminalización EN EL ORDENAMIENTO PENAL NACIONAL”** con el propósito de optar por el Título Profesional de Abogado.

Tratando de obtener el máximo grado de claridad y rigurosidad, esta investigación ha sido desarrollada de acuerdo a la normatividad vigente. Por tanto, dejo a su acertado criterio la correspondiente evaluación de este trabajo de investigación, esperando que reúna los méritos suficientes para su oportuna aceptación.

Deseando que la presente tesis satisfaga las expectativas académicas pongo a vuestra disposición la misma para su evaluación y Agradezco, de antemano la atención que se le brinde al presente trabajo, aprovechando la oportunidad para expresar a ustedes las muestras de mi consideración y estima.

Atentamente,

Juan Carlos Zavaleta Beteta
Bachiller en Derecho

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	II
ABSTRAC.....	III
AGRADECIMIENTO	IV
PRESENTACIÓN	V
CAPITULO I.....	11
INTRODUCCION.....	11
1.1. FUNDAMENTOS DEL TRABAJO.....	11
1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	11
1.3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	14
1.4. HIPOTESIS.....	14
1.5. VARIABLE	14
1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	14
1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	14
1.6. OBJETIVOS	14
1.6.1. GENERALES	14
1.6.2. ESPECIFICOS.....	15
1.7. METODOLOGIA.....	15
1.7.1. TIPO DE INVESTIGACION	15
1.7.2. MATERIAL.....	16
1.7.2.1. TÉCNICAS	16
1.7.2.2. INSTRUMENTOS.....	16
1.7.3. PROCEDIMIENTOS	17
1.7.3.1. MÉTODOS	17
1.7.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO	18
1.7.3.3. DISEÑO DE CONSTRATACIÓN LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.7.3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS	19
1.7.3.5. DISEÑO DE PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.....	19
1.8. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION.....	20

1.9. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA PROPUESTO	21
CAPITULO II	23
EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO	23
2.1. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL	23
2.1.1. CONTROL SOCIAL.....	24
2.1.2. CLASES	25
2.1.2.1. CONTROL SOCIAL INFORMAL.....	25
2.1.2.2. CONTROL SOCIAL FORMAL.....	27
2.1.3. MISION DEL DERECHO PENAL.....	30
2.1.4. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL PROTECTORA Y PREVENTIVA.....	30
2.2. LA PREVENCION GENERAL	31
2.2.1. PREVENCION GENERAL NEGATIVA	32
2.2.2. PREVENCION GENERAL POSITIVA.....	33
2.3. PREVENCION ESPECIAL.....	34
2.4. LA POLITICA CRIMINAL COMO MECANISMO DE DEFENSA SOCIAL	36
2.4.1. NOCION DE POLITICA CRIMINAL.....	36
2.4.2. IMPORTANCIA DE LA POLITICA CRIMINAL	37
2.4.3. LA POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL.....	38
2.5. PRINCIPIOS POLITICO CRIMINAL LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO	38
2.5.1. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE POENAL (Principio de Legalidad)	39
2.5.2. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA	41
2.5.2.1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.....	43
2.5.2.2. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD	44
2.5.3. NULLUM CRIMEN SINE INIURIA (Principio de Lesividad)	44
2.5.4. PRINCIPIO DE HUMANIDAD	46
2.5.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	47
2.5.6. NULLA POENA SINE CULPA (Principio de Culpabilidad)	48
CONCLUSION:.....	49

CAPITULO III	50
ANALISIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE DE 1991	50
3.1. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL VIGENTE	50
3.1.1. LA PENA EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS EN EL CODIGO PENAL ACTUAL (1991)	50
3.1.1.1. LAS PENAS	52
3.1.1.2. CLASES DE PENAS	53
3.1.1.3. APLICACIÓN DE LA PENA.....	55
3.2. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL PERUANO	55
3.2.1. NOCION DE DECRETO LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL.....	56
3.2.2. DELEGACION DE FACULTADES LEGISLATIVAS	59
2.2.3. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY	64
3.3. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CODIGO PENAL	66
3.3.1. GOBIERNO DE ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI	67
CUADRO 1	69
CUADRO 2	69
CUADRO 3	70
CUADRO 4	73
3.3.2. GOBIERNO DE VALENTÍN DEMETRIO PANIAGUA CORAZAO	77
CUADRO 5	78
CUADRO 6	79
CUADRO 7	80
3.3.3. GOBIERNO DE ALEJANDRO CELESTINO TOLEDO MANRIQUE.....	80
CUADRO 8	81
CUADRO 9	81
3.3.4. GOBIERNO DE ALAN GABRIEL LUDWIG GARCÍA PÉREZ.....	82
CUADRO 10.....	83
3.3.5. GOBIERNO DE OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO	84

CUADRO 11	84
CUADRO 12	87
CUADRO 13	88
CONCLUSIÓN	89
CAPITULO IV	90
LA SOBRECriminalIZACION Y LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL PERÚ.....	90
4.1. LA SEGURIDAD CIUDADANA.....	90
4.1.1. CUESTIONES PRELIMINARES DE SEGURIDAD CIUDADANA	90
4.1.2. NOCION DE SEGURIDAD CIUDADANA.....	92
4.1.3. MARCO LEGAL DE SEGURIDAD CIUDADANA	93
4.2. LA INSEGURIDAD CIUDADANA.....	95
4.2.1. FACTORES QUE GENERAN LA INSEGURIDAD CIUDADANA	96
4.2.1.1. FACTORES RELACIONADOS CON LA POSICION Y SITUACION FAMILIAR Y SOCIAL DE LAS PERSONAS	96
4.2.1.2. FACTORES SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES.....	103
4.2.1.3. FACTORES CONTEXTUALES E INSTITUCIONALES	109
4.3. LA SOBRECriminalIZACION PARA HACER FRENTE A LA INSEGURIDAD CIUDADANA	109
4.3.1. PROCESOS DE CRIMINALIZACION	109
4.3.1.1. CRIMINALIZACION PRIMARIA.....	110
4.3.1.2. CRIMINALIZACION SECUNDARIA	113
4.3.2. CONCEPTO DE SOBRECriminalIZACION	122
4.3.3. PRINCIPALES IMPLICANCIAS DE UNA RESPUESTA PENAL MERAMENTE RETORICA.....	122
4.3.3.1. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES EN EL ÁMBITO EQUIVOCADO	123
4.3.3.2. EL DESPLAZAMIENTO DEL ANÁLISIS QUE ABREVA EN LAS CAUSAS PROFUNDAS DEL FENÓMENO	124
CONCLUSIÓN	126
CAPITULO V	127
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	127

CUADRO N°14	127
CUADRO N° 15.....	128
GRÁFICO N° 1:.....	129
CUADRO N° 16	130
GRÁFICO N° 2.....	131
GRÁFICO N° 3.....	132
GRÁFICO N° 4.....	133
CUADRO N° 17.....	134
GRÁFICO N° 6.....	135
GRÁFICO N° 7:.....	136
CAPITULO VI.....	137
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	137
6.1. CONCLUSIONES	137
6.2. RECOMENDACIONES.....	139
BIBLIOGRAFÍA.....	141

CAPITULO I

INTRODUCCION

1.1. FUNDAMENTOS DEL TRABAJO

El presente trabajo de investigación nos demuestra que nuestro gobierno no brinda soluciones eficaces al problema de la delincuencia, es decir, no ataca las verdaderas causas que originan la criminalidad en nuestro país ya que la política criminal desplegada por el Estado a través del Derecho Penal no ha satisfecho completamente las necesidades de una convivencia pacífica de los ciudadanos ya que en la actualidad el Derecho Penal viene siendo utilizado como única alternativa, debido a que el legislador nacional lo utiliza como instrumento predilecto, sin ni siquiera considerar que afectan derechos fundamentales y pueda violentar principios que son base y estructura de un Derecho Penal Democrático.

Es por ello que desde la vigencia de nuestro código penal de 1991 se ha visto grandes cambios en las penas de los delitos de más incidencia con el propósito de que la inseguridad ciudadana pueda disminuir pero lamentablemente nos damos cuenta que en vez de reducción hay un aumento progresivo, ya que el Derecho penal no es el remedio primordial para combatir esta inseguridad sino que debe tratarse a través de políticas educacionales y no jurídicas a los ciudadanos de nuestro país; considerando lo expuesto y la preocupación de la inseguridad en nuestro país es que a continuación se expondrá con mayor claridad la realidad problemática de nuestro tema de investigación.

1.2. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El Derecho penal en la actualidad se caracteriza porque se encuentra en un estado de expansión creándose nuevas modalidades típicas, modificándose las existentes o aumentando considerablemente las consecuencias jurídicas o sanción. Todo ello obedece a que se quiere ser frente al fenómeno social

de la inseguridad ciudadana fenómeno que no solamente aqueja a nuestro país sino a gran parte de los países del mundo.

Si revisamos la exposición de motivos del código penal de 1991 vigente desde el 26 de abril del indicado año se aprecia en el acápite **CLASES DE PENAS** que “el sistema de sanción resulta positivamente innovador. La Comisión Revisora estima haber perfeccionado la pena privativa de libertad al unificarla... pero hay que considerar que la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana, compelen a indagar por soluciones que, sin ser perfectas, constituyen al menos un relativo avance a la lucha contra el delito”.

En otra parte de la misma exposición, en el acápite **REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD** se precisa “resulta imperativo connotar las razones principales por lo que la **COMISION REVISORA** decidió proscribir del proyecto del Código Penal, los institutos penales de la reincidencia y habitualidad. Hoy no resulta valido en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan sus severidad en el modo de vida de un individuo. La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad...”

Lo sostenido en la exposición de motivos no ha sido observado por el legislador porque ya sea mediante leyes dictadas por el Congreso o por el Ejecutivo a través de decretos legislativos por delegación de facultades, se ha modificado sustancialmente la legislación penal, que a la fecha pareciera que se tratara de un código penal diferente.

El legislador ha olvidado que las leyes penales, si bien es cierto, se sustentan en la prevención de delitos, también es verdad, que fundamentalmente tiene carácter represivo porque sirve para sancionar los comportamientos de aquellas personas que han quebrado el orden jurídico y que por lo tanto no puede ser el camino para resolver los problemas sociales que se presentan en el seno de la colectividad.

Se advierte además del aumento considerable de las nuevas tipicidades, el incremento desmesurado de la sanción, porque hay muchos delitos sancionados con cadena perpetua y otros con un límite máximo de 35 años con el evidente propósito de hacer frente a la inseguridad ciudadana desconociendo que la solución no se encuentra en el campo penal sino reforzando aspectos laborales, de salud y de la educación nacional.

La Reincidencia y la Habitualidad que en la exposición de motivos la denominaban formas aberrantes han sido recogidas con posterioridad en el código penal vigente con extrema severidad y al igual que en los gobiernos anteriores, el que encabeza el Comandante Humala ha dictado un paquete de normas en el año 2013, entre ellas, la 30054, 30068, 30076, 30077, con el mismo objetivo, pero sin conseguir su propósito, superpoblando los centro de detención, existiendo proyectos para la creación de nuevas cárceles en el país.

Si desde 1991 se ha venido incrementando considerablemente las normas en el campo punitivo no solamente en el aspecto sustantivo sino también en el adjetivo, con el único propósito de combatir la seguridad ciudadana, el presente trabajo se orienta a tratar de determinar si esta abundante legislación caracterizada por una pena excesiva ha resultado eficaz en la lucha contra la criminalidad.

1.3. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿En qué medida la sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el Código Penal peruano, ha resultado eficaz para garantizar la seguridad y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país?

1.4. HIPOTESIS

La sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el código Penal peruano, ha resultado ineficaz para garantizar la seguridad ciudadana y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, pues el porcentaje delincencial ha aumentado.

1.5. VARIABLE

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

La sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el Código Penal peruano.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE

Eficacia para garantizar la seguridad ciudadana y convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. GENERALES

- a) Determinar si la sobrecriminalización de las conductas tipificadas en el Código Penal peruano, como herramienta de control social, resulta eficaz para alcanzar la seguridad y la convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país.

1.6.2. ESPECIFICOS

- a) Precisar las razones de política criminal que fundamentan el derecho de un Estado a utilizar al derecho penal como mecanismo de defensa de los miembros de la sociedad.
- b) Realizar un análisis normativo a través del tiempo de los tipos penales de homicidio calificado - asesinato, violación sexual de menor de edad y robo agravado los cuales han sufrido mayores modificaciones legislativas desde la entrada en vigencia del código penal hasta la actualidad
- c) Determinar si la política de sobrecriminalización adoptado por el legislador nacional ha contribuido en la disminución de la tasa delictiva en el país y lograr la convivencia pacífica de los ciudadanos.

1.7. METODOLOGIA

1.7.1. TIPO DE INVESTIGACION

La presente investigación es **BASICA** porque estudiamos los conceptos criminológicos de la pena desde su perspectiva doctrinaria y política criminal, consistentes en la sobrecriminalización y su influencia o no en la reducción de las conductas delictivas.

Asimismo, se trata de una investigación **EXPLICATIVA** porque en primer lugar ahondamos en los conceptos mencionados, en sus características esenciales, y en su definición precisa, para posteriormente relacionar estos con las datos estadísticos oficiales más relevantes que nos permitan explicar la relación positiva o negativa existente entre nuestras principales variables, correspondiente a la frecuente incidencia política en la modificación normativa penal y su repercusión de esta en la lucha contra la delincuencia.

1.7.2. MATERIAL

1.7.2.1. TÉCNICAS

1. Técnicas de recolección de información
2. Análisis de contenidos
3. Fichaje
4. Técnica documental
5. La observación

1.7.2.2. INSTRUMENTOS

1. **GUÍA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO:** Este instrumento contiene la estructuración que se hace del análisis de contenido o trabajo y sirve para tomar la información o conocimiento que constituyen materia de las unidades que van a ser estudiadas, con indicación de los referentes que interesan a la investigación. En nuestro caso, se elabora una guía o plan de análisis de contenido para tomar la información de la muestra.
2. **FICHAS DE INVESTIGACIÓN BIBLIOGRÁFICA:** Se usarán fichas bibliográficas para revistas las Fuentes (libros, revistas, textos, etc.) consultados y las fichas textuales de resumen para almacenar los conceptos doctrinarios y aspectos esenciales de las instituciones jurídicas vinculadas al tema, ya sea mediante la cita textual o mediante un resumen de las ideas básicas cuidando hacer un uso adecuado de ellas.

1.7.3. PROCEDIMIENTOS

1.7.3.1. MÉTODOS

- **El Método Cuantitativo** : A través de este método hemos sido capaces de recurrir a datos estadísticos oficiales estatales y datos de institutos privados o particulares para conocer las cifras exactas que permitieran realizar comparaciones a lo largo de los períodos legislativos de las modificatorias y la relación con la mayor o menor frecuencia o incidencia de los delitos estudiado
- **El Método Cualitativo**: a través del cual desarrollamos el análisis de los resultados obtenidos de las muestras
- **Método inductivo – deductivo**: Se observaron los hechos con respecto a la normatividad vigente que a lo largo de períodos legislativos han sufrido modificatorias en los extremos de la pena para agravarlas, y se observó a la vez los mecanismos constitucionales de creación de normas, la política criminal adoptada y la finalidad de las agravantes de combatir la delincuencia para permitirnos llegar a un nuevo conocimiento por deducción, en cuyas premisas iniciales se encuentran la normatividad vigente sobrecriminalizada, los datos oficiales de tasas e índices de delincuencia para concluir si las medidas políticas normativas adoptadas han sido eficaces para lograr con su objetivo.
- **Método Analítico – Sintético**: Se determinó las características teóricas fundamentales del concepto de la pena y sus principios fundamentales, conjuntamente con el

desarrollo normativo de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales aplicables. Asimismo se analizó cuidadosamente su agravación en determinados delitos sobrecriminalizados, para verificar si los resultados de estas decisiones desde la entrada en vigencia del Código Penal han contribuido con la reducción de la delincuencia.

- **Método hermenéutico – Jurídico:** Mediante este método se interpretará e intentará encontrar el verdadero sentido de la legislación penal, en todas las modificaciones de los artículos específicos analizados en la presente investigación, con la finalidad de conocer sus alcances normativos materiales y formales.

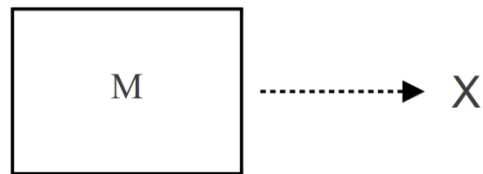
1.7.3.2. POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

Entendida la población o universo como la totalidad de los fenómenos a estudiar en las unidades de población o de muestreo, ésta comprende:

- Normas penales modificadas en los diferentes períodos legislativos.
- Datos de denuncias de los delitos de homicidio, violación sexual de menor de edad y delitos contra el patrimonio en los diferentes períodos legislativos.

1.7.3.3. DISEÑO DE CONSTRUCCIÓN LA INVESTIGACIÓN

Por ser el presente trabajo del tipo teórico, se utilizará el diseño de una sola casilla, cuyo esquema es el siguiente:



En donde:

M= La legislación en la que existe modificación en los extremos de la pena para sobrecriminalizarlo observada de los diferentes períodos legislativos

X= Relación de la sobrecriminalización con el finalidad político criminal de la reducción de las tasas delictivas.

1.7.3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

- **Primer paso:** Revisar la bibliografía existente en nuestra universidad
- **Segundo paso:** Se visito universidad locales en busca de nueva información
- **Tercer paso:** Toma de copias xerográficas de libros, revistas diarios, tesis y otros
- **Cuarto paso:** Consultas vía internet y visitar páginas web referente al tema investigado
- **Quinto paso:** Organizar la información, distinguiendo lo puntos importantes
- **Sexto paso:** Analizar la información obtenida
- **Sétimo paso:** Construir la información final que se propone en la estructura de la tesis

1.7.3.5. DISEÑO DE PROCEDIMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se elaborará en base a la observación de los datos recogidos y a las fichas de registro; asimismo, se utilizará datos estadísticos de terceros para contrastar la hipótesis de investigación.

1.8. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

- **JURÍDICA:** Nadie discute que el Estado tiene todo el derecho de defender a su súbditos cuando se atentan contra los bienes jurídicos que les pertenece y para ello deben hacer uso del derecho penal. Pero como dice Roxin “al ciudadano hay que defenderlo con el derecho penal pero también del derecho penal”, con este último aspecto, cuando las leyes resultan draconianas por su elevada penalidad.

Somos testigos de que el Estado ha dictado una serie de disposiciones legales de carácter punitivo incrementando las sanciones como una medida de querer atemorizar al infractor de la norma penal, inclusive sancionando con cadena perpetua que en el fondo constituye una muerte civil, buscando una respuesta al fenómeno delictivo a través del campo penal, cuando la solución se tiene que buscar en otros espacios como la educación, la salud, el trabajo y no con la severidad de la ley.

En tal sentido, esta investigación se justifica porque trata de demostrar que por más drástica que sea la ley, el objetivo de disminuir la criminalidad no se ha alcanzado, atentando por el contrario contra la seguridad jurídica de las personas, que es precisamente lo que el derecho trata de preservar.

- **CONVENIENCIA:** La política criminal adoptada por el Estado guarda armonía con su política social y desde esta perspectiva busca solucionar el problema de la inseguridad ciudadana mediante la aplicación de la ley

penal, pero equivocando el camino al creer que con la severidad de la pena va a alcanzar este objetivo, despertando el temor en la sociedad, porque un inocente puede ser víctima de esta sobrecriminalización.

En tal sentido esta investigación se justifica porque tratare de demostrar que el método de tapa goteras entendida como tipificar como delito todo acto antijurídico, que utiliza el legislador nacional resulta peligroso para los integrantes del colectivo social.

1.9. ANTECEDENTES SOBRE EL TEMA PROPUESTO

- a) **CASTILLO FLORIAN Noemí Patricia; (2003); “LOS PROCESOS DE SOBRECriminalIZACION Y SOBRePRISIONALIZACION Y SU RELACION CON LOS FINES PREVENTIVOS GENERALES DE LA PENA”;** se presentó para obtener el título de abogado; Universidad Nacional de Trujillo; donde se concluyó respecto de nuestro tema lo siguiente:

“Los procesos de sobre criminalización y sobreprisonalización que han sido implementados en nuestro ordenamiento jurídico en la última década NO han cumplido sus pretendidos fines preventivo generales que constituyeron su sustento teórico, toda vez que los índices de criminalidad no disminuyeron, siendo por ello falso que cumplan los fines preventivo generales que constituyen su justificación”.

- b) **OBESO LAZARO, Diana y SOLIS MENDOZA, María Elena; (2007); “EL DESMEDIDO USO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR EL LEGISLADOR PERUANO: ¿POLITICA CRIMINAL O POLITICA DEMAGÓGICA?”;** se presentó para obtener el título de abogado; Universidad Nacional de Trujillo, que señala:

“Muchos de nuestros legisladores no brindan soluciones reales al problema de la delincuencia, es decir no atacan las verdaderas causas que originan la criminalidad en nuestro país como son las carencias sociales y económicas, las mismas que condicionan la conducta de las personas”

c) RUIZ MOLLEDA JUAN CARLOS; CONSORCIO JUSTICIA VIVA; (19 de Setiembre del 2005); “LA MEJOR POLITICA CRIMINAL ES UNA BUENA POLITICA SOCIAL”; PERU; que señala lo siguiente:

“Toca al Gobierno nacional, y a los gobiernos regionales y locales, hacerse cargo del problema de la delincuencia. Los funcionarios del Poder Ejecutivo deben saber que la represión penal es una solución efectiva en el corto plazo, pero parcial en el mediano y en el largo. No contribuye a la protección de los bienes jurídicos, ni desarrolla efectos preventivos e intimidatorios eficaces. En el mediano y largo plazo, tiene efectos nocivos sobre la credibilidad de todo el ordenamiento jurídico, que se ha mostrado inaplicable e ineficaz. Hay que incidir en los mecanismos de control informales: la familia, la escuela, el trabajo; y en la eficacia de los controladores formales, especialmente jueces y policías.

CAPITULO II

EL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

2.1. EL DERECHO PENAL COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL

El Derecho penal como última ratio es uno de los principales medios de control social destinados a mantener el orden establecido en nuestra sociedad; así también como lo es la familia, la escuela y los tantos grupos sociales que manejan nuestro actuar diario pero que no tienen carácter coactivo como si lo tiene el Derecho Penal; para el maestro **MIR PUIG SANTIAGO** señala que: “El Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen. (MIR PUIG, 2008, pág. 39)

Del mismo modo para **VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando**: El Derecho penal lleva a cabo el control social de dos formas distintas: de un lado, a través del llamado control social punitivo institucionalizado, que se ejerce sobre la base de la existencia de un conjunto de agencias estatales denominado sistema penal; o, del otro mediante un control social no institucionalizado, efectuado por medio de conductas no institucionales, esto es, ilícitas, tal como existe en los países latinoamericanos con la operancia de grupos paramilitares y de justicia privada. (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997, pág. 8)

En consecuencia basándonos en las opiniones de los autores señalados líneas arriba, puedo precisar que para lograr el éxito del control social, es decir mantener el orden de la colectividad y evitar o al menos reducir prudencialmente medios coactivos o violentos, éste debe ser regulado en relación de toda nuestra sociedad y deben existir agencias de control social que puedan hacerlo, evitando la marginación como fenómeno social, y evitar que cuando se pueda lograr la estabilidad social ésta se ponga en peligro cuando las agencias pierden poder.

También interesa resaltar que el Derecho penal como medio de control social emplea la violencia (carcel, internamientos, suspensión, limitativas de derechos, entre otras) los cuales limitan la libertad del hombre en la sociedad y cuya tarea es compartida a través de instituciones públicas y privadas, con la única diferencia de que está permitida por el ordenamiento jurídico y vendría hacer una violencia formalizada.

2.1.1. CONTROL SOCIAL

Se llama control social al conjunto de medios, precisamente sociales o con repercusiones sociales para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. O, también, es el disciplinamiento de los comportamientos humanos en el seno de la sociedad, logrando de esta manera asegurar el cumplimiento de las expectativas de conducta y los intereses contenidos en las normas que garantizan la convivencia. (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 1997, pág. 7)

Ahora bien, el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad. Precisa completarse, perfeccionarse y reforzarse a través del orden jurídico; por tanto el control social es una condición básica de la vida social, precisa los límites de la libertad humana

en la sociedad, y es también un instrumento de culturalización y socialización de sus miembros.

Asimismo para **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe**: el control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen, a fin de asegurar su estabilidad y supervivencia. Así, el control social busca garantizar que las personas se sometan a las normas de convivencia, dirigiendo satisfactoriamente los procesos de socialización. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, pág. 123)

En consecuencia basándonos en las definiciones señaladas anteriormente; se puede colegir que el control social es un conjunto de normas y regulaciones de diferentes tipos como prácticas, actitudes y valores que son establecidos explícita o implícitamente por una sociedad, los cuales están destinados a mantener el orden de los individuos y permitir el desarrollo de un nivel de vida organizado y controlado aunque lamentablemente a veces éste se ve afectado por medios coactivos o violentos; es por ello que el control social tiene como objetivo principal mantener a grupos sociales dentro de un orden formalmente aceptado de modo tal que se respeten un número de normativas básicas que contribuyan a generar estilos de vida organizados y no conflictivos.

2.1.2. CLASES

En nuestra sociedad se pueden diferenciar formas de control social informal y formal.

2.1.2.1. CONTROL SOCIAL INFORMAL

Es ejercido por instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria, su función no es el ejercicio del control, se suele citar como ejemplos a la familia, los centros

educativos, centros laborales, etc. Y cuentan con un sistema de sanciones que puede ser, en algunos casos, muy duras y desproporcionadas.

Según **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl**: Son todos aquellos mecanismos de control social que se agrupan a partir de instituciones sociales, cuyas ordenaciones o reglas sólo son obligatorias para determinados miembros, no se encuentran reglamentadas en el derecho positivo. Se reconoce como el proceso de socialización primaria. Ese proceso que empieza en la familia, pasa por la escuela, la religión, la profesión, el trabajo, convierte a estos agentes sociales en instancias de control informales. Son los ámbitos de aprendizaje primario del individuo, que contribuyen de forma definitiva en la formación conductiva del hombre en relación con los demás. Comprende las corporaciones asociativas, gremios de profesionales, centros religiosos, sindicatos de obreros. etc. Aparece un medio de control social informal que en la sociedad actual ha adquirido una inusitada relevancia, nos referimos a los medios de comunicación social. Que en una colectividad caracterizada por el intercambio incesante de información. Se constituye en una poderosa arma de control sobre la conducta de los ciudadanos. Los medios de comunicación dramatizan la violencia cotidiana, la sobredimensionan a fin de ejercer presión directa o indirecta sobre los medios de control sociales formales y sobre la adopción de actitudes que ellas generan sobre los individuos. En efecto, los medios de comunicación social, escrita y televisiva configuran instrumentos de presión mediática, a partir de ciertos mensajes comunicativos de significativo alcance hacia los ciudadanos, hasta el punto de determinar a veces el norte de la política criminal del Estado. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pág. 46)

Teniendo en cuenta lo señalado, debo precisar que hoy en día la crisis de las instituciones tradicionales, como medio de control social informal, han dado lugar al acrecimiento de las referidas conducta irregulares, comenzando en las pandillas juveniles, las cuales llenando el vacío creado por la ineficacia de la familia, la escuela e iglesia, surgen sub culturas y costumbres, en donde se han asociado en muchos casos a la ejecución de actos ilícitos. Por ello, podemos señalar que si bien el incremento de las conductas irregulares es una muestra tangible del fracaso del control social informal, es decir de la crisis de las instituciones socializadoras como la familia o colegio, por tanto, cualquier esfuerzo de prevención del delito en adolescentes debe partir principalmente por ayudar a estas instituciones tradicionales, a que recupere el rol al que están destinadas y se conviertan en un espacio de participación donde la persona construya su ciudadanía.

Entonces puedo colegir que el control social informal son aquellos valores sociales presentes en los individuos que no se encuentran institucionalizados, como la educación, los medios de comunicación, las normas morales, etc., las cuales no tienen un tipo formal a través de normas o leyes escritas; sino que la ejercen basándose en sus hábitos y costumbres.

2.1.2.2. CONTROL SOCIAL FORMAL

Se puede precisar, que el control social formal, sirve para asegurar el orden y la convivencia dentro de la sociedad, pues al mismo tiempo señala el marco que circunscribe los modos de ser y actuar socialmente aceptables, castiga los comportamientos nocivos por medio de un complejo sistema de sanciones y reglas, que

persiguen la disciplina social, sometimiento y conformidad del individuo a las normas de convivencia.

Según **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl**: El control social institucionalizado o formalizado es la manifestación del poder estatal que se ejerce de forma coactiva y vertical, es el poder político que se ejerce a partir de una normación reglada, donde se impone el imperativo a todos los ciudadanos de comportarse de acuerdo a modelos de conducta, cuya infracción supone el desencadenamiento de una reacción institucionalizada: "sanción". El Estado reconoce una serie de Instituciones que se encargan de velar por el cumplimiento de la norma, se les confiere potestades de coacción y de sanción, las cuales se plasman en una serie de procedimientos debidamente reglados. Estos agentes de control institucionalizados o formalizados son el Derecho, la administración de justicia, la administración penitenciaria, los jueces, fiscales, policías y todos los que jurídicamente están encargados de decidir, imponer y ejecutar las sanciones. La norma define el comportamiento desviado como delictivo, la sanción es la reacción generada por aquella conducta y el proceso penal asegura su razonabilidad en la decisión del órgano judicial, conforme a los valores emergentes de la Constitución. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, págs. 40-41)

Asimismo **BUSTO RAMIREZ JUAN Y HORMAZABAL MALAREE HERNÁN**: señalan que en tal sentido, al contrario de lo que sucede con el control social informal, la respuesta de este tipo de control ante la conducta desviada esta regulada por el derecho escrito. Pero quizás el aspecto mas destacable de estas instancias de control social formal sea el hecho de que todas se integren dentro de un sistema total dinamico en que cada una de ellas constituyen una pieza con funciones definidas. De ahí que cuando se hable de

control formal se este haciendo referencia a este complejo de instituciones integradas dentro de un sistema de total, sistema penal, cuya función específica es el ejercicio de un control social específico: el control penal (BUSTOS RAMIREZ Y HORMAZABAL MALAREE, 1997, pág. 16)

En tal sentido a mi parecer, el control social formal son las que se implementan a través de estatutos, leyes y regulaciones contra las conductas contrarias a nuestra sociedad; es decir son manifestaciones que tienen alto grado de precisión y organización, en donde hay una jerarquía de autoridades que son las encargadas de crear éstas normas para castigar las conductas no deseadas. Dichas medidas son respaldadas por el gobierno y otras instituciones por medios explícitamente coactivos, que van desde las sanciones hasta el encarcelamiento.

Hoy en día, existe una tendencia a la ampliación de la intervención del Derecho penal, el cual protege los bienes jurídicos “ofreciendo engañosamente a la opinión pública una solución de problemas que no se verifican en la realidad” entendiéndose que de ese modo se evitará la propagación y el incremento de conductas ilícitas. Cuando por el contrario, si es que se busca evitar actos ilícitos, no se debe crear nuevos tipos penales; sino, debe existir una mejor coordinación entre ambos sistemas de control social como único camino para una efectiva labor de prevención del delito. Pues, no disminuye el delito incrementando el control formal; sino, mejorando la coordinación del control penal con el control informal, ponderando la efectividad con el costo social y tomando “todas las posibles medidas positivas de tipo jurídico o político social que ayuden a evitar los delitos sin acudir al Derecho Penal” a fin de lograr

una intervención penal necesaria y proporcionada, cuando un adolescente o adulto infringe la ley penal.

2.1.3. MISION DEL DERECHO PENAL

El Derecho penal tiene la misión de proteger los bienes jurídicos. En todas las normas jurídico penales subyacen juicios de valor positivo sobre bienes vitales que son indispensables para la convivencia humana en la comunidad y deben ser protegidos, consecuentemente por el poder coactivo del Estado a través de la pena. Estos bienes elementales son, por ejemplo la vida humana, la integridad corporal, el patrimonio, entre otros. (HEINRICH JESCHECK, 1993, pág. 6)

A nuestro entender la misión del Derecho Penal vendría hacer la protección de la convivencia humana en la comunidad y nadie a la larga puede subsistir por sí solo, antes quizá, debido a la naturaleza de sus condiciones existenciales, todas las personas dependían del intercambio, la colaboración y la confianza recíproca. Es por ello, que el Derecho penal tiene una importancia fundamental para las relaciones humanas como orden de paz y protección.

2.1.4. FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL PROTECTORA Y PREVENTIVA

Nuestro Código Penal señala en su artículo I del título preliminar *“Este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad”*.

Entonces, a mi entender el Derecho Penal realiza su misión de protección de la Sociedad, castigando las conductas no solo consideradas como delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es proteger a la sociedad y esto se lograría a

través de medidas que por un lado lleven a la separación del delincuente por el tiempo que sea necesario, a la par que se reincorpora al medio social y pueda comportarse de acuerdo a derecho.

Según **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe**: señala que es fundamental considerar que la función del Derecho penal es la protección a los bienes jurídicos, para ello el Derecho penal previamente crea principios y reglas según las cuales se ha de tratar el delito, describe las conductas prohibidas, prevé las penas y medidas de seguridad, la medida en cómo se ejecutarán, las garantías que tendrá el sujeto durante el proceso, etc. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, pág. 9)

Ademas se debe señalar que el Derecho Penal tiene a parte de una función protectora, una función represiva, en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva siempre va acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente.

2.2. LA PREVENCION GENERAL

El concepto de prevención general alude a la prevención frente a la colectividad. Concibe la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad.

Por consiguiente, es el conjunto de normas jurídicas, respaldado por la coerción o amenaza de una sanción que conllevaría al cumplimiento de tales normas. Esta coerción tiene como fin evitar que el individuo ejecute el comportamiento legalmente prohibido, de manera que la persona, a sabiendas de las consecuencias negativas, se abstiene de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Existen dos concepciones distintas a la prevención general: la **prevención general negativa** el cual evita la ejecución de posteriores conductas delictivas con el factor intimidatorio y la **prevención general positiva** en donde el ordenamiento jurídico penal se ejerce a partir del fortalecimiento colectivo de la norma y la confianza de su vigencia.

2.2.1. PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA

Su principal representante fue Feuerbach (1775 – 1833), quien denominó a esta teoría como doctrina de la coacción psicológica. Para este autor, la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica, interna, que en los casos de una posible infracción del Derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio; La coacción psíquica de la tesis de Feuerbach radica en la amenaza penal, que deriva de la conminación legal del delito con una pena que está llamada a actuar de manera intimidadora sobre el conjunto de los ciudadanos; Cuando un sujeto realiza un delito merece ser sancionado con una pena. Esta despliega un efecto intimidante en el resto de ciudadanos, a fin de que estos en el futuro se abstengan, de cometer un delito. (POLAINO NAVARRETE, 2004, pág. 64)

A mi entender conforme a la teoría de la prevención general negativa, la pena debe actuar sobre el colectivo social evitando la comisión de los delitos mediante la amenaza de la pena. La base es la intimidación a los miembros del grupo social, ésta intimidación opera como una coacción psicológica sobre todos los componentes de la sociedad que se encontrarán constreñidos por la amenaza de la pena. Estas penas se encuentran en la base de que los castigos fueran públicos, no solo basta con el castigo al delincuente, sino que éste sufriera una vergüenza al ser conocida por los miembros de la sociedad.

Para **LOPEZ BRAJA DE QUIROGA JACOBO**: precisa que la objeción más importante que se plantea a la teoría de la prevención general negativa es que se trata de una teoría que carece de límites y por consiguiente, puede permitir bajo su ámbito la imposición por el Estado del terror penal. En efecto, si la esencia de la prevención general negativa se encuentra en la intimidación a los ciudadanos, cuanto más fuerza se utilice, cuanta más crueldad se aplique en las penas, cuanto más grave y duro sea los castigos, así correlativamente, tanto más intimidados se encontraran los miembros del colectivo social. Fundar la coerción estatal en algo irracional como el terror no puede ser admisible en un estado social y democrático de derecho. (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, pág. 43)

En consecuencia puedo concluir que la prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar ni poner en peligro a los bienes jurídicos penalmente protegidos, reprimiendo el impulso delictivo cuando sepan que inevitablemente al hecho delictivo cometido le seguirá la imposición de una pena.

2.2.2. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

La teoría de la prevención general positiva, como su propio nombre indica, es una teoría de prevención general. La prevención general negativa considera que la pena ha de buscarse la intimidación de los ciudadanos, por el contrario, la prevención general positiva considera que la pena reafirma la vigencia de la norma; la pena es definida en forma positiva. Es prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos y es positiva, porque no se pretende que ese efecto consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena. (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, pág. 55)

El principal defensor de esta teoría es **GUNTHER JAKOBS**, que en resumen expresa “La pena no repara bienes, si no que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, si no solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma, a su vez no es un suceso natural entre seres humanos, si no un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”. (GUNTHER JAKOBS, 1996, pág. 33)

La misión de la pena, es decir del derecho penal es la garantía de la identidad normativa de la sociedad, o sea, el aseguramiento de la vigencia de la norma, el reconocimiento o mantenimiento de su validez. Es por ello que corresponde sancionar con una pena aquellos hechos delictivos que lesionen la vigencia de la norma

En consecuencia se entiende que la prevención general positiva es aquella que va encaminada a restablecer la confianza del resto de la sociedad en el sistema de Derecho, es decir en sus normas jurídicas vigentes que van a castigar hechos que son quebrantadas cuando terceras personas cometen un delito.

2.3. PREVENCIÓN ESPECIAL

La teoría de la prevención especial considera que la forma de evitar nuevos delitos es actuando sobre la persona que ya ha delinquido. La pena funciona así de forma individual, con la finalidad de evitar que el mismo vuelva a delinquir. Así pues, mientras en la prevención general, la amenaza va dirigida a todos los miembros de la sociedad; por el contrario, en la prevención especial la idea es que lo importante es el efecto que la imposición de la pena tiene sobre la persona que ya ha delinquido.

Según **LOPEZ BARJA DE QUIROGA**, precisa que se parte de la idea de que la prevención general no ha funcionado y precisamente, porque la persona ha delinquido. Entonces es preciso actuar individualizadamente sobre dicha persona para evitar que vuelva a delinquir. Con el tiempo estas teorías conducirán a considerar que lo importante es que la pena es un tratamiento. Posteriormente, el paso siguiente será sustituir la pena por el tratamiento individualizado. De ahí que surja la idea de la resocialización y la reinserción social del delincuente. Que la pena se orienta a la resocialización o que se defienda como alternativa a la pena el tratamiento resocializador. (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, pág. 44)

Su principal representante fue Franz Von Ligt (1851 - 1919) quien en su conocido programa de Marburgo en el marco de la prevención especial, sostuvo que la pena a de desempeñar tres cometidos esenciales, de acuerdo al tipo de delincuente al que va dirigido la pena:

- 1) función de prevención especial positiva, que se analiza en la corrección o mejora del delincuente capaz y necesitado de corrección, esto es al delincuente principiante de la carrera criminal.
- 2) función de prevención especial negativa, consiste en la intimidación del delincuente no necesitado de corrección, o sea al delincuente ocasional.
- 3) Por último, prevención especial neutralizada o neutralizante, cuyo cometido es la inocuidad del delincuente no capaz de corrección, que son los delincuentes habituales no susceptibles de corrección. (POLAINO NAVARRETE, 2004, pág. 227)

En tal sentido, La prevención especial es la intervención específica en la persona delincuente. Para esta teoría el efecto motivatorio de la pena es evitar que la persona que ha cumplido una condena vuelva a delinquir, de ahí que nuestra Constitución Política del Perú regule en el artículo 139: son principios y derechos de la función jurisdiccional – inciso 22 *“El principio de que el régimen penitenciario*

tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

2.4. LA POLITICA CRIMINAL COMO MECANISMO DE DEFENSA SOCIAL

2.4.1. NOCION DE POLITICA CRIMINAL

- **PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl:** Señala que para VON LISZT la política criminal es el conjunto sistemático de principios, garantizados para la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena, con arreglo a los cuales debe conducir el Estado la lucha contra el delito, por medio de la pena y de instituciones similares a ella. La política criminal es aquella ciencia política social, que se orienta y encamina a formular positivamente una lucha adecuada y eficaz contra la criminalidad, de arreglo con el principio de legalidad y de las instituciones encargadas funcionalmente a ejecutarla. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pág. 38)
- **VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A.:** La Política Criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia penal. Para otros, la política criminal busca modelos de regulación y adopta decisiones sobre ellos en una constante revisión en orden a las posibilidades de mejora de la justicia penal, sobre la base de los resultados que aporta la Criminología y la crítica del actual sistema punitivo. Es una disciplina con fundamento empírico que forma parte de la política jurídica del Estado, que a su vez integra su política general. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, págs. 27-28)
- **HURTADO POZO, José:** Supone un esfuerzo de sistematización y de actualización de las instituciones que luchan contra la delincuencia; instituciones que deben, como afirma Marc Ancel, estar integradas en un conjunto coordinado dentro del cual se complementan, en lugar de oponerse; y

que deben ser adecuadas a las condiciones sociales. (HURTADO POZO, 2005, pág. 62)

- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl:** Se entendió por política criminal la posición de una escuela de principios de siglo, para la cual era la política del Estado que, guiada por la criminología se dirigía a combatir el delito. (ZAFFARONI EUGENIO, 1998, pág. 116)

De lo recabado por los autores señalados líneas arriba; puedo colegir que un aspecto esencial del Derecho penal es, precisamente, la política criminal; ya que viene a ser el conjunto de decisiones, instrumentos y reglas que orientan el ejercicio de la violencia estatal, que es una coerción penal hacia determinados objetivos y se puede realizar desde distintas disciplinas que se conectan con la misma como es el Derecho penal, la Criminología, el Derecho Procesal Penal, la Sociología criminal, la Ciencia Política, etc.; es decir, es el estudio del delito como conducta humana y social, de investigar las causas de la delincuencia, de la prevención del delito y del tratamiento del delincuente.

2.4.2. IMPORTANCIA DE LA POLITICA CRIMINAL

Una vez ya desarrollado la noción de política criminal se deberá determinar cuál es su importancia y para **BRAMONT- ARIAS TORRES**, señala que: Es el fundamento de porque se castiga determinada conducta y porque no otras. Es decir, se ocupa de como configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección a la sociedad. Por ejemplo: las excusas absolutorias (artículo 208 del Código Penal). (BRAMONT-ARIAS TORRES, 2008, pág. 52)

Entonces la importancia de la política criminal está determinada a la prevención delincidencial, es decir a que el delincuente no pueda delinquir, asimismo procurará que el niño o joven, especialmente el marginal, aquél

abandonado por su familia, por el Estado y por la sociedad, no se convierta en delincuente; que otros no se hagan adictos a las drogas o al alcohol; que se reduzca la circulación ilegítima de armas de fuego, que se refuercen los sistemas educativos y recreativos para la niñez y la juventud, con énfasis en la formación en valores; que se brinde apoyo a la familia de bajos recursos; que se organicen los barrios y las comunidades participativamente y esto será posible a través de los controles informales y la calidad de vida de la sociedad; teniendo en cuenta las decisiones del poder político o económico, el cual en la mayoría de los casos establece como y cuáles son los bienes jurídicos que deben protegerse.

2.4.3. LA POLITICA CRIMINAL Y EL DERECHO PENAL

La Política criminal se compone del conjunto uniforme de criterios rectores de lo que debe ser el fin de Derecho penal y de la pena en una sociedad determinada.

La Política criminal conectada con las causas del delito, se ocupa de como haya de recogerse correctamente los elementos de los tipos penales para responder a la realidad de aquel, intenta determinar los efectos de las sanciones empleadas en el Derecho penal, considera hasta que limite puede extender el legislador el Derecho penal para no restringir la espera de libertad del ciudadano. (HEINRICH JESCHECK, 1993, pág. 18)

2.5. PRINCIPIOS POLITICO CRIMINAL LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO

Los últimos procesos de modificación y reforma del derecho penal nacional siguen mostrando una política criminal carente de objetivos claros y coherentes. El Estado sigue respondiendo a los problemas sociales de criminalidad que afronta el país de manera desordenada, coyuntural o espontánea. En ese contexto, pues, se criminalizan nuevas conductas

delictivas para cumplir acuerdos internacionales como la trata de personas o la inmigración ilegal, a la vez que se continúa sobrecriminalizando delitos tradicionalmente sensibles a la opinión ciudadana o al interés de los medios de comunicación social como la corrupción administrativa, el secuestro, la violación de menores o el tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, en ninguno de los casos las decisiones del legislador se generan o justifican con un conocimiento previo e integral de los aspectos criminológicos o criminalísticos que condicionan o identifican la presencia de tales ilícitos en la realidad nacional.

Al parecer, la formulación de la política criminal nacional ha olvidado plenamente sus bases de orientación y legitimación. Se ha hecho común que el Estado y sus órganos competentes en este dominio ejerzan sus funciones y atribuciones sin reparar muchas veces en la consistencia constitucional y legal de sus decisiones y acciones. Resulta, por tanto, pertinente e indispensable reiterar la plena vigencia de los principios reguladores del control penal y del contenido esencial de sus enunciados programáticos. Sólo recuperando su utilidad y trascendencia para la configuración del sistema tecnológico u organizacional del control penal en el país, es que se podrán evitar y corregir las constantes distorsiones y errores que se detectan en las nuevas normas penales, procesales y de ejecución penal que se han promovido y promulgado en los últimos cinco años. (PRADO SALDARRIAGA, 2009, págs. 249-250)

2.5.1. NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE POENAL (Principio de Legalidad)

La sumisión del Derecho penal a la ley, como única fuente creadora de delitos y penas, se conoce generalmente con el nombre de “principio de legalidad”, consiste en no admitir otras infracciones penales ni otras sanciones de otro carácter que las previstas por la ley.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 inc. 24 párrafo “d” de la constitución política del Perú que dice: *“nadie será procesado ni condenado, por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como sanción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”*. Así también el artículo II del título preliminar del código penal peruano, lo recoge de la siguiente manera. *“nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecido en ella”*.

El principio de legalidad presenta uno de los principios básicos del Derecho penal moderno que surge de la Revolución Francesa y de los movimientos codificadores: teniendo como fundamento político el constituir un límite al Poder Ejecutivo del Estado y una garantía a la libertad de los individuos, que encuentran su afectividad en la teoría de división de poderes. Es decir, el principio de legalidad tiene en primer lugar una justificación política o de garantía del ciudadano frente al poder, su base jurídica se la dio el penalista alemán Feuerbach con su frase: *“nullum crimen, nullum poena sine lege previa”*, que quiere decir: no hay delito, no hay pena sin ley. Solo se considera como delito el hecho y solo se puede aplicar una sanción penal si ésta está establecida previamente en la ley, este aforismo, es una seguridad para la sociedad. (BRAMONT-ARIAS TORRES, 2008, pág. 81)

En su enunciado formal el principio que estamos analizando precisa que sólo la ley puede señalar qué conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales actos ilícitos. Asimismo, determina que las penas sólo podrán ejecutarse del modo establecido en la ley. Cabe señalar que tales exigencias alcanzan también a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias. La legislación peruana se caracteriza también, por el escaso respeto que hacia el Principio de Legalidad guardan sus normas penales. Al respecto en el Código Penal y en sus modificaciones se advierten

constantes transgresiones a las exigencias de certeza y de taxatividad. En efecto, el legislador suele recurrir para la descripción del hecho punible a tipos penales sobrecargados de elementos normativos. (PRADO SALDARRIAGA, 2009, pág. 28)

Por lo dicho anteriormente, el principio de legalidad es un principio fundamental conforme al cual todo ejercicio de un poder Público debería realizarse acorde a ley vigente y su jurisdicción y no a la voluntad de las personas; es por ello que se puede determinar que cumple un importante rol de garantía para los ciudadanos y se constituye como un límite formal a la función punitiva estatal. En este sentido, este principio busca seriamente someter al Estado, a la Ley, a la garantía de la seguridad jurídica y a los Derechos Fundamentales de la persona humana.

2.5.2. PRINCIPIO DE INTERVENCION MINIMA

El poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Esto significa que el Derecho Penal solo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos protegidos más importantes. Las perturbaciones leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. Por eso se dice que el Derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico.

En la actualidad el principio de intervención mínima se configura como una garantía frente al poder punitivo del Estado, y constituye por tanto, el fundamento de los ordenamientos jurídicos penales de los Estados de Derecho.

Mediante esta política se demanda que el Estado sólo interfiera en la libertad ciudadana, cuando sea necesario proteger un bien jurídico. **Como** propone **HURTADO POZO, José**: "La restricción de los derechos de las

personas sólo se justificará en la medida en que sea indispensable para salvaguardar el bien común" (HURTADO POZO, 2005, pág. 48)

Ademas, este principio señala que toda intervencion penal del Estado solo debe operar cuando hayan fracasado otras medidas tambien utiles para tutelar el bien juridico. es decir, que previamente se hayan agotado todas las formas de control extrapenal, por eso es que tambien se le denomina principio de Derecho penal de ultima ratio.

En nuestro país este principio es permanentemente ignorado por el legislador. Para él todo problema criminal debe ser afectado exclusivamente desde el control penal. Pues como ya lo mencionamos líneas atrás el Derecho penal es más bien la única ratio. Por ejemplo, en los primeros años de vigencia del Código Penal se generó una criminalización paralela de actos contra el ecosistema (Artículos 304° a 314°), al incorporarse delitos similares a los que tipificaba el ya derogado Código del Ambiente y los Recursos Naturales de 1990 (Artículos 119° a 127°).

En otros casos la falta de claridad político criminal sobre los niveles necesarios de control que debe ejercerse sobre una conducta ilícita, lleva a que un mismo comportamiento califique, simultáneamente, como delito y como infracción administrativa. Esto último ha ocurrido entre algunos supuestos del delito contable previsto en el artículo 5° de la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo 813) y las infracciones contables que regula el Código Tributario (Decreto Legislativo 816, artículo 175°). Estos ejemplos muestran, pues, que es necesario que el legislador valore y acepte que en no pocas ocasiones una tutela eficaz de los bienes jurídicos dependerá más de un buen orden o control administrativos, que de normas punitivas de dudosa efectividad social. Como bien señala **VILLAVICENCIO TERREROS - citado por (PRADO SALDARRIAGA)**: "No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es

reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. Este límite al poder penal debe ser siempre atendido por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización primaria de conductas, puede convertir al estado en uno policial en el que sería insoportable la convivencia". (PRADO SALDARRIAGA, 2009, págs. 264-265)

Asimismo se debe señalar que en la doctrina el principio materia de desarrollo se concreta en dos sub principios o exigencias como son: el principio de Subsidiariedad y el principio de Fragmentación.

2.5.2.1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El Derecho penal es el último medio de control formal al cual debe recurrir la sociedad. Por lo que debe intervenir solo cuando los otros medios de control social (formales e informales) han fracasado. Esto hoy en día es discutible. Dado en múltiples ocasiones hemos observado como el legislador utiliza la fuerza penal como primera ratio para la solución de conflictos sociales.

El Derecho penal en principio es la ultima ratio, también se puede aplicar sobre las sanciones a imponerse, se debe preferir una sanción administrativa antes que una sanción penal; un ejemplo de esto surge en los delitos surgidos al medio ambiente, en los cuales la administración tiene el poder de sancionar (BRAMONT-ARIAS TORRES, 2008, pág. 28)

Entonces podemos determinar que este principio nos da a entender que las leyes penales deben utilizarse cuando otras vías extrapenales se han agotado en el intento de garantizar la tutela de los bienes jurídicos lesionados, puesto que la intervención del estado en materia punitiva siempre conlleva el recurso a instrumentos que comportan gravísimas consecuencias en los derechos de los ciudadanos.

2.5.2.2. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

El Derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, solo los mas importantes. Si el Derecho penal interviniera en todas las situaciones en que hay conflicto se correria el riesgo de paralizar toda la actividad social y economica del pais; ademas las personas no pueden vivir bajo la constante amenaza de una posible sancion penal, apareceria una inseguridad total de los ciudadanos; asi en algunos sectores del ordenamiento penal se ha procedido a eliminar ciertas figuras delictivas como el adulterio. El ordenamiento juridico tiene en cuenta la forma en que se afecta al bien juridico por eso mayormente se castigan los delitos dolosos. (BRAMONT-ARIAS TORRES, 2008, pág. 30)

Entonces se puede colegir que este principio se refiere que el Derecho penal no puede llegar a brindar proteccion penal a la totalidad de bienes juridicos ni a protegerlos de todo tipo de agresion lesiva; es decir se hallan al margen de la ingerencia penal como son los comportamientos lesivos que atentan contra la moral, los ilícitos administrativos, disciplinarios, civiles, laborales, etc., por consiguiente solo determinados bienes jurídicos importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal.

2.5.3. NULLUM CRIMEN SINE INIURIA (Principio de Lesividad)

Denominado también Principio de Ofensividad o del Bien Jurídico que constituye un límite fundamental al Ius Puniendi del Estado y encuentra sustento legal en el Art. IV del Título Preliminar del Código Penal, que

expresa: *“La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”*

Este principio cumple una función limitadora de las función punitiva del Estado el cual lo encontramos en el contexto histórico de su formulación; cuando se señala que el Estado no puede intervenir para promover, defender o reforzar concepciones éticas, ideológicas o políticas e intereses particulares.

Fue precisamente con el nacimiento del Estado liberal y las ideas de igualdad y de libertad las que dieron al Derecho penal un carácter formal, más humanitario y totalmente diferente al que existió durante el feudalismo y el Estado absolutista.

Es en realidad el principio “más útil para poner límites democráticos al ius puniendi” cuya pretensión es que toda decisión política de criminalización (la creación de un delito) sea la tutela de intereses individuales o colectivos útiles para la convivencia social a los que hace ya bastante tiempo se les ha dado el nombre de “bienes jurídicos”. Y por otro lado que toda conducta sancionada tenga como antecedente una lesión precisamente a esos bienes; Significa que el Derecho Penal de un Estado social y democrático ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad.

No obstante, parece que en ciertos casos el legislador ha olvidado tal exigencia del art. IV, como lo es la instalación de disposiciones que aluden a conductas que se refieren a delitos de peligro abstracto o de mera desobediencia, por ejemplo, en el art. 274° del Código Penal que sanciona la conducción de vehículos motorizados en estado de embriaguez o drogadicción. (BRAMONT-ARIAS TORRES, 2008, pág. 23)

2.5.4. PRINCIPIO DE HUMANIDAD

El Principio de Humanidad lo encontramos en el artículo 1 de la Constitución política que expresa *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*; del mismo modo en el artículo 2 inc. 24 párrafo “h” que prescribe: *“nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes...”*

El control penal no puede aplicar ni establecer sanciones que afecten la dignidad de la persona, ni que dañen la constitución psico-física de los condenados. Por tanto, mucho menos se pueden incluir penas que destruyan la vida de las personas. En ese sentido afirma CASTILLO ALVA: "El principal cometido del principio de humanidad es reducir la violencia estatal, conduciendo la configuración y aplicación de las penas, según criterios razonables. No sólo se busca, con ello, reducir el quantum o marco penal de las sanciones, sino además, determinar la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a la humanidad del hombre. En base al principio de humanidad es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que comprometen la vida del sujeto" (CASTILLO ALVA, 2002, pág. 348)

Es nuestro país gracias al principio de humanidad que unido al argumento de la irreparabilidad de la pena en los casos de error judicial, han permitido borrar de nuestra legislación la pena de muerte, salvo el caso de traición a la patria en guerra exterior; También se inscribe la tendencia a la despenalización de conductas antes punibles, hecho que va de la mano con el desarrollo de una política criminal que cada vez mas reclama una profunda revisión del sistema penal.

2.5.5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Este principio encuentra expresa acogida en el artículo VIII del código penal de 1991, que dispone que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho...”

También se le conoce como principio de prohibición de exceso. Esta política penal de origen retribucionista, demanda que la sanción debe guardar relación con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido. Por consiguiente, la definición y aplicación de sanciones debe ser proporcional al tipo de delito y a las circunstancias de su realización. Queda claro, que este principio guarda relación directa con el principio de culpabilidad.

En consecuencia, pues, del Principio de Proporcionalidad se desprende, como resultado de su contenido esencial, que todo uso desmedido de las sanciones, sean penas o medidas de seguridad, representará siempre una restricción o privación de derechos abusiva. Además de él también se deriva como regla para el legislador la necesidad de establecer límites claros y tolerables para cada pena. Esto es, en sus desarrollos normativos y jurisdiccionales debe afianzarse la materialidad de una pena justa. (PRADO SALDARRIAGA, 2009, pág. 271)

En el Código Penal de 1991, la desproporcionalidad represiva frente a ese delito se ha incrementado al extremo de sancionarse con cadena perpetua los actos de secuestro seguido de muerte, pese a que el asesinato sólo tiene pena privativa de libertad no mayor de 35 años (Artículos 108° y 152°). También ello es evidente en el caso del delito de robo con agravantes donde el legislador conmina con cadena perpetua tres supuestos distintos como integración en organización criminal, ocasionar lesiones graves a la víctima y ocasionarle la muerte (Cfr. Artículo 189°). (PRADO SALDARRIAGA, 2009, pág. 272)

En tal sentido, el principio de proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo, entendido desde la perspectiva del Derecho penal, la proporcionalidad entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre ilícito y sanción, la cual tiene una medida fijada por el legislador en una ley y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto.

2.5.6. NULLA POENA SINE CULPA (Principio de Culpabilidad)

Este principio se concreta en el aforismo “Nulla poena sine culpa” que significa que *“no hay pena sin culpabilidad”* o que la pena solo debe fundamentarse en la seguridad de que el hecho puede serle reprochado al autor.

Si bien es cierto el principio de culpabilidad no está regulado de manera expresa taxativa en nuestro ordenamiento jurídico penal, encuentra su sustento legal en el artículo VII del título preliminar del código penal referente al principio de responsabilidad, el cual señala “la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Este principio tal como se le conoce, tiene su fundamento esencial en la dignidad de la persona humana, cuyo respeto impide que un hombre sea tratado como medio o instrumento para alcanzar otros fines. Asimismo es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al Derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas.

CONCLUSION:

La política criminal desplegada por el Estado a través del Derecho Penal no ha satisfecho completamente las necesidades de una convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, en la actualidad el Derecho Penal viene siendo utilizado como *prima ratio*, debido a que el legislador nacional lo utiliza como instrumento predilecto, sin ni siquiera considerar que afectan derechos fundamentales y violenten principios que son base y estructura de un Derecho Penal Democrático. Es por ello que el gobierno debe enfocar políticas criminales de reforma, siendo primigeniamente educacional y no jurídico; No se puede dejar de señalar que también es fundamental el rol que desempeña el Estado y las instituciones ejecutivas del poder punitivo pero la globalización y el avance científico son factores que quizá permiten y contribuyen al incremento desmesurado de los delitos y de las distintas formas de criminalidad pero para ello, el Estado debe replantear su política en materia de seguridad y prevención delictiva y por otro lado, el rol de los fiscales, jueces y Policía Nacional es esencial, ya que son los primeros en conocer la comisión delictiva, a través de las denuncias recibidas en sus instituciones.

CAPITULO III

ANALISIS DEL CODIGO PENAL VIGENTE DE 1991

En este capítulo vamos analizar en primer lugar lo que la doctrina conoce como pena, para posteriormente hablar de cada uno de los principios que informan su configuración dentro de los tipos penales en nuestro país, para que de esta manera podamos profundizar en los delitos en específico que han sufrido mayores modificaciones a lo largo de los diferentes períodos legislativos.

3.1. LA EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO PENAL VIGENTE

3.1.1. LA PENA EN LA EXPOSICION DE MOTIVOS EN EL CODIGO PENAL ACTUAL (1991)

La palabra pena proviene del latín poena, que significa castigo, tormento físico, padecimiento, sufrimiento. El concepto de pena se plantea como un concepto formal del Derecho, en tal sentido, la pena es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito. Es una figura previamente creada por el legislador, en forma escrita y estricta, al amparo del “principio de legalidad” (VILLA STEIN, 1998, pág. 84); En tal sentido, como ya lo vimos en el título de los principios, toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo. Este principio, es el pilar del Derecho Penal, representado por el apotegma latino: nullum crime, nulla poena sine lege.

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

El Código Penal vigente desde 1991, implanta un sistema dualista, ya que mantiene como consecuencias personales del delito, las penas y medidas de seguridad, aplicándolas alternativamente. Si el sujeto es imputable se aplica la pena; y, si el sujeto adolece de algún trastorno casual de inimputabilidad se aplican las medidas de seguridad. Así, la sanción nace debido a que, las relaciones entre los miembros de la sociedad no siempre son pacíficas; en toda sociedad existe la cuota necesaria de violencia entre los individuos que no pueden ser controladas con medios de control natural. Entonces, es necesaria la intervención de un orden jurídico “violento” como lo es el Derecho Penal; que, luego de haber señalado como delitos ciertas conductas en la sociedad, sanciona a su autor con la imposición de una pena o medida de seguridad.

Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros. Esto resulta lógico, ya que todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la connivencia y se logre una paz social.

El Derecho Penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las pena inhumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y ha reemplazando este tipo de penas, por la de privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas (VILLA STEIN, 1998, pág. 91).

En el derecho penal moderno, como hemos visto, existe una reserva del uso legítimo de la violencia en los poderes públicos, ya que el Estado es el único que utiliza las penas como un medio de control social legítimo. Es

un instrumento de control formalizado que debe ser aplicado a la persona en forma proporcional y legal.

La pena, entonces, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el Derecho. La pena existe para mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. «Aplicar una pena implica disminuir la capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos que se anula totalmente. La pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico máspreciado por el hombre, su libertad, pero esto sólo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo» (BRAMONT-ARIAS, 2008, pág. 2008).

Por tanto, La pena es una necesidad como medio de represión para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Por lo que se le considera como una amarga necesidad.

3.1.1.1. LAS PENAS

En la Exposición de Motivos la Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, mencionan que los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas

de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas.

A continuación citamos textualmente las clases de pena y su aplicación, según la Comisión Revisadora que elaboró la Exposición de Motivos.

3.1.1.2. CLASES DE PENAS

- 1) El sistema de sanciones del Proyecto resulta positivamente innovador. La Comisión Revisora estima haber perfeccionado la pena privativa de libertad al unificarla (eliminando las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión), y permitiendo sea sustituida, en los casos expresamente indicados, por otras formas de sanciones que no importen recortar la libertad ambulatoria. No puede negarse la audacia con que el Proyecto ha previsto la aplicación de penas limitativas de Derechos distintas a la privación de la libertad ambulatoria, pero hay que considerar que la densa población carcelaria, los efectos perniciosos de la prisión y la escasez de recursos públicos para cubrir las más elementales necesidades que exige al respecto la condición humana, compelen a indagar por soluciones que, sin ser perfectas, constituyan al menos un relativo avance en la lucha contra el delito.
- 2) El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases; privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (artículo 28).
- 3) La unificación de la pena privativa de libertad se ha hecho siguiendo una tendencia legislativa que tuvo su origen en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966 (párrafo 36). La citada pena se extiende de dos días a 25 años (artículo 29).

- 4) Las penas limitativas de derechos son la de prestación de servicios a la comunidad, la limitativa de días libres e inhabilitación (artículo 31). Dichas sanciones se aplican como autónomas, o como sustitutivas de la pena privativa de libertad, cuando la pena reemplazada, en criterio del juzgador, no sea superior a 3 años (artículo 32). La pena de prestación de servicios a la comunidad consiste en trabajos gratuitos que realiza el condenado en centros asistenciales, escuelas, hospitales, orfanatos, etc. (artículo 34). La sanción limitativa de días libres impone la obligación de permanecer los sábados, domingos y feriados por un mínimo de 10 horas y un máximo de 16 horas en total por cada fin de semana, en los establecimientos que se organicen con fines educativos (artículo 35). Tanto una como otra de las penas limitativas de derechos referidas se extienden de 10 a 156 jornadas de servicio o limitación semanales. El incumplimiento no justificado de estas penalidades tendrá el efecto de convertirlas en sanción privativa de libertad, de acuerdo a las equivalencias que se precisan en el artículo 52 del Proyecto (artículo 33).
- 5) La inhabilitación experimenta importantes modificaciones con respecto al Código Penal vigente. En primer lugar, se suprime el carácter perpetuo de la inhabilitación y se fija en 5 años el máximo de su duración (artículo 38). En segundo término, el Proyecto precisa los casos en que la inhabilitación se aplicará como pena accesorio, permitiendo de esta manera adecuarla a la naturaleza del deber infringido (artículo 39).
- 6) La pena de multa se extiende de 10 a 365 días, salvo disposición distinta de la ley (artículo 42).
- 7) La expatriación y la expulsión del país, según se trate de peruanos y de extranjeros, se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad (artículo 30), tienen una duración máxima de diez años y sólo proceden

en delitos graves.

3.1.1.3. APLICACIÓN DE LA PENA

El proyecto consagra el importante principio de la co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente (artículo 48). En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social.

Una verdadera innovación es la consistente en la forma que debe computarse la detención preventiva en los casos de sentencia a pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. A diferencia del carácter facultativo que en el Código Penal vigente tiene el descuento de la prisión sufrida antes de dictarse la condena (artículo 47), la Comisión Revisora propone que la reclusión preventiva sea descontada obligatoriamente de la sanción impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención (artículo 47).

3.2. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS Y LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL PERUANO

3.2.1. NOCION DE DECRETO LEGISLATIVO EN MATERIA PENAL

Como veremos más adelante existe proliferación en la creación de la normatividad penal a través de la delegación de facultades legislativas realizada por el Congreso, al Poder Ejecutivo dentro de los lineamientos constitucionales, al Poder Ejecutivo que permite la regulación de conductas penalmente relevantes para ser incorporadas en nuestro Código Penal.

Es libre en la creación de normas jurídicas, tiene límites negativos de la Constitución, pero positivamente no tienen que buscar el fundamento, el punto de apoyo de su decisión, en una norma superior. El legislador no tiene porque interrogarse sobre el fundamento de su actividad, si no únicamente sobre el límite de la misma. Que el Poder Legislativo tenga el monopolio de la creación del derecho, no quiere decir que ese monopolio se exteriorice siempre de la misma forma, en el mismo producto normativo, ni siquiera que se manifieste siempre con la misma intensidad (CASTAÑEDA CUBAS, 2009, págs. 18-19).

El Poder Legislativo, de esta manera, al tener exclusivamente el poder para la creación normativa, lo hará en función a los límites normativos que establece la norma de más alta jerarquía. A través del artículo 51 de la Constitución no quiere dejar dudas con respecto a las restricciones en la generación de reglas, al establecer que:

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

La Constitución, en cuanto norma básica del ordenamiento, precede a la ley en el orden jerárquico y vincula positivamente su contenido. La libertad de determinación del legislador encuentra aquí su límite: la ley no

puede contradecir los preceptos y principios constitucionales bajo pena de invalidez (inconstitucionalidad).

Tratándose del campo penal, la única fuente productora de la ley penal es el Poder Legislativo, conforme al procedimiento establecido en la Constitución y con estricta observancia de lo dispuesto, en el artículo segundo inciso veinticuatro acápite “d” de este cuerpo normativo, por ello, la ley penal es eminentemente estricta y el derecho penal es Derecho positivo, excluyendo la posibilidad de que mediante la costumbre o los principios generales no escritos se establezcan delitos y penas. De esto se infiere que la Constitución ha reservado en virtud del principio de división de poderes, en el Legislativo, representante de la voluntad popular la potestad de definir los delitos así como señalar la correspondiente sanción y ello, se explica porque la norma penal afecta Derechos fundamentales de la persona que en la medida que prohíben conductas, limitan la libertad individual y afecta el honor dada la repercusión que en el mismo tiene la posibilidad de ser sometido a un proceso penal (JESCHECK, 1981 citado por CASTAÑEDA CUBAS, 2009, pág. 20).

La ley (dentro del sistema constitucional) es la norma escrita superior entre todas (en el marco de la Constitución, que es *norma normarum*, con supremacía general y absoluta), la que por ello prevale frente a cualquier otra fuente normativa y no puede ser resistida por ninguna, en cuanto «expresión de la voluntad popular». La comunidad actúa en la producción de las leyes a través de los órganos que, según cada sistema constitucional, tiene atribuida su representación política. De este modo todos los sistemas políticos, sea cual sea la técnica de representación política que explícita o implícitamente utilicen, intentar referir la determinación legislativa a la comunidad en su conjunto, al pueblo (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2006, pág. 122).

Entendida de esta manera la ley es el producto por antonomasia que se da el pueblo para establecer el orden según el cual toda la sociedad convive y coexiste en el marco del pacto de asociación sobre el que se funda y constituye como comunidad de espíritu y de cultura colectiva.

La aprobación de la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible y ese propósito con una mayoría calificada propia de una ley orgánica (MUÑOZ CONDE citado por CASTAÑEDA CUBAS, 2009, pág. 21). De la misma manera lo expresa GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2006: 135) al señalar que las normas que reconocen derechos fundamentales o libertades públicas reclaman expresamente un desarrollo mediante Leyes Orgánicas.

No podemos hablar de leyes sin mencionar a la vez que el artículo 72 del Reglamento del Congreso, establece el procedimiento legislativo para aprobar leyes de carácter general y entre ellas, las leyes ordinarias, pero no señala los requisitos para su aprobación. Hay un silencio, en la práctica se aprueba con mayoría simple de los congresistas presentes. Así, hay leyes que se aprueban con 30 o 35 votos, esto le quita legitimidad a una ley, porque no busca el consenso. Al aprobar los dictámenes sólo se limita a la verificación del quórum. El Tribunal Constitucional (Exp. 0006-2003/AI/TC) al respecto advierte que ese vacío constitucional debe ser cubierto mediante la correspondiente disposición en el Reglamento del Congreso. De lo contrario, siendo permisible el voto de abstención de los congresistas, puede llegarse al extremo de que, con un reducido número de votos a favor, pueda aprobarse una ley, especialmente cuando el número de congresistas presentes supere apenas el mínimo del quórum (en cuyo cómputo no se consideran a los que gozan de licencia). En este sentido, el Tribunal exhorta al Poder Legislativo a establecer el mínimo de votos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias.

Como veremos a continuación no sólo existe un problema potencial con el consenso que pueda lograrse en los debates parlamentarios en materia de agravación o la creación de nuevos tipos penales, pues el tratamiento de aprobación se sujeta a mayoría de los votos de los presentes al momento de la votación, sin lograr el debate representativo; sino que también existe una desnaturalización en la producción normativa por delegación de facultades legislativas al Ejecutivo en materia penal que debería corresponderle su tratamiento exclusivamente al Parlamento.

3.2.2. DELEGACION DE FACULTADES LEGISLATIVAS

La legislación delegada consiste en que el Congreso puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar normas con rango de ley. La Constitución de 1993 contempla específicamente a los decretos legislativos (que son la legislación delegada en el Perú) en su artículo 104. Este sistema es indispensable en los Estados modernos, debido a la dificultad que tiene el órgano legislativo para aprobar con rapidez y oportunidad, normas jurídicas que requiere la volátil situación económica y política que se vive actualmente, no sólo en el Perú sino en todo el mundo (RUBIO CORREA, 2009, pág.131).

Hay delegación de facultades legislativas cuando el Congreso que está investido de la potestad legisferante, encomienda el ejercicio de ese poder a otro órgano gubernamental: el Poder Ejecutivo. También podemos decir que se entiende como tal, al acto del órgano legislativo por el cual se transfiere en beneficio del Ejecutivo determinada competencia atribuida por la Constitución al primero de tales órganos constitucionales (CASTANEDA CUBAS, 2009, pág. 22).

El fenómeno de la llamada genéricamente legislación delegada es uno de los más importantes en la práctica actual de todos los países. Crecientemente, en efecto, el legislador hace participar de alguna manera a

la Administración en la ordenación jurídica de la sociedad actual y de sus problemas. Cada vez se va generalizando más esta forma legislativa que supone una participación entre el legislativo, que adopta ordinariamente la iniciativa, y la Administración, que la continúa y la lleva a término y conclusión (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 2006, pág. 270).

El artículo 104 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decreto legislativo, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

Según (RUBIO CORREA, 2009, pág.132) las modificaciones que este artículo establece en relación a su correlativo 188 de la Constitución de 1979 son:

- Exige que la materia delegada sea específica, lo que no fue así en la Constitución anterior.
- Exige que el plazo de la delegación sea determinado. La Constitución anterior hablaba de una delegación “por término” que es expresión un poco más genérica.
- Excluye de la delegación las normas que no pueden delegarse a la Comisión permanente, señaladas en el inciso 4 del artículo 101 antes citado. La Constitución de 1979 no establecía limitación alguna en

este aspecto.

- Se establece que el Presidente de la República dé cuenta al órgano legislativo de los Decretos que dicta. La Constitución anterior no decía nada al respecto.
- Además, el artículo 125 inciso 2 establece que el Consejo de Ministros debe aprobar los decretos legislativos y el inciso 3 del artículo 123 indica que son refrendados por el Presidentes del Consejo de Ministros.
- Según el artículo 74, los decretos legislativos pueden contener normas sobre materia tributaria.

La delegación de facultades de poderes, ha nacido como consecuencia de la creciente complejidad que adquirieron las funciones del Estado en el siglo XX. En constitucionalista argentino BADENI (citado por CASTAÑEDA CUBAS, 2009: pág. 22) manifiesta que con la delegación los constituyentes entendieron que con ello, se le asignaba una mayor dinámica al proceso legislativo, reconociendo que en ciertos casos, los legisladores carecen de la idoneidad requerida para ofrecer soluciones en tiempo oportuno a las necesidades sociales.

Existe oposición de algunos teóricos sobre la delegación sustentándose en el aforismo aplicable al Poder Legislativo delegatus delegre non potest: la competencia legislativa del Parlamento le ha sido delegada por el pueblo, y en consecuencia, aquel no puede disponer a su vez de un poder que ha sido investido en interés público. Los órganos públicos tienen el deber jurídico de defender sus prerrogativas y de ejercerlas directamente.

Los “decretos legislativos” (en sentido similar al peruano) fueron utilizados anteriormente para reformas parciales del Código penal en 1932, 1944 y 1973, pero en la actualidad, como no puede versar sobre el

desarrollo de derechos fundamentales y libertades, tampoco es posible que contengan normas penales.

En el Perú, la Constitución de 1979 preveía en su texto legal el principio de “reserva de la ley penal” empleando el texto ya clásico de que solamente mediante una “ley” previa podrían restringirse libertades individuales y someter a las personas a procesos penales y penas (art. 2). Sin embargo, en vez de interpretar tal principio en su contexto, lo cual habría acercado nuestro Derecho a los estándares democráticos internacionales sobre la génesis de la ley penal, se prefirió en la práctica relativizar el principio, permitiendo que la materia penal sea delegable al Ejecutivo para que éste pueda legislar haciendo uso de Decretos Legislativos (art. 188 Const. 1979). Con mínimas diferencias, los artículos constitucionales fueron reproducidos también en los mismos Códigos penales (arts. 2 y 3 del C. P. de 1924 y art. II del Título Preliminar C.P. de 1991). En todos los casos, las normas constitucionales y penales, aunque no especificaban el tipo de “ley” en que debía estar contenida la norma penal, debieron haberse interpretado, de conformidad con el “principio democrático” en el sentido de que se referían a una “ley” emanada del Parlamento. Las normas legales emanadas por el Ejecutivo, por su propia naturaleza, no son “leyes” en sentido formal, aunque, en casos excepcionales, puedan tener “fuerza de ley” (ABANTO VÁSQUEZ, 2003).

La función del principio de legalidad es esencialmente garantista. Se puede decir que con él nace el Derecho Penal moderno, de ahí que en la mayoría de constituciones y códigos penales se encuentre incluido. Significa que el Estado ha de especificar el contenido y fundamento de sus intervenciones sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible y que estos han de tener la posibilidad real de conocimiento con toda claridad. De él se derivan una serie de otros principios que materializan su contenido: el de “certeza” o taxitividad”, la “la prohibición de la analogía en materia penal”,

“la irretroactividad de la ley penal”, “la prohibición del derecho consuetudinario”. Pero también plantea la cuestión formal de reserva de ley penal, es decir en qué tipo de norma legal deben estar constituidas las leyes penales (CASTAÑEDA CUBAS, 2009, pág. 25).

La Constitución de 1993 ha ido incluso más lejos que la del 79 aún pues ha legitimado sutilmente la práctica antidemocrática peruana, pues si bien continúa incluyendo en su texto la formulación tradicional del principio de reserva (art. 2, numeral 24, literales b y d), sutilmente permite con alguna claridad que los Decretos Legislativos puedan contener leyes penales. Así cuando se refiere a la posibilidad de que el Parlamento delegue facultades al Ejecutivo (art. 104), establece que la materia de los Decretos Legislativos no puede ser aquella que es indelegable a la Comisión permanente del Congreso. Y en la lista de “materias indelegables” (art. 104, segundo párrafo, numeral 4) a esta Comisión no figuran las leyes penales. Por lo demás, el art. 106 de la Constitución de 1993 solamente exige expresamente una “ley orgánica” cuando se trate de la regular la organización y funciones de entidades del Estado y otras materias, sin incluir dentro de ellas a la materia penal. De esta situación resulta claro que la Constitución no prevé que las normas penales puedan estar contenidas en “leyes orgánicas” pero también parece admitir la interpretación de que estas puedan constituir “materia delegable” al Ejecutivo para su regulación mediante Decretos Legislativos. La doctrina constitucional peruana lamentablemente no se ha preocupado por este problema en la medida necesaria y, cuando lo ha hecho se ha limitado a un análisis meramente formal del texto escrito que legitima la práctica antidemocrática de legislar penalmente mediante Decretos legislativos (BERNALES BALLESTEROS, 1998 citado por ABANTO VÁSQUEZ, 2003).

Si materias menos importantes que los derechos individuales como la organización de entidades estatales y materias presupuestales no

pueden ser delegadas al Ejecutivo para legislar sobre ellas (art. 104, segundo párrafo concordado con el art. 101, numeral 4) e incluso requieren estar contenidas en “leyes orgánicas” (art. 106), ¿por qué las leyes penales deberían poder constituir materia delegable al Ejecutivo? El Parlamento no puede ni debe “abdicar” de sus propias facultades cediendo facultades legislativas al Ejecutivo en esta materia. La interpretación tradicional que se ha dado hasta ahora a la “reserva de la ley penal” permite al gobierno de turno acaparar el poder, y nada garantiza que éste no abuse de él ni que sus funcionarios puedan vender la función al mejor postor sin temor a una responsabilidad penal mientras tal poder esté en sus manos (ABANTO VASQUEZ, 2003).

2.2.3. CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

La reserva de ley tiene implicancias prácticas, por lo que la situación no sólo tiene o implica cuestiones meramente teóricas o académicas. Delegar facultades legislativas en el Ejecutivo conlleva a que tenga manos libres para configurar el Derecho Penal a la medida de sus propios intereses. No se discute si los intereses del órgano delegado sean buenos o loables e incluso pueden coincidir con el bien común, pero tienen el efecto de no estar sometidos a ningún control democrático. Y este defecto es decisivo, pues permite el abuso del poder con fines políticos y de grupos de poder, quebrantando otros principios de Derecho penal de indiscutible importancia como el de lesividad y de mínima intervención (CASTAÑEDA CUBAS, 2009, pág. 27).

Entonces, en el Perú la tolerancia con la práctica legislativa del Ejecutivo ha permitido en los años posteriores y hasta ahora una serie de manipulaciones políticas del Derecho penal. Aquí ha sido práctica común que el Legislativo delegue facultades al Ejecutivo para que dicte leyes, incluso con carácter penal, por ejemplo, el mismo Código penal de 1991 fue

dado mediante un Decreto Legislativo (D. Leg. 635). Otros ejemplos lamentables han sido una serie de decretos legislativos sumamente represivos que modificaron poco a poco el relativamente mesurado tono del texto original del C. P. En especial destaca que, conforme se agravaba la situación política del país, la actividad del legislador penal se haya manifestado cada vez más autoritaria y represiva tanto en lo material como en lo procesal. Así, a partir de 1998, haciendo amplio uso de la delegación de facultades otorgada por el Parlamento mediante la Ley 26950 (19/05/98), se dictaron una serie de leyes sumamente cuestionables: la “Ley contra el terrorismo agravado” (D. Leg. 895), “Ley contra los delitos agravados” (D. Leg. 896), “Ley contra la posesión de armas de guerra” (D. Leg. 898), “Ley contra el pandillaje pernicioso” (D. Leg. 899), entre otros (ver cuadros resúmenes por período presidencial). Pero este Derecho penal simbólico, autoritario y ultrarrepresivo tampoco puede ser considerado como característica exclusiva del corrupto régimen político iniciado en 1990. También durante los regímenes anteriores se ha empleado abusivamente al Derecho penal. En realidad, si hay algo que ha caracterizado al Derecho penal peruano es su corte “autoritario”; algo que la doctrina penal peruana siempre ha reprochado a los gobiernos de turno, aunque sin referirse a la estructura misma que permite los abusos: el exceso de poder del Ejecutivo merced a una errada concepción del principio de “reserva de la ley penal” (ABANTO VÁSQUEZ, 2003).

El resultado de esto ha sido la violación de todos los principios básicos del Derecho penal a través de leyes penales sumamente represivas (llegan a prever la “cadena perpetua” para una serie de delitos y se han recortado medidas de excarcelación), desproporcionadas (se reprime sobre todo delitos contra la propiedad), e innecesarias (se recurre para todo al Derecho penal). Ni siquiera se puede afirmar seriamente que tales leyes sean eficaces, pues la realidad muestra un preocupante incremento de la criminalidad, así como una impunidad intolerable en delitos de los

poderosos (delitos económicos, contra el medio ambiente, tributarios, corrupción de funcionarios) (ABANTO VÁSQUEZ, 2003). La supuesta ventaja de la rapidez de los decretos legislativos que expida el Ejecutivo no puede ser suficiente para optar por una vía antidemocrática en la génesis de la ley pena, que resulta siendo simbólicas, autoritarias, injustas, draconianas y hasta ineficaces (CASTEÑADA CUBAS, 2009).

Como veremos a continuación la delegación de facultades legislativas es una práctica común en la producción normativa penal con una enorme relevancia política criminal, que está estrechamente vinculada a los asuntos electorales en el ofrecimiento para combatir la creciente inseguridad ciudadana y convirtiéndose en un arma de persuasión para la obtención de votos. En otras palabras, la formalidad en la creación de normas penales permite manipular políticamente algo tan importante como es el Derecho Penal, haciéndola cada vez más represiva y sobrecriminalizando las diferentes conductas delictivas.

3.3. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CODIGO PENAL

Una de las principales acciones que por política criminal ha desarrollado el Estado peruano ha sido la dación de normas como respuesta a la criminalidad. Estas van desde aquellas que crean nuevas conductas delictivas, pasando por aquellas que agravan las ya creadas (en penas o modalidades agravantes), hasta las que reducen o excluyen beneficios penitenciarios a determinados delitos (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2013, pág. 29).

Desde la dación del Decreto Legislativo No 635, Código Penal Peruano, con fecha del 08 de abril de 1991 hasta diciembre de 2012, se han producido 408 modificaciones al mencionado cuerpo normativo 39. De ellas, el 73.5% modificaron las penas y conductas descritas, con una única finalidad: agravarlas; el 22% incorporó nuevas conductas; y un 4.5%, fueron con carácter derogatorias (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2013, 29).

A continuación, se clasificará las modificaciones en el que impliquen una agravación en cualquiera de los extremos de la pena. Para mayor claridad expositiva, y como lo mencionamos anteriormente en nuestro estudio vamos a reducir las agravantes a la parte especial del Código Penal, en donde pueda observarse más claramente la política represiva, a pesar de que las modificaciones de la parte general se encuentren estrechamente vinculadas (como por ejemplo la modificación del artículo 46 en que especifican circunstancias agravantes, la introducción de calidad del sujeto activo y la reiterancia en la comisión de los delitos), el principio de legalidad incide directamente en los explícitos intervalos de tiempo establecidos previamente para la imposición de la pena.

Empezaremos clasificándolos por períodos políticos representados por los presidentes electos. De estas modificaciones un porcentaje considerable han sido modificadas para ser agravadas, y observaremos si siguen algún patrón sobrecriminalizador.

3.3.1. GOBIERNO DE ALBERTO KENYA FUJIMORI FUJIMORI

El gobierno de Alberto Fujimori pertenece al periodo de la historia del Perú comprendido desde el 28 de julio de 1990 hasta el 21 de noviembre del 2000, siendo 10 años y 116 días de gobierno, el llamado fujimorato se convirtió en el segundo mandato presidencial consecutivo más largo en la historia republicana del Perú (el primero fue el Oncenio de Augusto B. Leguía).

A inicios del decenio Fujimorista, en 1991, se expidió el Nuevo Código Penal.

Para derrotar a Sendero Luminoso y el MRTA, Fujimori promulgó drásticas leyes antiterroristas, logrando la captura de muchos subversivos. El 12 de septiembre de 1992, el Grupo Especial de Inteligencia irrumpió en la

mencionada residencia de Surquillo donde encontraron y arrestaron a Abimael Guzmán y a otros ocho líderes senderistas, incluyendo a Laura Zambrano y Elena Iparraguirre (compañera de Guzmán).de igual modo en ese mismo año, la policia capturó a Víctor Polay jefe del MRTA (Movimiento Revolucionario Túpac Amaru)

El primer período se caracteriza por un contexto de violación a los derechos humanos, por ejemplo tenemos la masacre de los Barrios Altos y el asesinato de 9 alumnos y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), ambos llevados a cabo por el grupo paramilitar “Colina”.

En su gobierno se llegó a capturar a Abimael Guzmán, jefe del grupo terrorista Sendero Luminoso.

Es así que después de la puesta en vigencia del Código Penal se dieron una serie de modificaciones que complementaban, añadían, sustituían o modificaban los diferentes tipos penales teniendo en cuenta el contexto social convulsionado y el inicio de la etapa de pacificación.

En el segundo período, entre los acontecimientos más resaltes fue el enfrentamiento a la llamada Crisis de los Rehenes cuando catorce terroristas del Movimiento Revolucionario Tupac Amaru - MRTA mantuvieron como rehenes a importantes personalidades en la Residencia del Embajador de Japón.

Veamos un cuadro resumen de las normas que sufrieron modificatorias y observar la presencia de sobrecriminalización.

CUADRO 1
DELITO HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO
(ARTICULO 108 C.P.)

LEYES			
ARTICULO ORIGINAL	D. LEG. 896 24/05/1998	INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 25 AÑOS	SÍ	SÍ

En el artículo original se establecía un límite inferior de no menor de 15 años. Posteriormente el artículo fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, se agravó el límite inferior de la pena privativa de libertad a no menor de 25 años, además se incorporaron un nuevo supuesto, al inciso 1, que consistía el matar a otro por placer. Con la modificatoria también se reubicó el supuesto de matar con veneno; del inciso 3 al inciso 4 como manera de agrupar a la clase de supuestos susceptibles de generar riesgo a más de una persona

CUADRO 2
DELITO VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD
(ARTICULO 173 C.P.)

LEYES				
ARTICULO ORIGINAL	LEY 26293 14/02/1994	D. LEG. 896 25/05/1998	INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
Menor de 7 años de edad 15-25 AÑOS	Menor de 7 años de edad 20-25 AÑOS	Menor de 7 años de edad CADENA PERPETUA	NO	SÍ
De 7 a 10 años de edad 8-25 AÑOS	De 7 a 10 años de edad 15-20 AÑOS	De 7 a 10 años de edad 25-30 AÑOS	NO	SI
De 10 años a 14 años de edad 5-25 AÑOS	De 10 años a 14 años de edad 10-15 AÑOS	De 10 años a 14 años de edad 20-25 AÑOS	NO	SI

Con el artículo artículo 1 de la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94, se modificaban los incisos 1, 2 y 3 para agravar el extremo mínimo de la pena, de 20-25 años, 15-20 años y de 10-15 años, respectivamente.

Posteriormente es modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional. La modificación con este nueva Ley es mucho más drástica, en el primer inciso 1 el extremo mínimo de la pena de ser no menor de 20 años se amplía a una de *cadena perpetua*. En el inciso 2 corre la misma suerte, incrementando tanto el límite inferior como el límite máximo.

CUADRO 3
DELITO ROBO AGRAVADO
(ARTICULO 189 C.P.)

LEYES					
ARTICULO ORIGINAL	26319 01/06/1994	26630 21/06/1996	D.LEG 896 24/05/1998	INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
BASE 3-8 AÑOS	5-15 AÑOS	10-20 AÑOS	15-25 AÑOS	SÍ	SÍ
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES --	10-20 AÑOS	20-25 AÑOS	15-25 AÑOS	SÍ	SÍ
AGRAVANTE POR CALIDAD DE AGENTE --	15-25 AÑOS	CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	SÍ	SÍ

El artículo original tendría su primera modificación con el Artículo 1 de la Ley N° 26319, publicada el 01-06-1994, el que prescribía que la pena sería no menor de diez ni mayor de veinte años si el robo era cometido por nuevos supuestos contenidos en los 6 incisos: 1. Con crueldad, 2. Con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos, 3. Con abuso de la incapacidad

física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas contra la víctima, 4. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos, 5. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica, 6. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

Además se incluía la agravante de la calidad del agente que perteneciera a una organización criminal como jefe, cabecilla o dirigente, sancionándola con no menos de quince años de pena privativa de libertad.

Casi dos años después, este artículo conocería nuevamente una modificatoria a través del artículo 1 de la Ley N° 26630, publicada el 21-06-96, en el que se modificó 3 incisos de la anterior ley agravándolas con la máxima pena, entre ellos el perpetrarlo *con crueldad*, el supuesto de *empleando armamentos, materiales o artefactos explosivos*, y cuando el delito sea cometido *por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos*, fueron agravados con cadena perpetua, y se suprimió la diferenciación de cabecilla, jefe o dirigente, sino que sólo era necesario pertenecer a una organización.

A la vez se agregó un nuevo supuesto, el inciso 4, que era una manifestación del contexto social por el que atravesaba el país, agravando la pena para los agentes que hayan sido sentenciados por terrorismo.

Sería nuevamente modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98, expedido con arreglo a la Ley N° 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad ciudadana, suprimiendo el segundo grupo de agravantes, para ser colocados todas en una sola pero acrecentando los años en ambos extremos de la pena, sancionando con de 15 a 25 años de pena privativa de libertad. Además se incluyó dos agravantes que es el de agravio de menores de edad o ancianos, y cuando se causara

lesiones a la integridad física o mental de la víctima.

En cuanto a la pena de cadena perpetua se ampliaba a que el agente integre una organización delictiva o a *una banda*, suprimiendo el uso de armamentos, artefactos o materiales explosivos, así como la comisión del delito con *crueledad*. Incluyendo en este supuesto de máxima penalidad la *muerte de la víctima* o que se le causara *lesiones graves a su integridad física o mental*, diferenciándose del inciso 8.

❖ DELITOS RELACIONADOS CON EL TERRORISMO

Teniendo en cuenta el terror dado por el terrorismo es donde se promulgan leyes drásticas contra el terrorismo en donde se les llegaron a considerar como traidores a la patria, en donde pasaron a ser denunciados en los fueros militares en donde se llevaba a cabo con jueces encapuchados para proteger su identidad y evitar las amenazas, pero con estas leyes antiterroristas fueron tan drásticas que en momentos de violencia se puede precisar que no hubo garantías ni resguardo jurídico puesto que a todo ciudadano podía ser acusado, detenido y juzgado por terrorismo teniendo en cuenta lo vivido en este gobierno mucha gente se vio atrapada por las drásticas leyes.

Con la captura de Abimael Guzmán tenemos que tener en cuenta que sin estas leyes drásticas el pudo acogerse con la leyes anteriores al del 5 de abril de 1992 el cual solo castigaba con un pena máximo de 8 años lo cual hubiese permitido su liberación en un relativamente corto período de tiempo.

La drasticidad con la que se dio tratamiento a los diferentes delitos relacionados o no con el terrorismo se reflejaron claramente en los Decretos Legislativos 895, 896 y 897, en los que existieron una serie indiscriminada de vulneraciones normativas en abstracto a diferentes derechos fundamentales consagrados en la Constitución y otros cuerpos normativos internacionales de

derechos humanos. Veamos brevemente en qué consistieron estos.

**CUADRO 4
DELITO TERRORISMO Y TERRORISMO AGRAVADO**

LEYES				
ARTICULO ORIGINAL CÓDIGO PENAL	D. LEY 25475	D. LEG. 985	INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZA CIÓN
TERRORISMO NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 30 AÑOS	NO MENOR DE 30 AÑOS	SÍ	SÍ
DIRIGENTE, JEFE, CABECILLA NO MENOR DE 20 AÑOS	CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	SÍ	SÍ
COLABORACION NO MENOR DE 10 AÑOS	NO MENOR DE 20 AÑOS	CADENA PERPETUA	SÍ	SÍ
EXTORSIÓN, ASALTO, ROBO, OTROS. NO MENOR DE 20 AÑOS	NO MENOR DE 25 AÑOS	NO MENOR DE 30 AÑOS	SÍ	SÍ
HACE PARTICIPAR MENOR DE EDAD NO MENOR DE 20 AÑOS	NO MENOR DE 25 AÑOS	NO MENOR DE 30 AÑOS	SÍ	SÍ
APOLOGÍA 6 – 12 AÑOS	6 -12 AÑOS	-	NO	NO

❖ Terrorismo Agravado (Decreto Legislativo 895)

Conforme a la ley 26950 del 19 de mayo de 1998, el Congreso de la República otorgó al Ejecutivo facultades para legislar en materia de "seguridad nacional". Para establecer las conductas prohibidas en el Código Penal o en leyes penales especiales tiene que tenerse en cuenta si se afecta un determinado bien jurídico.

En el delito de terrorismo de acuerdo a nuestra legislación el bien jurídico que se protege es la tranquilidad pública, que importa "en términos objetivos, el cotidiano acontecer sin sobresalto para la colectividad, la pacífica coexistencia; y, en términos subjetivos, el sentimiento de que es así, que la tranquilidad en general no será alterada". Y lo que se regula en el artículo 1 del Decreto Legislativo No. 895 –ley contra el terrorismo agravado- son conductas que afectan otros bienes jurídicos tales como el patrimonio, la libertad individual, la vida, el cuerpo y la salud e inclusive la seguridad pública.

Lo que pretendió el Ejecutivo al juntar estas distintas conductas prohibidas, que afectan diversos bienes jurídicos, bajo la inadecuada denominación de "terrorismo agravado" era posibilitar que la Policía Nacional del Perú disponga de 15 días para la investigación prejudicial y que los tribunales militares puedan juzgar a los civiles que incurran en esta conducta.

La forma como estuvo descrita la conducta prohibida de "terrorismo agravado" en el artículo 1 del referido Decreto Legislativo, vulneraba el principio de legalidad, que está recogido por la Constitución Política del Perú en el artículo 2, inciso 24, acápite "d" que dispone que: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible" . El legislador al describir el delito de "terrorismo agravado" empleó términos difusos estableciendo un tipo penal abierto, en la que la amplitud de las incriminaciones hizo equívoca la

norma. Asimismo, en los diversos supuestos regulados en el artículo 2 de la norma bajo comentario se aprecia también la utilización de los términos difusos (así, el inciso b.1 del referido artículo 2 hace referencia "a los demás involucrados", estableciéndose como sanción pena privativa de libertad no menor de treinta años), ampliando el ámbito de punibilidad a extremos insospechados y pudieron originar la detención de personas inocentes.

Este Decreto Legislativo tuvo las siguientes características:

- Se vulneraba el **principio de proporcionalidad** de las penas, que dispone que la gravedad de ellas debe estar acorde con la gravedad de las conductas. En esta normatividad se aplicaba similar sanción a quien intervino en el acto en que se mató a una persona para sustraerle sus bienes y a quien brindó información para planear el delito. La lógica represiva fue conducida a situaciones desproporcionadas.
- El artículo 2 literal c) del Decreto Legislativo 895 modificó el artículo 20 inciso 2) del Código Penal, incorporando al **sistema penal de adultos a los adolescentes** mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad incurso en el supuesto delictivo contenido en el presente Decreto Legislativo. Agrava esta situación, el apartamiento de estos adolescentes (con responsabilidad penal atenuada) de la competencia de los jueces de familia para ser sometidos a la justicia militar, la cual podía imponer penas privativas de libertad que podían fluctuar entre los 25 y 35 años.
- Otro aspecto preocupante y criticable fue que establecía como **competentes para juzgar a los tribunales militares**. Nuestra Constitución Política en su artículo 139 inciso primero, reconoce que la función jurisdiccional es unitaria y exclusiva del poder judicial, y en forma excepcional la jurisdicción militar. Debemos entender esta excepcionalidad, en tanto que la justicia militar debe intervenir sólo en los casos en que se encuentren involucrados militares en actos delictivos que

afecten la disciplina militar.

- Disponía la **intervención del fiscal militar** en la investigación prejurisdiccional. Se posibilitaba de esta manera la aplicación de la legislación antiterrorista. La Policía Nacional del Perú tenía en sus manos el "privilegio" de determinar a qué fuero corresponderá derivar al presunto responsable que esté bajo investigación. Una vez hecha la calificación, convocará al Fiscal Militar para que intervenga en la investigación.
- La **detención preventiva** está prevista en el artículo 2 inciso 24 literal f de la Constitución Política del Perú de 1993. En este Decreto la detención preventiva se convierte en indefinida ya que se impuso que una vez puesto el investigado en manos del juez instructor militar, éste abrirá instrucción con mandato de detención.
- La **incomunicación de los detenidos** (artículo 6.c) por el tiempo máximo de diez días, restringiendo el ejercicio del derecho de ser llevado sin demora ante un juez u otra autoridad judicial competente, al no permitir un examen inmediato de la procedencia de la detención; el derecho de contar con la asistencia de un abogado para la defensa, ya que no permite, durante el lapso indicado, atacar la desproporción de la pretensión punitiva, colocando al investigado en desigualdad de condiciones. La realidad mostraba que durante ese período el detenido quedaba indefenso generándose un ambiente propicio para maltratarlo o torturarlo.
- el **atestado policial tiene valor probatorio**, sin tomar en consideración el respeto o no de las garantías que deben estar presentes en su elaboración. Esto originaba que el proceso se oriente en torno al atestado policial.
- Dispuso la **improcedencia de algún tipo de libertad durante la instrucción** (art. 7.c) ocasionando situaciones graves, así el juez en primera instancia no podría dejar libre a quien se ha demostrado que es plenamente inocente.

- Se establecieron **plazos sumarísimos** para el proceso judicial atentando con un debido proceso, que va impedir que se actúen adecuadamente las diligencias judiciales y que se termine tomando como base para las resoluciones el atestado policial
- Se dispuso **la improcedencia de la recusación** (art. 7.i del Decreto Legislativo 895). La inidoneidad y la no independencia de los jueces militares eran razones suficientes para cuestionar la presente norma. Siendo el espíritu de la presente ley sancionar con drasticidad a los responsables de los hechos delictuosos, se presentaba una predisposición de los jueces militares a condenar indiscriminadamente.
- En cuanto a los ambientes para juzgamiento (art. 7.i del Decreto Legislativo 895), al hacer referencia la norma a que **el juicio pueda llevarse también en "ambientes que reúnan las condiciones adecuadas"**, se dejó abierta la posibilidad de que éstos puedan realizarse en las bases o cuarteles militares. Este hecho sería atentatorio contra el principio de publicidad.
- En lo referente al régimen penitenciario se dispuso la **eliminación de los beneficios penitenciarios**, constituyendo una violación a las normas constitucionales al negársele la posibilidad de la resocialización. También se estableció el aislamiento celular continuo, que consistente en la **imposibilidad de comunicación durante un año en forma continua del condenado**. Esto se constituyó también, en una violación al derecho de ser tratado humanamente.

3.3.2. GOBIERNO DE VALENTÍN DEMETRIO PANIAGUA CORAZAO

Valentín Demetrio Paniagua Corazao fue un abogado y político peruano, fue Presidente Transitorio, luego de la caída del Fujimorato. A fines del año 2000, asumió como Presidente del Congreso, con la renuncia y

posterior destitución de Alberto Fujimori, fue nombrado Presidente Transitorio de la República del Perú desde el 22 de noviembre del 2000 hasta el 28 de julio del 2001 con el fin principal de llevar a cabo las elecciones presidenciales que ganó Alejandro Toledo Manrique. A pesar de ser un breve período de tiempo se realizaron algunas modificaciones importantes a los delitos que analizaremos más adelante. A continuación mostraremos el resumen de todas las modificaciones al Código Penal.

Veamos las modificatorias de los delitos en análisis en este período presidencial y legislativo.

CUADRO 5
DELITO HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO
(ARTICULO 108 C.P.)

LEYES		INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
DEC. LEG. 896 24/05/1998	27472 05/06/2001		
NO MENOR DE 25 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS	NO	NO

El artículo 108 es modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, el legislador estaba teniendo en cuenta desagrar la penalidad en el límite inferior que sancionaba con privación de la libertad que había sido excesivamente incrementada por el Decreto Legislativo N° 896, y que será mantenida hasta la actualidad en el tipo básico de homicidio calificado.

CUADRO 6
DELITO VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD
(ARTICULO 173 C.P.)

LEYES			INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
DEC. LEG. 896 25/05/1998	LEY 27472 05/06/2001	LEY 27507 13/07/2001		
Menor de 7 años de edad CADENA PERPETUA	Menor de 7 años de edad 20-35 AÑOS	Menor de 7 años de edad CADENA PERPETUA	NO	SÍ
De 7 a 10 años de edad 25-30 AÑOS	De 7 a 10 años de edad 15-20 AÑOS	De 7 a 10 años de edad 25-30 AÑOS	NO	SI
De 10 años a 14 años de edad 20-25 AÑOS	De 10 años a 14 años de edad 10-15 AÑOS	De 10 años a 14 años de edad 20-25 AÑOS	NO	SI

La Ley 27472 vuelve a los límites de pena anteriores fijados por la Ley N° 26293, publicada el 14-02-94, y dejando sin efecto todas las agravantes que había sido fijadas por el Decreto Legislativo N° 896 publicado el 24-05-98.

Para que después de un mes el texto del artículo 173 se nuevamente restablecido por el artículo 1 de la Ley N° 27507, publicada el 13-07-2001 el texto es idéntico al establecido en su momento por el Decreto Legislativo N° 896, publicado el 24-05-98.

**CUADRO 7
DELITO ROBO AGRAVADO
(ARTICULO 189 C.P.)**

LEYES		INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
D.LEG 896 24/05/1998	LEY 27472 05/06/2001		
BASE 15-25 AÑOS	10-20 AÑOS	NO	NO
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES --	20-25 AÑOS	NO	SÍ
AGRAVANTE POR CALIDAD DE AGENTE CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	NO	NO

El artículo 1 de la Ley N° 27472, publicada el 05-06-2001, modificaría el contenido del artículo 189, volviendo a la clasificación de tres grupos agravados, el primero con límites de 10-20 años, el segundo de 20-25 años y el tercero con cadena perpetua. No hay una modificación sustancial, sino una reubicación y con ello su agravación.

3.3.3. GOBIERNO DE ALEJANDRO CELESTINO TOLEDO MANRIQUE

Alejandro Celestino Toledo Manrique es un economista y político peruano. Ocupó la Presidencia de la República del Perú entre el 28 de julio de 2001 y el 28 de julio de 2006. Estudió en la Universidad de San Francisco y luego en la Universidad de Stanford. Se vinculó originalmente al ámbito técnico y académico, desde donde participó como analista sobre política y economía en algunas oportunidades. Ingresó a la política activa al fundar el partido País Posible, que es hoy Perú Posible.

En el gobierno de Toledo, tenemos modificaciones de los diferentes artículos en análisis.

CUADRO 8
DELITO HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO
(ARTICULO 108 C.P.)

LEYES		INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
27472 05/06/2001	28878 17/08/2006		
NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS	SI	NO

El artículo 108 del Código Penal es modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 28878, publicada el 17 agosto 2006, en el que se mantiene el límite inferior de la pena, y los demás supuestos de hecho, pero se incorpora uno nuevo en el inciso 5: «Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones», para tener en cuenta la calidad del sujeto pasivo del homicidio.

CUADRO 9
DELITO VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR DE EDAD
(ARTICULO 173 C.P.)

LEYES			INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
LEY 27507 13/07/2001	LEY 28251 08/06/2004	LEY 28704 05/04/2006		
Menos de 7 años de edad CADENA PERPETUA	Menos de 7 años de edad CADENA PERPETUA	Menos de 10 años de edad CADENA PERPETUA	SÍ	NO
De 7 a 10 años de edad 25-30 AÑOS	De 7 a 10 años de edad 25-30 AÑOS	De 10 años a menos de 14 años de edad 30-35 AÑOS	SÍ	SÍ
De 10 años a 14 años de edad 20-25 AÑOS	De 10 años a 14 años de edad 20-25 AÑOS	De 14 años a menos de 18 años de edad 25-30 AÑOS	SÍ	SÍ

El artículo 1 de la Ley N° 28251, publicada el 08-06-2004, modificaría el artículo 173, en el que se se haría una innovación legislativa al incluir supuestos que anteriormente no se contemplaban desde el artículo original. No se habla de practicar el *acto sexual u otro análogo, sino de tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías*, ampliando el espectro de posibilidades fácticas que puedan tener connotaciones sexuales.

El artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006, modificaría nuevamente el artículo incrementando nuevamente los límites de la pena en su extremo inferior y superior en cada uno de los incisos. Así, se establece en el inciso 2 que la pena será no menor de 30 ni mayor de 35 años, en comparación con el anterior artículo que establecía que la pena será no menor de 25 y no mayor de 30 años. Al igual que en el inciso 2, el inciso 3 para cada uno de los límites se incrementa también en 5 años.

En cuanto al **robo agravado**, en el período presidencial de Alejandro Toledo no existió ninguna modificatoria.

3.3.4. GOBIERNO DE ALAN GABRIEL LUDWIG GARCÍA PÉREZ

Alan Gabriel Ludwig García Pérez (nacido en Lima, 23 de mayo de 1949) es un abogado y político peruano. Fue presidente del Perú en dos mandatos no consecutivos: de 1985 a 1990 y de 2006 a 2011. En su vida política, ha sido además diputado constituyente (1978-79), diputado (1980-85), y senador vitalicio (1990-92). Como miembro del Partido Aprista, fue instruido por el fundador Víctor Raúl Haya de la Torre, siendo uno de sus pupilos predilectos; ha ocupado diversos cargos partidarios y es en la actualidad el presidente de su partido. Desde sus inicios se caracterizó por su destacado verbo y oratoria.

De su segundo gobierno hemos de resaltar las modificatorias de delitos que hasta ahora venimos analizando

En el delito que venimos analizando ni el **Homicidio Calificado** ni el de **Violación Sexual de Menor de Edad** sufrió modificatoria durante este período legislativo

CUADRO 10
DELITO ROBO AGRAVADO
(ARTICULO 189 C.P.)

LEYES		INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
LEY 27472 05/06/2001	LEY 29407 18/09/2009		
BASE 10-20 AÑOS	12-20 AÑOS	SÍ	SÍ
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES 20-25	20-30 AÑOS	NO	SÍ
AGRAVANTE POR CALIDAD DE AGENTE CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	NO	NO

De conformidad con el artículo 2 de la Ley N° 28982, publicada el 03 marzo 2007, se modifica el inciso 5 del primer párrafo del artículo 189. El inciso 5 antes de su modificación establecía que el robo será agravado si se lo cometiera *en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga*. Pero la modificación tenía como finalidad, como en los artículos de homicidio calificado y el violación sexual de menor de edad, complementar los supuestos de hecho para hacer frente a las nuevas formas delictivas, y en este caso se amplió para el robo agravado los *terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos*.

El mismo sería modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29407, publicada el 18 septiembre 2009, incidiendo en los límites de los dos primeros grupos de agravantes, en el primero los límites se establecieron de 12-20 años, y en el segundo de 20-30 años de pena privativa de libertad, dejando al tercer grupo de agravantes sin modificación. Por otra parte, se agregó el inciso 8, agravante que consistía que el robo sea realizado *sobre un vehículo automotor*.

3.3.5. GOBIERNO DE OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO

Ollanta Moisés Humala Tasso (Lima, Perú, 27 de junio de 1962) es un militar retirado y actual político peruano. Es el actual presidente de la República del Perú, desde el 28 de julio de 2011.

Es el líder fundador del Partido Nacionalista Peruano. Fue candidato a la presidencia de la República por la alianza electoral Gana Perú en las elecciones generales del Perú de 2011, realizadas el 10 de abril. Pasó a la segunda vuelta.

CUADRO 11 DELITO HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO (ARTICULO 108 C.P.)

LEYES			INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
LEY 28878 17/08/2006	LEY 30054 30/06/2013	L.EY 30253 24/10/2014		
NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS	SÍ	NO

El artículo 108 del Código Penal es modificado por el artículo 2 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013, en el que se mantiene el límite inferior de la pena privativa de libertad, pero lo que fue incorporado por la Ley N° 28878 en el inciso 5 refiriendo a calidad especial del sujeto pasivo, es sustraído. Esta última modificatoria al eliminar el inciso 5 del artículo 108 lo hace con la finalidad de

separarlo en nuevo artículo, conjuntamente con la innovación legislativa del feminicidio.

Por último, recientemente el artículo 108 ha sido modificado por el artículo 1 de la Ley 30253, publicada el 24 de octubre del 2014, en el que se deja el límite de la pena privativa de libertad en 15 años, pero incluye un nuevo supuesto de agravante en su inciso 1 que es el de *codicia*.

Lo más resaltante en cuestión de agravantes en este período, es la agravante inclusión de nuevos delitos relacionados al homicidio calificado por la condición de oficial del agente. El artículo 108 que regula el homicidio calificado es modificado al incorporarse el Artículo 1 de la Ley N° 30054, publicada el 30 junio 2013, el cuál prescribe lo siguiente:

Artículo 108-A.- Homicidio calificado por la condición oficial del agente

El que mata a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público o a un miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas, será reprimido con pena privativa de libertad ***no menor de veinte años***.

Vemos que el inciso 5 del artículo 108 es eliminado e independizado en este nuevo artículo en el que se amplía el contenido de sus supuestos de hecho, y a la vez se incrementa el límite inferior de la pena a una de privación de libertad no menor de 20 años.

Unos días después de la incorporación del artículo 108-A, se incorpora el artículo 108-B, a través del artículo 2 de la Ley N° 30068, publicada el 18 julio 2013, el delito de feminicidio.

Esta figura lleva además un mensaje ejemplificador en la sociedad de subordinación femenina, donde el agresor mata a una mujer por considerar que su vida no tiene valor, imponiendo un poder fáctico sobre la mujer y por ende subordinación sobre ésta. Esta impronta no existe en el homicidio dirigido contra los varones. Esto quiere decir que el sujeto agresor, además de tener conciencia y voluntad de su accionar lesivo (dolo), lleva consigo la necesidad de ejercer poder por su condición de varón, sobre la mujer víctima. Esto es expresión de su autoasumida posición superior, sexista e incluso, misógina (BRINGAS FLORES, 2012: 6).

Esta norma desde el punto de vista político-criminal, es una reacción ante los numerosos casos de asesinatos en los que la víctima se trata de una mujer en situación desfavorable en relación al agresor, en el que se registraron 405 mujeres víctimas de un homicidio entre los años 2009 y 2011 (enero-setiembre), según cifras del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público. De ese total, el 34.8% lo fue a manos de sus parejas o ex parejas (245). En el año 2013 se han registrado en el Perú 73 casos de feminicidio y 6 tentativas de feminicidio entre enero y noviembre, de acuerdo con los casos registrados por el citado Observatorio de Criminalidad. Si bien muchos de esos casos son calificados como parricidios u homicidios agravados, el 14.2% de homicidios de mujeres a manos de sus parejas o ex parejas fueron calificados como homicidios simples (35), los cuales eran sancionados con una pena no menor de seis años, siendo entonces la principal razón de sancionar con mayor drasticidad la restricción del contenido del tipo penal de asesinato.

CUADRO 12
DELITO VIOLACIÓN DE MENOR DE EDAD
(ARTICULO 173 C.P.)

LEYES			
LEY 28704 05/04/2006	LEY 30076 19/08/2013	INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
Menos de 10 años de edad CADENA PERPETUA	Menos de 10 años de edad CADENA PERPETUA	NO	NO
De 10 a 14 años de edad 30-35 AÑOS	De 10 a 14 años de edad 30-35 AÑOS	NO	NO
De 14 años a 18 años de edad 25-30 AÑOS	--	--	--

El inciso 3 fue declarado inconstitucional posteriormente por el Resolutivo 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC, publicada el 24 enero 2013.

Para que finalmente a través del artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, se estableciera como ultima modificatoria excluyendo el inciso 3.

CUADRO 13
DELITO ROBO AGRAVADO
(ARTICULO 189 C.P.)

LEYES		INCLUSIÓN DE NUEVAS CONDUCTAS	SOBRECIMINALIZACIÓN
LEY 29407 18/09/2009	LEY 30076 19/08/2013		
BASE 12-20 AÑOS	12-20 AÑOS	SÍ	NO
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES 20-30 AÑOS	20-30 AÑOS	NO	NO
AGRAVANTE POR CALIDAD DE AGENTE CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	NO	NO

Por último, el artículo 189 del Código Penal fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el 19 agosto 2013, por el cual, el último párrafo sufre algunas modificaciones puntuales, dejando la pena de cadena perpetua. El inciso del primer párrafo fue cambiado de *casa habitada a inmueble habitado*, y al inciso 8 se le agregó a *sobre vehículo automotor* el de sus *autopartes o accesorios*.

CONCLUSIÓN

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, ha perfeccionado la pena privativa de libertad al unificarla, es decir eliminando las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión y permitiendo sea sustituida en los casos expresamente indicados por otras formas de sanciones que no importen recortar la libertad ambulatoria, esto es aplicable solo a delitos de menor gravedad diferentes de los que hemos analizado. Por otro lado, como observamos en los distintos gobiernos que se han dado desde la vigencia del Código Penal peruano, este ha sufrido diversas modificaciones, tomando en cuenta que el Legislador no ha respetado los principios del Derecho Penal al desproporcionar la penas convirtiéndola en algunas cosas inhumanas, si bien es cierto las leyes penales fundamentalmente tiene carácter represivo, porque sirve para sancionar los comportamientos de aquellas personas que han quebrantado el ordenamiento jurídico, asimismo también tiene carácter preventivo sin embargo no logra el cometido de resocialización del sujeto, esto conlleva incluso a la vulneración de la dignidad humana; es por ello que la sobrecriminalización de conductas y el aumentar las penas se ha convertido en una respuesta contraria a los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente debemos basarnos según lo expresado por Roxin “Al ciudadano hay que defenderlo con el derecho penal pero también del derecho penal”

CAPITULO IV

LA SOBRECriminalización Y LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL PERÚ

4.1. LA SEGURIDAD CIUDADANA

4.1.1. CUESTIONES PRELIMINARES DE SEGURIDAD CIUDADANA

¿Qué puede entenderse por seguridad? En principio, este término se refiere al margen de protección que una determinada persona, grupo o entidad tiene frente a amenazas o riesgos de diverso tipo, sean imaginarios o reales, naturales o sociales. Una definición más concreta de la seguridad pasa entonces por darle contenido a cinco elementos incluidos dentro de dicha noción: primero, quién o qué es lo que se encuentra bajo riesgo o amenaza; segundo, cuáles son los riesgos y amenazas percibidos; tercero, qué aspectos se ven vulnerados por dichas amenazas o peligros, y finalmente, cuáles son los mecanismos de protección que son considerados válidos para hacer frente a tales riesgos. De los diferentes elementos mencionados, este último nos remite directamente a la presencia del Estado como principal proveedor de seguridad pública en la sociedad moderna. (SEGURIDAD CIUDADANA, 1999, págs. 21-22)

La inseguridad ciudadana constituye uno de los problemas principales de los peruanos y por ende es uno de los temas prioritarios del actual Gobierno. Los niveles delictivos se han ido elevando en los últimos años no solo en el Perú, sino también en muchos de los países de la región y, en consecuencia, la inmediata solución de este problema es uno de los objetivos del Estado.

Debemos señalar que a partir del año 2002 se emprendieron en el país algunos avances en materia de seguridad ciudadana. Así, a través del Acuerdo Nacional se incorpora como séptima política de Estado “la erradicación de la violencia y el fortalecimiento del civismo y de la seguridad ciudadana”. Como resultado, se promulga en el año 2003 la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana.

El esfuerzo por la seguridad ciudadana tiene carácter intersectorial, involucra a todos los niveles de gobierno y comprende la acción conjunta entre el Estado y la ciudadanía. Así también, se requiere del compromiso, a través de los Comités de Seguridad Ciudadana, de los representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Justicia, Economía, Educación, Salud, Defensoría del Pueblo, colegios profesionales, universidades, sociedad civil, entre otros.

Desde hace una década, el Perú se encuentra en un proceso de desarrollo nacional y crecimiento económico, que se expresa en el dinamismo de la inversión pública y privada, así como en un mayor movimiento de transacciones comerciales y financieras. Lamentablemente, este crecimiento no ha venido acompañado de una mayor inclusión social y una mejor distribución de los ingresos. Muy por el contrario, a la par con el crecimiento económico, la violencia y delincuencia han crecido y con ello la inseguridad ciudadana.

Entonces, de todo lo señalado líneas arriba, puedo colegir que la seguridad ciudadana es la acción integrada que desarrolla el Estado, con la colaboración de la sociedad y de otras organizaciones que pertenecen al sector público, destinada a asegurar su convivencia pacífica, la erradicación de la violencia, la utilización pacífica y ordenada de vías y de espacios públicos y, en general, evitar la comisión de delitos y faltas contra las personas y sus bienes, es decir ajustado a derecho de cada país y así

poder armonizar el ejercicio de los derechos humanos de cada uno con las distintas políticas en materia de seguridad ciudadana de los estados y así poder disminuir el problema latente de inseguridad ciudadana; ya que lamentablemente este es el temor que tenemos todos los peruanos y la sociedad en general a posibles agresiones, asaltos, secuestros, violaciones, de los cuales podemos ser víctimas porque hoy en día es una de las principales características de todas las sociedades modernas, y es que vivimos en un mundo en el que la extensión de la violencia se ha desbordado en un clima generalizado de criminalidad.

4.1.2. NOCION DE SEGURIDAD CIUDADANA

Según la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el desarrollo humano es un proceso de expansión de las libertades efectivamente disfrutadas por las personas. Ese desarrollo no es automático. Por el contrario, está plagado de amenazas. Precisamente por ello, el desarrollo humano debe estar indisolublemente ligado a la seguridad humana, que tiene como propósito proteger al individuo frente a amenazas de distinta naturaleza: desastres naturales, criminalidad, enfermedades y epidemias, hambre, pobreza extrema, dictaduras y totalitarismo (SINASEC, 2013, pág. 7).

La seguridad ciudadana es solo uno de varios componentes de la seguridad humana, aquel componente responsable de enfrentar las amenazas violentas y delictivas contra las personas y sus bienes. La seguridad ciudadana tiene dos acepciones.

El concepto de seguridad ciudadana, como derecho y demanda de la población y los individuos de no estar expuestos a hechos de violencia provocados por actos que se originan en la sociedad o provienen de la acción del Estado y sus agentes, debe contextualizarse dentro del concepto de seguridad humana, que supone la construcción de la vida cotidiana

carente de temores, y en condiciones para el desarrollo pleno e integral de los derechos humanos (BOZA, 1999, pág. 157).

Entonces podemos concluir que, la seguridad ciudadana debe prevenir, educar y adecuar conductas de negativas a positivas de las personas que cometen actos ilícitos y todo esto en beneficio de la sociedad, teniendo en cuenta que un lugar seguro para vivir es un lugar donde podemos desarrollarnos adecuadamente como personas, por tanto debemos tener conciencia de que quien comete un delito en contra de la sociedad y de sus integrantes pues la lucha debe ser constante contra aquellos que hacen un mal a la sociedad sin importar que la lesión sea directamente o no contra nosotros porque en algún momento podemos ser víctimas de los delincuentes.

4.1.3. MARCO LEGAL DE SEGURIDAD CIUDADANA

1) Constitución Política del Perú

El principal marco normativo en materia de seguridad ciudadana lo constituye la Carta Magna, que establece en su Art. 44° que: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general”.

Asimismo, en el Art. 166° se señala: “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras” y el Art. 200°, literal 6, señala: “La acción del cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionamiento renuente a acatar una

norma legal o acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de Ley”.

2) Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades

En materia de Seguridad Ciudadana, esta Ley en su Art. 85° establece que: “Las Municipalidades, en seguridad ciudadana, son responsables de establecer un Sistema de Seguridad Ciudadana en su jurisdicción, con la participación de la Policía Nacional y la sociedad civil; y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo, vigilancia ciudadana, rondas urbanas o similares, de nivel distrital o de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a Ley”.

En su Art. 157° establece como Competencia del Concejo Metropolitano “Dictar las normas necesarias para brindar el servicio de seguridad ciudadana, con la cooperación de la Policía Nacional del Perú”.

3) Ley N° 27238, Ley de la Policía Nacional del Perú – PNP

Esta Ley, en su Art. 2°, establece que: “La Policía Nacional del Perú es la institución del Estado creada para garantizar el orden interno, el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas y el normal desarrollo de las actividades de la ciudadanía”.

Asimismo, en su Art. 7°, establece como funciones de la Policía Nacional del Perú – PNP: “Mantener la seguridad y tranquilidad pública para permitir el libre ejercicio de los derechos fundamentales de las personas consagradas en la Constitución Política del Perú”. Asimismo, “Garantizar la seguridad ciudadana. Capacita en esta materia a las entidades vecinales organizadas”.

Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana.- El 11 de febrero del 2003, se promulga la Ley N° 27933, Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana, que en su Art. 3º señala:

“Crease el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC) que tiene por objetivo coordinar eficazmente la acción del Estado y promover la participación ciudadana para garantizar una situación de paz social”.

Como nos damos cuenta, nuestro Estado regula aspectos referentes a la seguridad ciudadana para poder castigar a aquellos que infringen la ley y actúan sin importarles nada, y así poder luchar con el peligro latente que vivimos día a día de inseguridad en nuestra sociedad y pueda éste ir disminuyendo prudencialmente tanto con nuestras leyes así como políticas que crea el gobierno para que la sensación de inseguridad que experimentamos por el aumento del crimen y la delincuencia y por las dificultades de las autoridades para prevenir y reprimir el delito, no amenace más la calidad de nuestra vida personal y familiar, así como a nuestras democracias.

4.2. LA INSEGURIDAD CIUDADANA

La violencia, es el factor principal de inseguridad en la sociedad, es un fenómeno emergente de actos individuales y colectivos que se producen en la sociedad, especialmente identificados con el agravamiento de la delincuencia, pero también es un fenómeno de carácter institucional y estructural vinculado con la situación de pobreza, exclusión, marginalidad de amplios sectores sociales, y con espacios de la vida pública tales como el sistema de justicia penal, el régimen penitenciarios y las acciones policiales, donde recurrentemente se producen violaciones a los derechos humanos (BOZA, 1999, 158).

La inseguridad ciudadana es un problema que nos aqueja a todos los peruanos, pues estos últimos años hemos sido testigos de innumerables casos de delincuencia. Da pena decirlo pero lamentablemente hoy en día la vida no vale nada y matar a alguien no solo es el pan de cada día; sino que también la impunidad se impone ante la justicia. Lejos quedaron aquellos días en que los ciudadanos podían circular sin miedo por las calles y a cualquier hora del día, donde ser blanco de un asalto era algo casi impensado; entonces me pregunto ¿Cuáles fueron las causas que provocaron la inseguridad? A continuación, presentamos los factores que originan esta incertidumbre en la sociedad

4.2.1. FACTORES QUE GENERAN LA INSEGURIDAD CIUDADANA

4.2.1.1. FACTORES RELACIONADOS CON LA POSICION Y SITUACION FAMILIAR Y SOCIAL DE LAS PERSONAS

A) La «Familia problema»:

Abarca una variedad de situaciones del entorno familiar, que pueden tener papel influyente en el condicionamiento delictivo y antisocial, sobre todo de los menores. Criminalidad que muchas veces se constituye en la antesala de la delincuencia adulta. En el medio familiar ocurren diversas relaciones «microsociales», que tienen un carácter modelador en el sentido de transmitir valores, actitudes, arquetipos de conducta, entre otras. Estas relaciones intrafamiliares originan también determinadas vivencias, de acuerdo a como se produce tal interacción, ya sea con afecto, indiferencia, violencia, entre otras manifestaciones particulares. El hogar es pues una agencia de socialización, un centro de educación informal y transmisión de valores, que tiene connotaciones económicas y que está ligada a las

condiciones estructurales de la sociedad vigente. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 287)

Si el grupo familiar se caracteriza por ciertos aspectos negativos para la adecuada formación de sus miembros, especialmente de los menores, se producirá consecuentemente un proceso de socialización inadecuada, que en muchos casos puede facilitar conductas desviadas o delictivas. Es necesario señalar sin embargo, que no toda familia «problema » condiciona que sus integrantes opten por la criminalidad o la conducta antisocial, esto será más probable en cuanto se acompañe de otros factores igualmente negativos, lo que explica porqué dentro de una familia inadecuada algunos de los hijos pueden manifestar conductas infractoras, pero no todos. En función de la diversidad de «problemas» que pueden caracterizar a una familia negativa, podemos considerar las siguientes variantes:

➤ **Familia incompleta**

Llamada también hogar deshecho o familia rota, que puede ser consecuencia del abandono por parte de uno de los padres o por el divorcio o el fallecimiento de uno de los progenitores. Este tipo de hogar es considerado como un posible factor criminógeno según José Rafael Mendoza y otros tratadistas, sobre todo en la delincuencia de menores. Nosotros hablamos en este caso, indistintamente de hogar incompleto, desintegrado o deshecho, originados por las condiciones ya señaladas. Sin embargo en nuestro medio social debemos considerar un tipo de hogar incompleto, que no es resultado de ninguna de las circunstancias indicadas, y en la que previamente no hubo vida familiar con ambos padres, se trata de los hogares de

madres solteras, que tienen prole sin haber formado parte de un hogar formal o de hecho. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 288)

La circunstancia de la ausencia de uno de los progenitores, sobre todo del padre en la mayoría de casos, origina determinados desequilibrios en el hogar, bien sea de tipo económico o por carencia de orientación y supervisión de los hijos, sobre todo cuando el único ascendiente tiene que laborar, disminuyendo o descuidando la vigilancia de los menores. También un hogar incompleto provoca en ciertos casos conflictos emocionales en los hijos. La situación de riesgo criminógeno de este tipo de hogar, estará condicionada en cierto modo por la razón específica que la haya originado. Así, el abandono del hogar por uno de los ascendientes, puede repercutir en forma más negativa que el fallecimiento de uno de ellos. Al respecto D. West afirma que los hogares «pueden ser destrozados de varias maneras. La mayor parte de las investigaciones que han tenido esto en cuenta sugieren que las rupturas causadas por abandono o separación de los padres, están más estrechamente asociadas con la delincuencia que las rupturas debidas a fallecimiento de los progenitores»,

➤ **Familia numerosa y promiscua**

Realmente se trata en este caso, de familias con escasos recursos económicos y con un número grande de hijos, lo que origina también fenómenos de hacinamiento y promiscuidad, propios de la «familia gigante» como lo denominara Hans von Hentig.

En una familia grande y pobre, el hacinamiento y la promiscuidad propician una variedad de situaciones difíciles para el buen ajuste psicosocial de sus miembros, sobre todo de los menores.

Cuando el grupo familiar vive en condición de hacinamiento, residiendo en una sola habitación o dos, y que por lo mismo los mayores y menores tienen que dormir en un solo lecho, en promiscuidad, existen situaciones de riesgo en la conducta del menor, como la posibilidad de iniciar prematuras manifestaciones sexuales o ser objeto de violaciones, entre otros problemas que repercutirán negativamente en el modelamiento de su personalidad. Varias décadas atrás, Mariano Ruiz Funes ya decía que la «promiscuidad en el hogar es un factor criminógeno. Esa promiscuidad produce sobre todo delitos sexuales. Los casos de incesto son frecuentes en estos medios familiares confusionarios. Pero la confusión es por su parte una consecuencia de la pobreza, que impide tener alojamientos decorosos que permitan la separación de sus habitantes». Hans von Hentig, por su parte, decía que a veces los padres cansados por los muchos esfuerzos se despreocupan de la educación del último hijo, y se vuelven indiferentes a sus negligencias. Agregando una deducción que consideramos infundada, de que muchas prostitutas son las últimas hijas de una familia muy numerosa. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 289)

➤ **Familia “Delincuente”**

También denominada “hogar maleante”. Según el parecer de J .R. Mendoza, se trata de una familia presidida por una actividad delincencial. En nuestro medio social se pueden apreciar algunos grupos familiares de estratos sociales bajos, dedicados a la microcomercialización de drogas, en la que se involucran también a veces a los menores del hogar. Asimismo, en el caso de la receptación, algunos adultos o familias dedicadas a dicha actividad ilegal, desarrollan tal actividad con el conocimiento de los menores;

situación similar ocurre en las familias de personas dedicadas al robo y hurto, entre otros delitos. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 290)

Es evidente que si la conducta delictiva de uno o ambos progenitores es de índole habitual, tendrá una influencia muy negativa en el comportamiento de los menores de dicho hogar, ya que éstos pueden interpretar esos modelos de comportamiento y corren el riesgo de incidir también en conductas desviadas.

➤ **Familia deshonesta**

Caracterizada porque uno o ambos progenitores, u otro miembro del grupo familiar, se dedican a la prostitución, la falsa mendicidad u otra conducta inadecuada como el vagabundeo, el juego de envite, entre otros. Si bien tales modelos de conducta, no son encuadrables como delitos, al menos en nuestro ordenamiento penal, de todos modos propician un desajuste con su medio, un desprecio por los demás y un individualismo sensual que facilita el quebrar las normas de la sociedad, y en cierto sentido sufren un riesgo criminógeno, sobre todo en los menores que viven en un hogar con tales características. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 290)

➤ **Familia habituada al consumo de alcohol y/o drogas**

El uso habitual de drogas y/o alcohol, bien sea por el padre, la madre o ambos progenitores u otros adultos del hogar, puede extenderse a los hijos. En este caso nos estamos refiriendo a situaciones en que el consumo es frecuente, como sería el abuso o la dependencia de drogas o el alcohol. Esta circunstancia imperante en un hogar repercute negativamente sobre todo en los menores, que no recibirán una orientación adecuada por el problema de los padres,

además de que carecerán de una imagen o modelo adecuado, guiándose por un paradigma negativo, y si introyectan la conducta de tales padres, se encontrarán también en riesgo de ingresar en actividades desviadas. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 291)

Es importante señalar que estos hogares «problemas» o negativos no se presentan siempre y necesariamente con uno solo de estos rasgos - aunque es posible-, sino que a veces en un solo hogar se dan dos o más de esas circunstancias indicadas. Así, un hogar promiscuo puede ser deshonesto y delincuente a la vez; o la familia numerosa y promiscua puede ser también incompleta, entre otras combinaciones posibles. En estos casos, el riesgo criminógeno de estos hogares será más intenso, aunque debemos aclarar que esto no significa un causalismo delictivo necesario, sino tan solo una mayor probabilidad de desviación, en función de su correlación o concomitancia con otros factores contribuyentes o precipitantes. Tampoco debemos olvidar la existencia de criminalidad de menores y adultos que proceden de hogares sin carencia económica y aparentemente sin, que no tienen ninguna de las características ya reseñadas de la familia «problema». (ESPINOZA SOLIS, 2004, pág. 292)

Como nos podemos dar cuenta uno de los principales factores que conlleva a la inseguridad ciudadana es la familia, ya que todo ser humano se va comportar de acuerdo a las enseñanzas y valores que vio reflejada en su familia y lamentablemente en la mayoría de los casos vemos que todo es una cadena, tanto padres, hermanos, primos, tios u otros familiares son delincuentes, esto quizá se da por la falta de educación, desempleo, el alcohol o las drogas o simplemente por la falta de oportunidades en su vida y lamentablemente se van por el

camino mas facil, que es el delinquir el cual se encuentra fuera de derecho.

➤ **Escolaridad deficiente y delincuencia:**

Dentro de este acápite se considera en primer lugar el fenómeno generalmente observado de que muchos delincuentes, sobre todo en la minoridad infractora, presentan un retraso o ausencia de escolaridad; en segundo lugar se toma cuenta las medidas inadecuadas que se aplican a los escolares problema, y que más bien coadyuvan hacia formas de comportamiento desviado aun sin proponérselo.

Con respecto a la primera situación, hay que señalar que al lado de la escasa o inadecuada escolaridad se aprecia una condición social y económica precaria, por lo que esa insuficiente o ausente escolaridad básica no se debe en la mayoría de casos, como podrían pensar algunos, a una deficiencia intelectual, sino a situaciones de «inferioridad socioeconómica», ya que las personas de hogares deficientes económica y culturalmente, muchas veces son las que presentan algún rendimiento deficiente o comportamiento problema en la escuela, y las actitudes de los maestros incluso es negativa ante estos menores. Además hay que considerar que el ambiente familiar generalmente no es estimulante, y los problemas internos del hogar pueden propiciar más bien el ausentismo escolar, indisciplina, entre otros problemas, que a la larga van a desembocar en la deserción o abandono de la escuela, y como consecuencia una deficiente escolaridad que es la que predomina en los grupos de los menores infractores y de la delincuencia adulta.

Respecto al segundo argumento, debemos anotar que en la escuela aún subsiste una práctica negativa respecto a determinados «alumnos», o estudiantes que manifiestan conducta turbulenta o inadecuada, o rendimiento escolar deficiente. Las medidas que muchas veces se aplican son las de castigo, expresada a veces en la forma drástica de separación o expulsión, luego de haberse experimentado algunas otras formas de sanción, incluso física. Esta política funesta no hace sino desorientar al estudiante desafortunado y negarle toda verdadera ayuda que necesita en realidad. Este fenómeno es igualmente considerado ya desde décadas atrás, por algunos otros autores, cuando señalan que las malas prácticas escolares se limitan a excluir de la escuela a los niños que van por mal camino, sin preocuparse más de ellos, ni tomar después en cuenta que al alejarlos de las escuelas aumentan su abandono. (ESPINOZA SOLIS, 2004, pág. 302)

Podemos apreciar que otro problema es la falta de educación, la escasa y muchas veces inexistente educación de los ciudadanos genera delincuencia, agresividad y por supuesto, inseguridad en aquellas personas que se mantienen al margen, pero que son los que sufren las consecuencias de esta situación.. Asimismo, a la falta de educación muchas veces deviene la cultura tan pobre de nuestra población que genera altos índices delictivos y de agresividad contra las personas; por lo que puedo afirmar que cuanto menos educación y cultura tengan las personas, más propensas a la delincuencia y al crimen estarán.

4.2.1.2. FACTORES SOCIALES, ECONOMICOS Y CULTURALES

a) Pobreza o dificultades económicas y criminalidad

La miseria o la pobreza de los hogares origina generalmente la insatisfacción de una serie de necesidades a los integrantes del grupo familiar, ya sean alimenticias, de vestido, vivienda decorosa, recreo sano, entre otras.

Ante esta variedad de carencias, y el constante estímulo consumista de nuestra sociedad, los miembros de un núcleo familiar con limitaciones económicas, reaccionan en diversas formas, según el grado de responsabilidad que tengan en la familia o la particular vivencia de su insatisfacción, pudiendo optar en algunos casos por alguna forma de conducta desviada o delictiva. Como dice Donald West, la «pobreza, en el sentido de falta de elementos básicos necesarios, ha sido sin duda un factor concomitante importante en la delincuencia juvenil hasta tiempos muy recientes, especialmente en zonas de depresión económica».

En países como el nuestro, en los que existen desigualdades sociales muy marcadas y grupos con escasos ingresos económicos, se aprecia que el fenómeno de la miseria favorece que muchos menores se dediquen a ciertas actividades laborales riesgosas que pueden propiciar una conducta irregular. Ante la desocupación o una actividad escasamente remunerada de los padres o al ser abandonados por ellos, muchos niños se ven forzados a contribuir en la subvención de las necesidades del hogar. De este modo surgen los vendedores de dulces, diarios u otros productos; el lustrabotas o el que recurre a la mendicidad. En este contexto, los menores, dada su inmadurez y fácil influenciabilidad, así como la interrelación con personas desviadas, están propensos a caer en actividades antisociales, en correlación con sus condiciones psicobiológicas.

De todo lo señalado líneas arriba, se puede desprender que otro factor que genera la inseguridad ciudadana es la pobreza, se puede decir que ésta no desencadena necesariamente la violencia pero la favorece en ciertas circunstancias. La pobreza sumada a la desigualdad, generan un proceso grave de marginación y exclusión social, produciendo conflictos entre individuos y grupos sociales en nuestra sociedad. Junto a la pobreza y la creciente desigualdad ha ido provocando la ruptura de la familia, la comunidad y el sistema educativo.

b) Medios de comunicación y delincuencia

En los últimos tiempos, ha cobrado mucha importancia el impacto e influencia de los llamados medios de comunicación masiva en la sociedad de nuestros días, sobre todo por la temática o contenido de violencia y sexo preponderantes que jugarían un papel negativo en la socialización de la población.

Los medios masivos de comunicación o información que han alcanzado gran desarrollo, son principalmente la televisión, el cine, la prensa y la radio. De todos ellos, el primero es el que ha cobrado un gran auge y difusión, especialmente en las zonas urbanas, aunque en los últimos tiempos debidos a la transmisión vía satélite llega hasta lugares muy apartados de las urbes productoras de los mensajes televisivos. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 294)

➤ Papel de los medios masivos de comunicación

En términos generales, todos los medios de comunicación masiva pueden transmitir mensajes negativos que favorezcan conductas agresivas y desviadas, a la par que juegan también un

papel sutil en el campo de la alienación y la manipulación de las mentes humanas en favor del sistema dominante. Al respecto Juan Bustos, señala que el estudio de los medios de comunicación, dentro del aspecto que nos interesa, ha seguido dos direcciones:

- 1) Una primera tradicional, preocupada en los medios de comunicación como causas o factores de ciertas conductas en los receptores,
- 2) Una segunda que concibe a los mass-media como medios de control social. Incliniéndose Bustos por esta segunda perspectiva.

El autor aprecia que realmente no se trata de tendencias opuestas o excluyentes, ya que si bien estos medios son entidades importantes en el modelamiento de la conducta, concomitantemente con otros medios o agencias, cumplen también un papel de control social porque precisamente son capaces de modelar el comportamiento humano. Asimismo su papel en la vida humana no puede ser comprendido al margen del tipo de sociedad en que se desarrolla.

➤ **Influencia de los medios de comunicación en la criminalidad**

En términos generales, el tipo de contenido que se transmite por los medios de comunicación social dentro de nuestra sociedad, se caracteriza por ofrecer imágenes de agresión, violencia, sexo, incitación al consumismo, entre otros, que precisamente no son modelos ni mensajes para un adecuado ajuste social o para contribuir a la fonación de personas solidarias y racionales, sino mas bien seres individualistas, sensuales y con diversa dosis de violencia.

Conviene reconocer que es prácticamente incontestable la importante injerencia causal que los medios masivos de comunicación poseen en la configuración de esta situación social. Éstos pueden

ejercer un efecto negativo sobre los individuos, especialmente sobre las más débiles física y psicológicamente; siendo los jóvenes, susceptibles de ser influenciados por los medios masivos de comunicación atendiendo su escasa educación, limitada formación en valores éticos u otros factores (AROCENA, 2004, pág. 929).

De este modo se consideran estímulos indirectos que contribuyen en alguna medida a la manifestación de conductas desviadas, tenemos:

- **La televisión:** Generalmente los contenidos transmitidos por este medio de comunicación, que se ha impuesto en la vida familiar contemporánea, tienen mayor influencia que los demás medios, porque se halla dentro del hogar y todos los miembros, incluso los niños, pueden espectar los programas más diversos, que en muchos casos son inadecuados. Es común que en estas series se presenten aventuras en las que predomina la agresión o los espectáculos guerreros, donde uno de los bandos es presentado de manera negativa, triunfando el otro a sangre y fuego contra el «enemigo». Además de los contenidos de violencia, están los de índole sexual o erótica, con manifestaciones muy variadas; en otros casos se presentan aventuras fáciles y sugestionantes, que empujan a un mundo de fantasía, alienando al espectador, sobre todo a niños y adolescentes. Sin embargo no todo es negativo en los contenidos de la televisión, existen también buenos espectáculos y algunos pedagógicos, pero aun así requieren una reorientación, previendo que los programas negativos no tengan influencia nefasta en la conducta de los televidentes más influenciables, aunque esto es un problema difícil de manejar aisladamente, ya que este tipo de televisión es ad hoc para el modelo económico liberal imperante.

- **El cine:** si bien en la primera mitad del siglo XX el cinematógrafo tuvo un influjo de primer orden en lo que concierne a los medios de comunicación de masas, que luego fue desplazado por el auge de la televisión, no podemos dejar de considerar el impacto que todavía tiene sobre la población, especialmente en los menores. Los mecanismos por los que juega el cine son quizá similares a los de la televisión, y si reparamos en los contenidos y mensajes predominantes que se transmiten por dicho medio, veremos que además de la violencia, que en alguna medida es similar al de la TV, se agrega el manejo del sexo en forma mucho más explícita, lo que constituye el tema básico de un alto porcentaje de películas para atraer sobre todo a los jóvenes, produciendo en muchos casos efectos nocivos o instigando impulsos propios de la juventud. (DEFLUR, 2001, citado por AROCENA, 2004: pág. 930)
- **Tiras cómicas (comics):** estos medios de difusión. escrita, que incluso alcanzan una circulación internacional, tienen fuerte repercusión en sus lectores menores de edad. Muchas veces estas revistas incluyen hechos o acciones violentas, así como narraciones de eventos inverosímiles, que nada tienen de educativo para la mente e imaginación de los niños y adolescentes. Además de este tipo de revistas, también las publicaciones pornográficas tienen efectos nada positivos. (ESPINOZA SOLIS, 2004, pág. 301)

Entonces, otro de los factores importante que genera la inseguridad ciudadana es la presencia de medios de comunicación que mediante un tratamiento inadecuado de la información y del medio, estimulan la presencia de patrones de conductas violentas y agresivas en niños y adolescentes nada productivas para el desarrollo tanto familiar, económico y social. Los medios de

comunicación como la televisión, la Internet, la radio, la prensa escrita y el cine tienen un gran peso en la formación de pensamiento de la sociedad por medio de sus funciones sociales tienen la potestad de hacer o deshacer directa o indirectamente ideas, costumbres y patrones de conducta, es decir tienen la potestad de transmitir un mensaje a la colectividad y estos influyen considerablemente en la manera de pensar y en la imposición de conductas determinadas en una sociedad.

4.2.1.3. FACTORES CONTEXTUALES E INSTITUCIONALES

a) La corrupción

Que tiende a afectar principalmente a la clase política del país, produciendo en la población en general un estado de desmoralización y un pésimo ejemplo a seguir, más aún cuando va asociada con la impunidad.

b) El tráfico de drogas

Que establece en muchos casos estrategias violentas para el desarrollo de esta ilegal actividad.

c) Disponibilidad de armas de fuego

En especial aquellas obtenidas de forma ilícita y que son utilizadas para realizar diversos delitos.

4.3. LA SOBRECriminalización PARA HACER FRENTE A LA INSEGURIDAD CIUDADANA

4.3.1. PROCESOS DE CRIMINALIZACIÓN

Toda sociedad tiene normas y diferentes maneras de castigar su violación. Desde las culturas más punitivas hasta los estados más

evolucionados castigan la realización de determinadas conductas sea de modo informal (ético-moral), o institucional (jurídico).

Para la aplicación pública de una sanción en un Estado de Derecho, el segundo modelo se impone. De allí que la desvaloración de una conducta deba realizarse formalmente a través de las instituciones legitimadas para ella.

4.3.1.1. CRIMINALIZACION PRIMARIA

Viene hacer el poder de definición a través del cual el legislador erige en delictivas algunas conductas. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, pág. 11)

La criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permita la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamental programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos) (ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, 2002: pág. 7)

Asimismo es producto de la formulación de las convenciones penales, cuya potestad la ejerce en exclusiva el legislador, como paradigma del Estado de Derecho, donde el proceso definitorio de la conducta prohibida reposa en la potestad soberana del Parlamento. Este proceso se realiza en abstracto, pues se dirige a toda la colectividad para que los ciudadanos motiven con la norma a fin de que adecúen su conducta conforme al directivo de conducta plasmado en la norma; por eso se dice, que la norma produce una relación de comunicación simbólico-referencial con el ciudadano con el fin de prevenir la comisión

de delitos y para ello utiliza a la norma secundaria, es decir, a la sanción punitiva como una forma de intimidar y de disuadir al colectivo en razón de sus innegables efectos perniciosos. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pág. 42)

En el proceso de criminalización primaria se decide qué comportamientos socialmente negativos son tipificados como delito, cuál es la sanción punitiva que recaerá sobre los infractores y cuáles son los posibles autores que pueden incurrir en el injusto normativamente construido. Por consiguiente, se podría decir de acuerdo a los postulados del Labeling Approach, que la etiqueta de "criminal" se distribuye de forma desigual entre los ciudadanos, pues, quien define este estatus legal evitará a toda costa que las redes de represión penal puedan extenderse sobre su persona. La significación del Labeling Approach consiste en que ha orientado la atención hacia un ámbito parcial de la Criminología y de la Política criminal hasta ahora desatendido: el concepto de delito y los problemas de selección en el procedimiento de persecución penal.

La criminalización primaria importa la expresión de una simbolización normativa, pues, los efectos que despliegan en la realidad social son casi nulos, por la cantidad de casos penales que acontecen en proporción con aquellos que son debidamente perseguidos y sancionados por la Justicia Penal. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pág. 43)

El poder de definición de que conductas deben ser consideradas punibles, supone un conjunto de factores que inciden en la definición y posibilitan (condicionan) inicialmente la criminalización de conductas y estos son:

- **Protección de bienes Jurídicos:** Nuestro sistema Penal de selección pretende ampararse en la protección de bienes jurídicos argumentándose que este se constituye como un límite político criminal a la función punitiva estatal.
- **La selección de conductas prohibidas y los límites imprecisos de los tipos penales:** Es común observar entre los dispositivos legales una gran cantidad de tipos penales cuyos límites son difusos y que afectan a los derechos humanos. El ideal sería que los tipos penales fueran claros, precisos, entendibles al común de la gente y sobre todo exento de tipificaciones abiertas.
- **Criterios de Responsabilidad Objetiva:** Si bien tendencia dominante en Latinoamérica busca rechazar los criterios de responsabilidad objetiva entendida como la responsabilidad penal sin dolo o culpa, todavía subsisten diferentes figuras relacionadas con el principio Versari in re ilícita.

Formas privilegiadas de Justificación: Son aquellas circunstancias que eliminan la antijuricidad de los delitos como por ejemplo: Legítima defensa, obediencia debida, entre otras.

- **El tratamiento para inimputables:** Se constituye como una de las formas de mayor violencia de los derechos humanos. Urge la necesidad de incentivar la eliminación de medidas de seguridad para inimputables de la legislación en la medida que se introduzca una legislación rodeada de garantías para los inimputables.
- **Las diferentes culturas y Tratamiento penal:** En algunos países se vienen experimentando cambios en relación al respeto y protección a las autonomías culturales frente al sistema penal a fin que se

respeten los Derechos Humanos de los individuos integrantes de los diferentes grupos sociales.

- **La detención preventiva y los presos si condena:** La prolongada duración de la detención más alta de los plazos legales es violatoria de los derechos humanos.

La selección por clase y medida de la pena: La selección mediante la clase y medida de la pena hacen que la pena privativa de libertad siga siendo dominante prácticamente única.

A lo largo de toda la historia de la dogmática penal se ha intentado racionalizar la facultad estatal de aplicar una pena; entendiéndose que no hay nada más irracional que fundar la criminalización primaria de una conducta en un sentimiento, lo que en el caso se traduce en la “sed de venganza”. (VILLAVICENCIO TERREROS, 1997, pág. 167)

Entonces de lo leído líneas arriba, puedo entender que la criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en una ley, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de una pena, es decir, una conducta se encuentra criminalizada primariamente cuando está descrita en una ley como delito.

4.3.1.2. CRIMINALIZACION SECUNDARIA

La efectiva concreción del Sistema Penal se plasma en la concreción de una serie de acciones por parte de las agencias detentadoras del control punitivo que importan la afectación de bienes jurídicos fundamentales. La diferencia entre la criminalización primaria y la secundaria estriba fundamentalmente en que esta última

trasciende un ámbito normativo en cuanto efectividad de la violencia punitiva. Este ámbito del poder punitivo implica la aplicación de las normas al caso concreto, Pues, las normas penales se encuentran conminadas en abstracto, para que éstas puedan concretarse en el ámbito sancionador, se necesita de un proceso penal que someta a la persecución penal a un individuo sobre el cual recae una sospecha de criminalidad (imputado), quien podrá ser privado de su libertad si es que es encontrado "culpable" por la Justicia Penal. Son entonces, Las agencias estatales encargadas de la criminalización, quienes hacen efectivo el programa político criminal., jueces, fiscales, policías y agentes penitenciarios, Son en suma los encargados de ejecutar la concreción normativa. Proceso de criminalización secundaria que no siempre se condice con el ámbito estricto de la legalidad, pues, en nuestras latitudes. Muchas veces el poder efectivo del Sistema Penal se ejecuta de forma encubierta e ilegal como manifiesto perverso del poder político. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, págs. 44-45)

Esta es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (ZAFFARONI, ALAGIA y SKOLAR, 2002, pág. 7).

Entonces, es el poder de asignación en el que la calidad de delincuente es impuesta a ciertas personas por quienes aplican la ley

(policías, fiscales, jueces, etc). Estas instituciones buscan cumplir el programa que enuncia la criminalización primaria, pero éste suele ser irrealizable (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, págs. 11-12).

En nuestro Sistema Penal, la realización del programa político-criminal prácticamente es irrealizable, en virtud de los escasos recursos y de limitada capacidad con que cuentan las agencias de persecución penal. Concretamente, la PNP cuenta con escaso número de efectivos policiales, instrumentos de reacción represiva y preventiva obsoletos, carece de una operatividad logística suficiente, unidades especializadas poco organizadas, presupuesto ínfimo, sueldos miserables, corrupción, etc.; todo una gama de problemas, que redundan en un sistema de persecución penal ineficaz e ineficiente. Problemática en cuestión que no importa para nada a los políticos, pues, en vez de asignar más recursos a la PNP en su lucha contra el crimen, se dedican a sancionar una serie de reformas penales, cuyo excesivo pragmatismo y acentuado simbolismo ha tenido resultados nulos en la disminución de la delincuencia. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007, pág. 45)

➤ **Las Agencias o Instituciones del Control Penal**

El subsistema normativo del «sistema» jurídico penal, es aplicado por un «subsistema institucional» conformado por diversas entidades o agencias oficiales que tienen dicha potestad. Entre tales instituciones sobresalen la Policía, el Ministerio Público, el Poder Judicial, la administración penitenciaria (INPE), entre las más importantes. (SOLIS ESPINOZA, 2004, pág. 167)

La Policía

La policía constituye el órgano inmediato de aplicación del control penal y uno de los más importantes del control en general. Es el organismo que concentra y ejerce el mayor espacio del poder del control penal.

En el campo de la criminalización secundaria, la policía realiza una actividad selectiva, relacionada en cierta medida con algunas variables sociales (por ejemplo, criterios para detectar sospechosos); la policía tiene la decisión de determinar “quienes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo, quienes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, págs. 12-13)

Así mismo esta institución es probablemente la que ha merecido mayores críticas en lo que concierne al rol que cumple como una agencia del «sistema» de control penal. Al respecto, nuestra Constitución Política de 1993 dice que la «Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno (...). Previene, investiga y combate la delincuencia... ». Sin embargo no podemos ocultar que es una entidad que está sujeta a una disciplina castrense y que las decisiones para actuar, sobre todo en casos de orden público, en los que existen implicancias políticas de acuerdo al gobierno de turno, no pueden estar desligadas de las directivas de dicho poder, que no siempre son congruentes con los intereses de la población general.

Si consideramos además, los principios garantizadores de los «Derechos fundamentales de la persona», señalados por la misma Constitución, se entiende que el quehacer policial, en cumplimiento

de sus funciones, debe respetar tales derechos y además actuar en el campo de la investigación criminal, siguiendo los principios garantistas de la ley penal y respetando asimismo el principio de la igualdad. Sin embargo, la observación de su desenvolvimiento en la realidad nos muestra que dentro de su práctica de prevención y combate de la delincuencia, no se ajusta en muchos casos a los criterios legales y no cumple el principio de la igualdad de la función penal, por su quehacer desigualitario manifestado en la dureza de su actuación, principalmente con los grupos de menor poder y los marginados. Además del actuar discriminador, y sobre todo desigualitario, se aprecia una práctica, en muchos casos reñida con los criterios éticos, básicamente guiado por intereses crematísticos que rompen el grado de confianza esperada de su rol de autoridad policial.

También es justo anotar que la función policial, si bien es cierto que presenta en muchos casos las deficiencias que hemos señalado, cumple también un papel necesario y positivo dentro de la sociedad actual. Al respecto, André Bossard señala que en el ámbito internacional el papel policial es muy variado, hallando hasta cinco funciones generales:

- 1) Lucha contra la criminalidad
- 2) Acción puramente administrativa
- 3) Información a las autoridades establecidas
- 4) Mantenimiento del orden, y
- 5) Primeros socorros.

En nuestro medio destacan las funciones de lucha contra la criminalidad y mantenimiento del orden público, y en forma secundaria

Primeros Socorros. Sin negar su ligazón con el poder político que delinea los criterios generales de su actuación.

➤ **Poder Judicial**

Es la agencia tradicional del control penal, que cumple funciones de administrar justicia, actualmente con la participación de otras instituciones ya mencionadas. Dada la estructura del Estado peruano, es un «poder» que no tiene poder real como los otros poderes, el legislativo y el ejecutivo. Por tanto su autonomía, muy mellada en los últimos años, sólo es legal pero no real. Esta entidad es igualmente materia de serias críticas y cuestionamientos a lo largo de nuestra historia. La realidad de su praxis en nuestro medio es objeto de duda en su eficacia, por la morosidad en su actuar; también por el hecho de hacer recaer el mayor peso de la sanción penal sobre el sector social menos influyente y poderoso: así como por los problemas de una justicia sesgada debido a falta de moralidad en parte de los operadores judiciales.

Estas anotaciones no deben entenderse como una generalización absoluta sobre los miembros que la conforman, ya que es innegable que existen jueces probos, pero la existencia de magistrados que actúan sin respetar los principios legales y éticos, ha dado lugar para que esta institución o Poder Judicial, no merezca la confianza de la mayoría de la población. Sin embargo la rémora de su actuación, que contribuye a los males que inciden en su desempeño como agencia de administración justicia, debe considerar también la sobrecarga procesal como una variable de la lentitud en la administración de justicia.

Aparte del problema de la moralidad en el actuar del Poder Judicial, que ha sido y sigue siendo un problema difícil de resolver, está el del abuso en los mandatos de detención de los procesados, no obstante las reformas legales que se han venido dando en los últimos años, a partir del Código Procesal de 1991. Habiendo sido un antecedente la Ley de despenalización del año 1985 (Ley 24388), pero que no alcanzó un resultado efectivo. Sin embargo, si observamos lo que ocurre en la práctica, el volumen de los reclusos inculcados o presos sin condena ha tenido un crecimiento alarmante en los últimos años. A mediados de los setenta estaba entre un 65% aproximadamente de la población de encarcelados, una década después ascendió a un promedio de 75% de inculcados y en los últimos años, no obstante las reformas procesales y judiciales, así como los planes de moralización, entre otros, el volumen de los presos sin condena ha disminuido escasamente, y este fenómeno es responsabilidad del Poder Judicial y en parte del Ministerio Público. Además, si vemos las condiciones sociales de los inculcados, se aprecia que en su mayoría provienen de los sectores sociales más pobres o marginados. Notándose también un trato más deferente con los procesados de mayor poder económico, político o militar, con algunas excepciones según el interés del poder de turno. Datos similares ofrece Emiro Sandoval de la justicia colombiana.

➤ **El Ministerio Público**

Es otra de las agencias del control penal que juega un rol importante en la represión y control del crimen, pero que en su quehacer cotidiano en algunos casos, cae en la desviación de su actividad que atenta también contra el principio de la igualdad de la ley penal. Actualmente, como una entidad paralela al Poder Judicial, tiene una función importante de formalizar las denuncias penales, ejercer el

control de la legalidad y formular acusación penal en los casos que considera que se ha acreditado la existencia del delito investigado y la responsabilidad penal de los procesados. En términos generales, presenta similares problemas que el Poder Judicial, aunque formalmente tiene menor autonomía, porque no constituye un «poder» del Estado como el Poder Judicial.

➤ **La Administración Penitenciaria**

Dentro de las agencias o instituciones del control penal, encargadas de aplicar el subsistema normativo, la que tiene en sus manos la ejecución de las penas conforme al derecho de ejecución penal, es precisamente la administración penitenciaria, que en muchos casos se ha identificado con la cárcel, que es probablemente la institución central donde se ejecuta la sanción penal conocida como pena privativa de libertad.

En este caso y en nuestra realidad, se supone que la ejecución de la pena está orientada a cumplir el propósito resocializador que se asigna a la sanción privativa de libertad, Sin embargo, en la realidad cotidiana de las cárceles, se observa una práctica diferente y hasta opuesta a los principios normativos de la ejecución penal, porque los operadores jurídicos encargados de su administración incumplen o violan los principios normativos penitenciarios.

Es conocido el alto volumen de presos sin condena, al que ya hicimos alusión, frente al menor número de condenados que se hallan en las cárceles peruanas. Además es un problema impactante las condiciones de vida infrahumana de los reclusos, sobre todo en las cárceles más grandes del país. Asimismo es una práctica frecuente la

existencia de una serie de irregularidades que ocurren detrás de sus muros, como el tráfico de drogas y alcohol, sobre todo en las cárceles ya mencionadas y que se hallan sobrepobladas. Todo ello nos lleva a considerar que en los hechos cotidianamente, se asume una praxis retribucionista en la ejecución de la pena, incumpliendo el propósito resocializador. (SOLIS ESPINOZA, 2004, págs. 167-173)

➤ **La Defensa**

Si bien el abogado, formalmente, no es un agente del control penal, sin embargo, el ejercicio de esta profesión es un elemento del poder y resulta decisiva su influencia en los procesos selectivos que realizan policías, jueces, tribunal (los agentes del sistema penal), e incluso los condicionan.

En el Perú, la defensa pública (defensa de oficio) se encuentra en “una etapa de unificación organizacional, en una tendencia a abandonar la doble dirección funcional que existía entre el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia” con relación a los defensores. Por ello el artículo 300° de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorga la facultad al Ministerio de Justicia para el nombramiento de los defensores de oficio. En este sentido, en los países andinos, que cuentan con diferentes sistemas de defensa pública, se vienen formulando recomendaciones para adoptar un modelo de defensa público más adecuado a las exigencias de cada país de la región. Sin embargo, un programa de modernización de la abogacía es ineludible para la reforma judicial y es también una tarea pendiente. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, págs. 18-20)

De lo señalado anteriormente puedo colegir que la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre

personas determinadas, que tiene lugar cuando las instituciones policiales detectan a una persona, a la que se le atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad, la somete al órgano judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso, se investiga y se decide si la ha realizado y, en caso de que sería cierto, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad de la persona, es ejecutada por una administración penitenciaria

4.3.2. CONCEPTO DE SOBRECriminalIZACION

Antes de señalar un concepto de criminalización debo empezar por precisar si el hecho de que se incremente las penas y se cree nuevos delitos, disminuirá la comisión delictiva pero lamentablemente me doy cuenta que no es así, por muchos factores tanto del gobierno como de la misma sociedad.

Entonces partiendo del problema que estamos abarcando **Sobrecriminalizar** implica hacer o crear delitos en exceso o excediendo en gran medida el marco punitivo de la norma jurídica y constitucional, esto es, el crecimiento desmesurado de las penas impuestas a delitos que ya se encuentran previstos como tales, así como la inclusión de nuevos tipos penales en el ordenamiento jurídico que en algunos casos no se encuentran bien definidos en su estructura.

4.3.3. PRINCIPALES IMPLICANCIAS DE UNA RESPUESTA PENAL MERAMENTE RETORICA

Una de las principales implicancias de este uso puramente retórico del Derecho penal es el emplazamiento de la eventual solución al problema de la inseguridad ciudadana en un lugar donde ella no ha de ser hallada, con el consiguiente desplazamiento del análisis que, por

abreviar en las causas profundas del fenómeno, brinda bases sólidas para la construcción de respuestas racionales.

4.3.3.1. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES EN EL ÁMBITO EQUIVOCADO

Se ha dicho con acierto que, ante la presión mediática que ejercen las notas sobre la violencia social, “la dirigencia política generalmente sólo atina a responder con un aumento de penas de los delitos, brindando consignas de corte publicitario, lo que en realidad responde a una situación social que difícilmente sea posible de absorber por el sistema punitivo. En realidad, el reclamo social versa sobre la seguridad urbana, una cuestión de neto corte político y en su caso policial, pero no judicial”.

Parece indiscutible que el recurso al Derecho penal, en tanto herramienta que se sabe inidónea para provocar la disminución de las tasas delictivas de aquellos ilícitos con particular incidencia en la determinación de la sensación de inseguridad extendida en la comunidad (robos, secuestros, homicidios), consolida un ejemplo paradigmático de una política criminal puramente retórica, que desplaza al plano simbólico, esto es, al de la declaración de principios –que tranquiliza a la opinión pública- lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental, o sea, de la protección efectiva.

La solución a la inseguridad, así, no se busca en su clásico “lugar natural” -el Derecho de policía-, sino en el sistema de justicia penal, que es incapaz para resolver el fenómeno de la criminalidad y el problema de la inseguridad.

Queda visto, entonces, que frente al problema de la inseguridad ciudadana el endurecimiento punitivo se muestra como

una herramienta retórica, porque además de no lograr una reducción al menos significativa de la criminalidad; se canaliza a través de una agencia, el sistema penal, que interviene cuando el hecho delictivo presuntamente generador de la sensación de inseguridad ha ocurrido y ésta, en consecuencia, habría sido ya provocada.

4.3.3.2. EL DESPLAZAMIENTO DEL ANÁLISIS QUE ABREVA EN LAS CAUSAS PROFUNDAS DEL FENÓMENO

El empleo de la legislación penal para el tratamiento del problema de la inseguridad urbana importa, de partida, la simplificación de una problemática social en cuya conformación confluyen múltiples factores.

Lo dicho es así, no sólo en el campo de la criminalización primaria sino también en el ámbito que aquí interesa específicamente es decir, el de la determinación de las consecuencias punitivas que en abstracto reprimen a la acción que la ley establece como merecedora de pena.

Si como ha sido dicho, la criminalización de un problema significa a imputarlo a individuos claramente identificables, con la consecuencia de que sólo éstos se volverán responsables del problema tendiendo a desaparecer en el trasfondo el contexto social, político y cultural en el cual el problema ocurre y es percibido el endurecimiento de la pena que el ordenamiento jurídico prevé para el problema, importa la reafirmación de esa atribución individual de responsabilidad, que diluye la eventual relevancia de la indagación sobre el entorno social, político y cultural del problema y su eficacia condicionante

La violencia actual, no sólo en Perú, sino también en la mayoría de los países latinoamericanos y en gran parte de los

Estados del globo; no puede entenderse como el resultado de decisiones personales de individuos aislados sino como “el producto de una serie compleja de procesos, en parte económicos, en parte políticos, en parte culturales”.

En resumidas cuentas, una utilización meramente simbólica del Derecho penal no puede ser ya admitida como remedio frente a una situación problemática como la inseguridad urbana, en tanto y en cuanto se muestra como un mecanismo político de ocultamiento de los déficits y contradicciones del sistema, que omite escudriñar las causas profundas de la situación social determinante de aquella conflictividad. (AROCENA, 2005,pág. 944)

CONCLUSIÓN

Muchos de nuestro legisladores no brindan soluciones reales al problema de la delincuencia, es decir, no atacan las verdaderas causas que originan la criminalidad en nuestro país, como son las carencias sociales y económicas, las mismas que condicionan las conductas de las personas, es por ello que ésta inseguridad ciudadana puede ser superada si el Estado creara un sistema educativo que disminuya las cifras de deserción escolar que inciden en la criminalidad, y que, además, ofrezca oportunidades laborales a todos los sectores de la sociedad; ya que como no hemos dado cuenta con el pasar de los años que sobrecriminalizando los delitos y las penas no ha detenido el avance del delito, por el contrario, se constata un aumento progresivo ya que el derecho penal se ha divorciado de los valores y principios que inspiran una política criminal, satisfaciendo metas más bien inmediatas, postergando una solución integral al problema de la delincuencia.

CAPITULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Al haber elaborado en nuestra investigación los cuadros comparativos de las modificatorias de los diferentes períodos legislativos y analizamos si los tipos penales se sobrecriminalizaban o no. Ahora en los resultados analizaremos si las modificatorias que tienden a sobrecriminalizar han repercutido en las tasas del crimen, por lo que mostramos los períodos representados por sus presidentes y las modificatorias, comparando los datos de diferentes fuentes públicas o privadas que muestran el aumento o disminución de las cifras de denunciabilidad, y si estos datos son sensibles a la sobrecriminalización de los tipos penales.

PRIMERO: En cuanto al **HOMICIDIO CALIFICADO - ASESINATO** como analizamos en los distintos periodos legislativos se puede apreciar las distintas modificaciones, teniendo en cuenta el siguiente cuadro comparativo

CUADRO N°14
HOMICIDIO CALIFICADO – ASESINATO
(ARTICULO 108 C.P.)

GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI		GOBIERNO DE VALENTÍN PANIAGUA	GOBIERNO DE ALEJANDRO TOLEDO	GOBIERNO DE OLLANTA HUAMALA	
LEY 1	LEY 2	LEY 3	LEY 4	LEY 5	LEY 6
ARTICULO ORIGINAL	DEC. LEG. 896 24/05/1998	LEY 27472 05/06/2001	LEY 28878 17/08/2006	LEY 30054 30/06/2013	LEY 30253 24/10/2014
NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 25 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS	NO MENOR DE 15 AÑOS SE ADICIONA INC. 5	NO MENOR DE 15 AÑOS SE DEROGA INC.5	NO MENOR DE 15 AÑOS SE ADICIONA EN EL INC. 1 "CODICIA"

A continuación, tenemos los datos que nos proporciona la Oficina de *Naciones Unidas* contra la Droga y el Delito en Viena (UNODC), ordenados por años desde el 2000 al 2012 mostrados en el Cuadro N° 15, en el que observamos que la tasa de homicidios se ve incrementada entre los años 2005 y 2009, para que en los siguientes años se vea disminuido en un punto y se mantuviera en 9.6 los años 2011 y 2012.

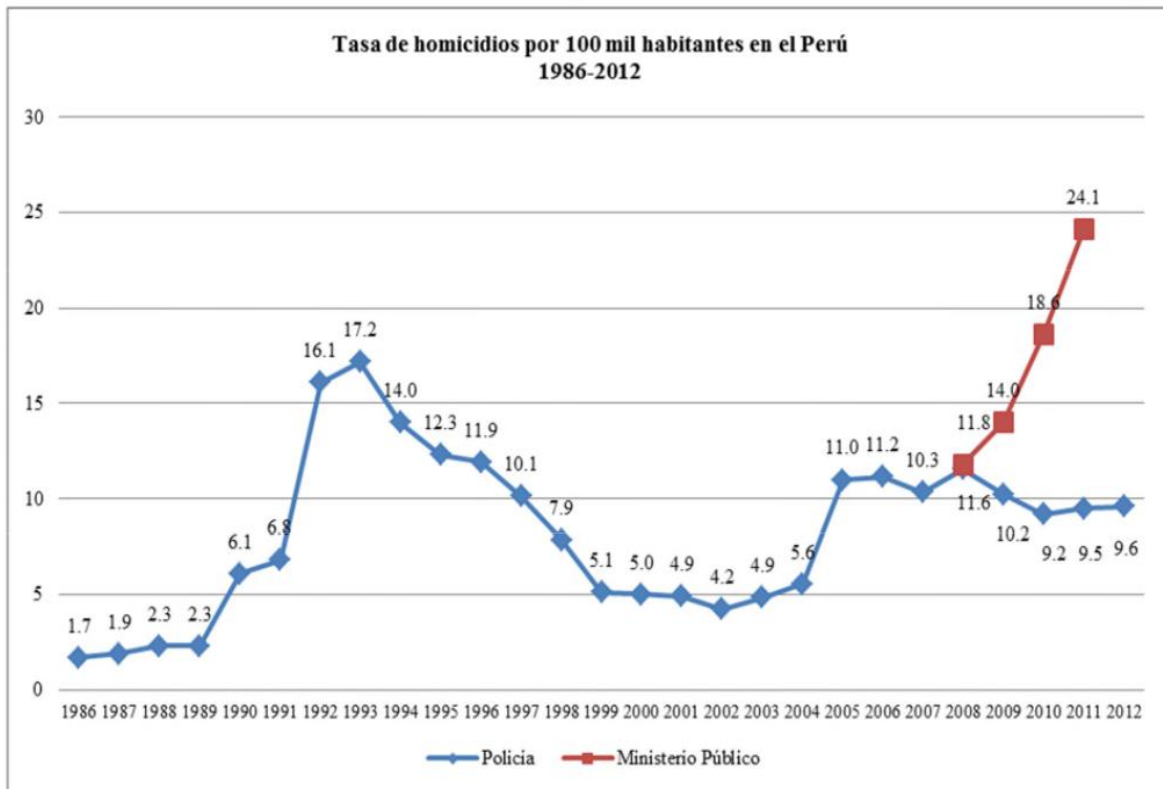
CUADRO N° 15
TASA Y NÚMERO DE HOMICIDIO DOLOSOS POR 100 MIL HABITANTES EN EL PERÚ (2000-2012)

	AÑO												
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Tasa	5.0	4.9	4.2	4.9	5.6	11.0	11.2	10.4	11.6	10.3	9.3	9.6	9.6
Núm.	1,302	1,294	1,136	1,316	1,526	3,057	3,141	2,934	3,332	2,969	2,709	2,850	2,865

Fuente: Oficina de *Naciones Unidas* contra la Droga y el Delito en Viena.

Para un análisis más detallado el Ministerio del Interior nos ofrece datos con respecto a la tasa de homicidios que abarcan desde el año 1986 al 2012. Damos cuenta en el Gráfico 1 varía ligeramente en décimas con los ofrecidos por la UNODC, en cuanto a las cifras ofrecidas por la Policía Nacional del Perú. El año 2008, las estadísticas de la Policía y del Ministerio Público coincidían en una tasa de 12 homicidios por 100 mil habitantes, pero desde el año 2009 las estadísticas de la Policía muestran una relativa estabilidad y las estadísticas del Ministerio Público un importante crecimiento, que alcanzó el año 2011 una tasa de 24.1 frente a la de 9.5 policial, lo que en términos absolutos equivale a una diferencia de 4363 homicidios.

GRÁFICO N° 1:
TASA DE HOMICIDIOS POR 100 MIL HABITANTES EN EL PERÚ
(1986-2012)



Elaboración: Ministerio del Interior (Sobre la base de estadísticas delictivas de la Policía Nacional y del Ministerio Público, y de estadísticas de población del Instituto Nacional de Estadística e Informática).

Podemos observar que las modificaciones al tipo penal incidían en la introducción de nuevas conductas delictivas, sin el incremento de los límites de la pena, y vemos que éstas no han determinado ni el incremento en el período 2005-2009, ni su reducción en los posteriores años, para mantenerse constante entre el 2010-2012. Por lo tanto, no existe una relación determinante entre las nuevas conductas tipificadas de homicidio que permita afirmar que la reducción y mantenimiento de las cifras en los últimos años se deban a ellas. Y por otro lado, tampoco existe una relación entre los límites de la pena y los datos, debido a que estos últimos han sufrido fluctuaciones independientemente de la no variación de la primera.

SEGUNDO: Otro delito en nuestro análisis fue el de **Violación Sexual** de menor

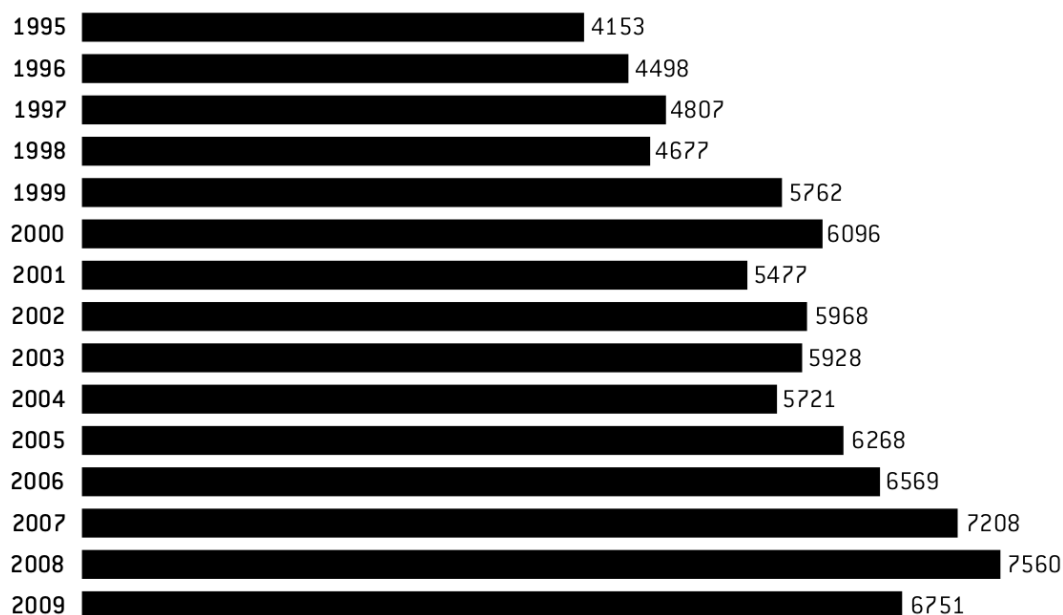
de edad, en el siguiente cuadro se muestran las modificaciones por período legislativo:

CUADRO N° 16
DELITO DE VIOLACION DE MENOR DE EDAD
(ARTICULO 173 C.P.)

	GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI			GOBIERNO DE VALENTÍN PANIAGUA		GOBIERNO DE ALEJANDRO TOLEDO		GOBIERNO DE OLLANTA HUMALA
	LEY 1	LEY 2	LEY 3	LEY 4	LEY 5	LEY 6	LEY 7	LEY 8
	ARTICULO ORIGINAL	LEY 26293 14/02/1994	DEC. LEG. 896 25/05/1998	LEY 27472 05/06/2001	LEY 27507 13/07/2001	LEY 28251 08/06/2004	LEY 28704 05/04/2006	LEY 30076 19/08/2013
Inc.1 MENOS DE 7 AÑOS DE EDAD	15-25 AÑOS	20-25 AÑOS	CADENA PERPETUA	20-25 AÑOS	CADENA PERPETUA	CADENA PERPETUA	MENOS DE 10 AÑOS DE EDAD CADENA PERPETUA	MENOS DE 10 AÑOS DE EDAD CADENA PERPETUA
Inc.2 7 A MENOS DE 10 AÑOS DE EDAD	8-25 AÑOS	15-20 AÑOS	25-30 AÑOS	15-20 AÑOS	25-30 AÑOS	25-30 AÑOS	DE 10 AÑOS A MENOS DE 14 AÑOS DE EDAD 30-35 AÑOS	DE 10 AÑOS A MENOS DE 14 AÑOS DE EDAD 30-35 AÑOS
Inc.3 10 A MENOS DE 14 AÑOS DE EDAD	5-25 AÑOS	10-15 AÑOS	20-25 AÑOS	10-15 AÑOS	20-25 AÑOS	20-25 AÑOS	DE 14 AÑOS A MENOS DE 18 AÑOS DE EDAD 25-30 AÑOS	-----
Si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar y particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza	25-30 años 20-25 años 15-20 años Supuestos previstos en los incisos 1º, 2 y 3	30 años Supuestos previstos en los incisos 2 y 3.	25 años Supuestos previstos en los incisos 2 y 3	30 años Supuestos previstos en los incisos 2 y 3	30 años Supuestos previstos en los incisos 2 y 3	30 años Supuestos previstos en los incisos 2 y 3	CADENA PERPETUA Supuestos previstos en los incisos 2 y 3	CADENA PERPETUA En el caso del inciso 2

Tengamos en cuenta ahora, antes de especificar de acuerdo a la edad, el número de denuncias por este delito detallado en el Gráfico N° 2, en el que se nota claramente un aumento progresivo en el transcurso de los años.

GRÁFICO N° 2
NÚMERO DE DENUNCIAS DE DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD
SEXUAL EN EL PERÚ ENTRE 1995 Y 2009.



FUENTE: Policía Nacional del Perú - Elaboración: Mujica (2011)

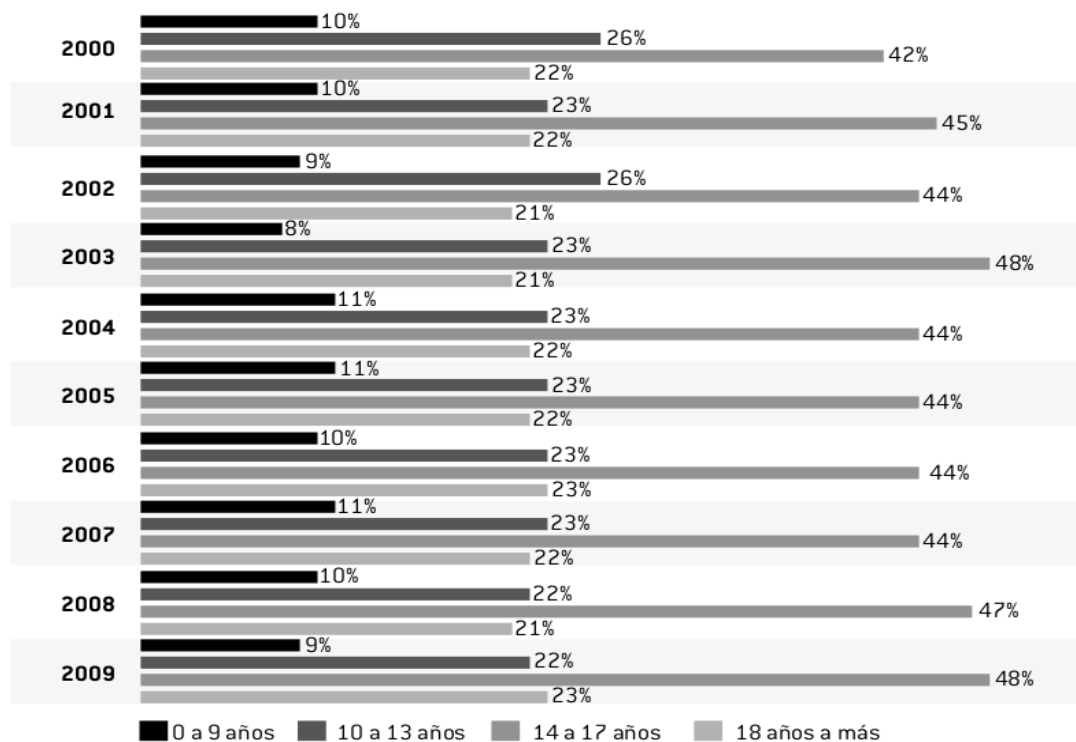
Vemos que en el año 2009 el número de denuncias por violación sexual llegó a la cifra de 6751, en los años anteriores fueron superiores, pero a simple vista y de manera global observamos que las cifras han ido en aumento con el paso de los años.

En específico en nuestra investigación desarrollamos el artículo 173 del Código Penal que sanciona la violación de libertad sexual de menor de edad; este artículo es entre los que analizamos el que más modificaciones ha tenido, con la finalidad de sobrecriminalizarla.

El gráfico N° 3 nos muestra que del total de las denuncias de violación sexual el mayor porcentaje de víctimas corresponde a menores de edad, es decir, que de

las 6751 denuncias que se realizaron el año 2009, el 91% de ellas fueron perpetradas contra un menor de edad. En la misma gráfica observamos que se clasifican de acuerdo de acuerdo a edades de 0 a 9 años, de 10 a 13 y de 14 a 17, y de todos los años, observamos que el porcentaje donde se concentra el mayor número de denuncias es en menores de edad de 14 a 17 años.

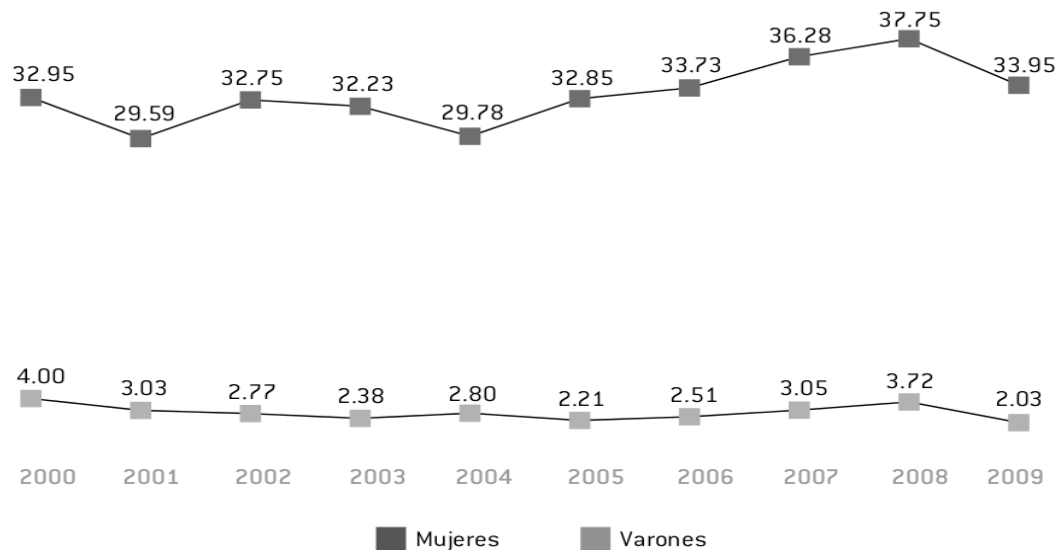
GRÁFICO Nº 3
PORCENTAJE DE LOS GRUPOS DE EDAD DE LAS VÍCTIMAS EN LAS
DENUNCIAS POR VIOLACIÓN A LA LIBERTAD SEXUAL EN EL PERÚ ENTRE
(2000 Y 2009)



FUENTE: Policía Nacional del Perú - Elaboración: Mujica (2011)

De acuerdo a la medida de frecuencia convencional (por 100 mil habitantes) de delitos se obtiene de los datos de la Policía Nacional de Perú la tasa de denuncias de delitos de violación de libertad sexual de ambos sexos del período 2000-2009, en el que se ve la evolución y la fluctuación en las cifras en cada una de ellas, no existiendo ninguna importante baja en los años posteriores al año 2001, y por el contrario ha habido un incremento progresivo desde el año 2004.

GRÁFICO N° 4
TASA DE DENUNCIAS DE DELITOS DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD
SEXUAL POR CADA 100 MIL HABITANTES EN VARONES Y MUJERES
MENORES DE 18 AÑOS
(2000-2009)



FUENTE: Policía Nacional del Perú - Elaboración: Mujica (2011)

Las principales modificaciones con el fin de agravar las penas incrementando los límites, llegó al extremo de sobrecriminalizar cada uno de los incisos del mencionado artículo para sancionarlos con cadena perpetua. Pero nuevamente, observamos que la tasa de denuncias por la comisión de este delito ha sufrido un aumento en los últimos años (Gráfico N° 3); lo que nos permite concluir, que la sobrecriminalización en los delitos de violación a la libertad sexual de menor de edad, al igual que en el de homicidio, es una medida ineficaz contra la lucha de este delito, que se refleja en el número de casos denunciados a lo largo de los últimos años.

TERCERO: Veamos en el siguiente cuadro el delito de **Robo Agravado** con las modificaciones en el tiempo desde su entrada en vigencia del Código Penal de 1991. Teniendo en cuenta que es este delito el que más repercute en la

inseguridad ciudadana subjetiva, por lo que, los grupos políticos parlamentarios y candidatos tienen muy en cuenta en sus propuestas para combatir el crimen:

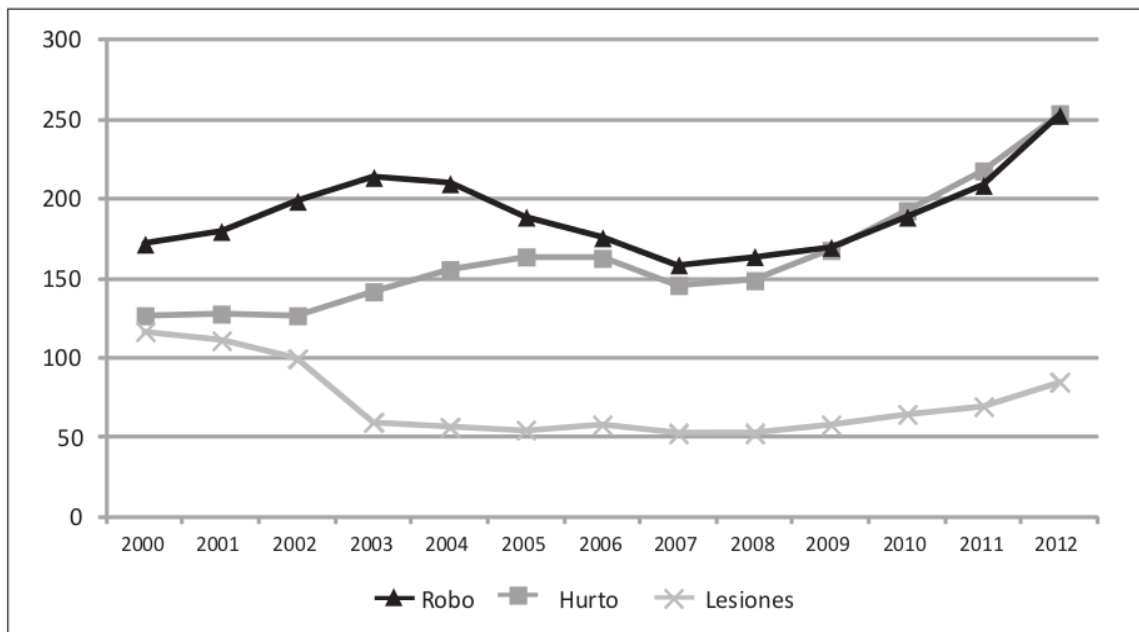
CUADRO N° 17
DELITO DE ROBO AGRAVADO
(ARTICULO 189 C.P.)

GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI				GOBIERNO DE VALENTIN PANIAGUA	GOBIERNO DE ALAN GARCÍA	GOBIERNO DE OLLANTA HUMALA
LEY 1	LEY 2	LEY 3	LEY 4	LEY 5	LEY 7	LEY 8
ARTICULO ORIGINAL	LEY 26319 01/06/1994	LEY 26630 21/06/1996	D. LEG. 896 24/05/1998	LEY 27472 05/06/2001	LEY 29407 18/09/2009	LEY 30077 19/08/2013
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE NIVEL 1 3-8 AÑOS	5-15 AÑOS	10-20 AÑOS	15-25 AÑOS	10-20 AÑOS	12-20 AÑOS	12-20 AÑOS
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES NIVEL 2	10-20 AÑOS	20-25 AÑOS	15-25 AÑOS	20-25 AÑOS	20-30 AÑOS	20-30 AÑOS
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE NIVEL 3 AGRAVANTE POR CALIDAD DE AGENTE	15-25 AÑOS Cuando el agente actúa en Calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización destinada a perpetrar estos delitos. En los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud , la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder en cada caso.	CADENA PERPETUA Cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos o con empleo de armamentos, materiales o artefactos explosivos o con crueldad	CADENA PERPETUA Cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda , o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.	CADENA PERPETUA Cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda , o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental	CADENA PERPETUA Cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda , o si, como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.	CADENA PERPETUA Cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal , o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

Veamos ahora que en el Gráfico N° 6 según el Ministerio de Interior la tasa de denuncia de robo el año 2012 es la más alta desde el 2003. Para el año 2009, la incidencia de denunciabilidad sobre delitos contra el patrimonio, según estos datos aumentó en un 8% respecto al 2008. Para el año 2010, un año después dicha incidencia siguió incrementándose, alcanzando un 14.4%, y en un 12.6% más para el año 2011.

GRÁFICO N° 6

TASA DE DENUNCIA DE PRINCIPALES DELITOS POR 100 MIL HABITANTES (2000-2012)

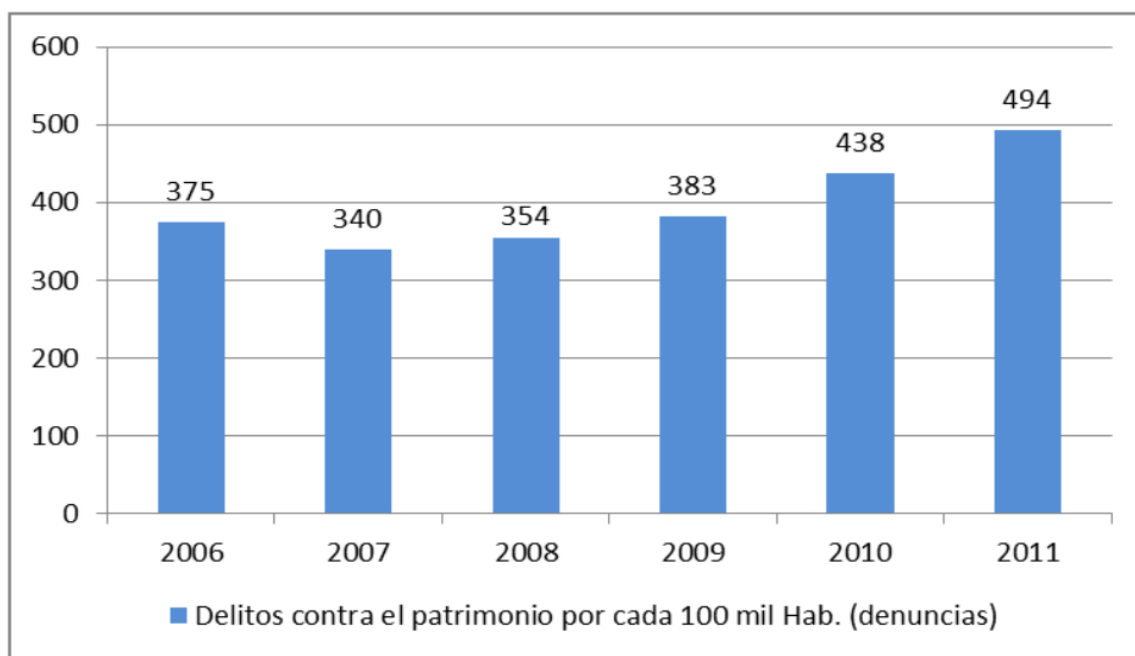


FUENTE: Ministerio del Interior – dirección de gestión en tecnología de la información y comunicaciones.

Es así que en los últimos 6 años, lejos de disminuir la incidencia en los delitos contra el patrimonio, esta ha ido en aumento. Así, los datos que nos ofrece el Ministerio del Interior indican que de 153,055 denuncias registradas en el año 2006, las mismas se incrementaron en un 35% al año 2010, habiéndose registrado 206,190.

En general, los delitos contra el patrimonio son agrupados en el Gráfico N° 7, y se obtiene tasa que a simple vista tienden al incremento con el pasar de los años.

**GRÁFICO N° 7:
DENUNCIAS CONTRA EL PATRIMONIO POR 100 MIL HABITANTES
(2006-2011)**



FUENTE: Ministerio del Interior. Oficina General de Planificación. Oficina de Estadística.

El tipo penal de robo, como vimos en nuestro análisis de modificaciones por años y períodos legislativos es el segundo que más cambios ha tenido, introduciendo nuevas conductas delictivas o supuestos y en la sobrecriminalización. La política nuevamente con la intención de contribuir a la reducción de la delincuencia, no ha sido más que propuestas oportunistas en la coyuntura electoral. A pesar de que en los últimos años se ha venido realizando constantes modificaciones al tipo penal de robo agravado, vemos que las denuncias ha ido en aumento. Por lo que, a través de las pruebas empíricas aportadas por las distintas fuentes damos cuenta que no existe una relación o influencia determinante entre la regulación de nuevas conductas delictivas ni la sobrecriminalización en la lucha contra la delincuencia

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1. CONCLUSIONES

PRIMERO: La política criminal desplegada por el Estado a través del Derecho Penal no ha satisfecho completamente las necesidades de una convivencia pacífica de los ciudadanos de nuestro país, en la actualidad el Derecho Penal viene siendo utilizado como prima ratio, debido a que el legislador nacional lo utiliza como instrumento predilecto, sin ni siquiera considerar que afectan derechos fundamentales y violenten principios que son base y estructura de un Derecho Penal Democrático. Es por ello que el gobierno debe enfocar políticas criminales de reforma, siendo primigeniamente educacional y no jurídico; No se puede dejar de señalar que también es fundamental el rol que desempeña el Estado y las instituciones ejecutivas del poder punitivo pero la globalización y el avance científico son factores que quizá permiten y contribuyen al incremento desmesurado de los delitos y de las distintas formas de criminalidad pero para ello, el Estado debe replantear su política en materia de seguridad y prevención delictiva y por otro lado, el rol de los fiscales, jueces y Policía Nacional es esencial, ya que son los primeros en conocer la comisión delictiva, a través de las denuncias recibidas en sus instituciones.

SEGUNDO: La Exposición de Motivos del Código Penal de 1991, ha perfeccionado la pena privativa de libertad al unificarla, es decir eliminando las penas de internamiento, penitenciaria, relegación y prisión y permitiendo sea sustituida en los casos expresamente indicados por otras formas de sanciones que no importen recortar la libertad ambulatoria, esto es aplicable solo a delitos de menor gravedad diferentes de los que hemos analizado. Por otro lado, como observamos en los distintos gobiernos que se han dado desde la vigencia del Código Penal peruano, este ha sufrido

diversas modificaciones, tomando en cuenta que el Legislador no ha respetado los principios del Derecho Penal al desproporcionar la penas convirtiéndola en algunos cosas inhumanas, si bien es cierto las leyes penales fundamentalmente tiene carácter represivo, porque sirve para sancionar los comportamientos de aquellas personas que han quebrantado el ordenamiento jurídico, asimismo también tiene carácter preventivo sin embargo no logra el cometido de resocialización del sujeto, esto conlleva incluso a la vulneración de la dignidad humana; es por ello que la sobrecriminalización de conductas y el aumentar las penas se ha convertido en una respuesta contraria a los derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente debemos basarnos según lo expresado por Roxin “Al ciudadano hay que defenderlo con el derecho penal pero también del derecho penal”

TERCERO: Muchos de nuestros legisladores no brindan soluciones reales al problema de la delincuencia, es decir, no atacan las verdaderas causas que originan la criminalidad en nuestro país, como son las carencias sociales y económicas, las mismas que condicionan las conductas de las personas, es por ello que ésta inseguridad ciudadana puede ser superada si el Estado creara un sistema educativo que disminuya las cifras de deserción escolar que inciden en la criminalidad, y que, además, ofrezca oportunidades laborales a todos los sectores de la sociedad; ya que como no hemos dado cuenta con el pasar de los años que sobrecriminalizando los delitos y las penas no ha detenido el avance del delito, por el contrario, se constata un aumento progresivo ya que el derecho penal se ha divorciado de los valores y principios que inspiran una política criminal, satisfaciendo metas más bien inmediatas, postergando una solución integral al problema de la delincuencia.

6.2. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se debe colocar mayor énfasis en la prevención de la comisión de delitos, mediante el desarrollo en primer lugar del control social informal, con acción a nivel de la familia, la Escuela, y el trabajo. La forma que debe ensayar el Estado para lograr el mejoramiento del control social es educando en valores, a nivel de todo el sector público y privado educativo tanto inicial, primaria, secundaria y superior; con el fin de acrecentar el cultivo de los valores ciudadanos, así mismo educando en conocimientos. A su vez, la preocupación estatal debe derivarse en la empleabilidad de los jóvenes, evitando que la violencia se extienda y se incrementen la comisión de delitos.

SEGUNDA: Se debe enfatizar el análisis de los proyecto de ley, por especialistas en la materia, según sea el caso, para lo cual los congresistas deben contar con asesores de reconocida trayectoria profesional y conocimientos de política criminal. Así mismo, los mencionados proyectos deben ser sometidos a la crítica de estudiosos que permitan de esta manera vislumbrar la existencia o no de falencias, con cuyo fin se le debe otorgar mayor publicidad, y en tal sentido, lograr conciliar el interés de los intelectuales con los propósitos de la norma. Por tanto, se hace necesario y obligatorio que los legisladores realicen audiencias descentralizadas previas a la dación de una ley, especialmente en aquellas jurisdicciones donde se constata alarmantes cifras de violencia, tales como Trujillo.

TERCERA: Se debe implementar una política educativa orientada a la enseñanza de la Constitución, educación que debe implantarse desde los primeros niveles educativos, para lograr de esta forma crear conciencia cívica que permita edificar la personalidad del ser humano en función al respeto de sus propios derechos, así como también de los derechos de los

demás. El máximo cuerpo legal con que cuenta un país, no debe ser de conocimiento exclusivo de los abogados o personas vinculadas al sistema de justicia, pues en dicho documento se contiene no solo la estructura y el funcionamiento del Estado, sino también los derechos y valores ciudadanos que hacen posible la convivencia pacífica de los mismos; de modo que la Constitución debe extenderse en cuanto a su conocimiento al resto de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- AROCENA, G. (2004). *Inseguridad ciudadana y ley penal: el uso político del derecho penal frente al problema real de la inseguridad ciudadana*. cordoba.
- AROCENA, G. (2005). "El Derecho Penal y el Problema de la Inseguridad Ciudadana" *Universidad Nacional de Cordova, por los desafíos del derecho penal en el siglo XXI, Libro homenaje al profesor Dr. Gunther Jakobs*. Cordoba: ARA Editores E.I.R.L.
- BOZA, B. (1999). *El Estado Peroferico y el Ciudadano Central : Comision Andina de Juristas*. Lima.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General* (Cuarta Edición ed.). Lima: EDITORIAL EDDILI.
- BUSTOS RAMIREZ Y HORMAZABAL MALAREE, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. I). Madrid: Editorial Trotta.
- CASTAÑEDA CUBAS, C. M. (2009). *La Delegacion de Facultades y el Uso Politico del Derecho Penal - Tesis Doctoral*. Trujillo.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2002). *Derecho Penal Parte General* (PRIMERA EDICIÓN ed.). Lima: Gaceta Juridica S.A.
- CASTILLO ALVA, J. L. (2002). *Principios de Derecho Penal Parte General* (PRIMERA EDICION ed.). Lima: Gaceta Juridica S.A.
- CLAUX ROXIN. (1998). *Dogmatica Pena y Politica Criminal*. Lima: Editorial Idemsa.
- COMISION ANDINA DE JURISTAS. (1999). *Seguridad Ciudadana Cambios Nesesarios*. Lima.
- GARCIA DE ETERRIA, E. y. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogota: Editorial Palestra.
- GUNTHER, J. (1996). *Sociedad, Norma y Persona en una Teoria de un Derecho Penal Funcional* (PRIMERA EDICION ed.). Madrid.
- HURTADO POZO, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I* (Tercera Edición ed.). Lima: Editorial Grijley.
- JESCHECK, H. (1993). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada: Editorial Comares.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). *Derecho Penal Parte General* (Primera Edición ed.). Lima: Gaceta Juridica S.A.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *La Delincuencia en el Perú: Propuesta de Intervencion Articulada - Consejo Nacional de Politica Criminal - Direccion General de Politica Criminal y Penitenciaria*. Lima.
- MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal Parte General* (Octava Edición ed.). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2007). *Derecho Penal Parte General - Teoria del Delito y de la Pena y las Consecuencias Juridicas* (SEGUNDA EDICION ed.). Lima: Editorial Rodhas S.A.C.

- POLAINO NAVARRETE, M. (2004). *Derecho Penal Modernas Bases Dogmatica*. Lima: Editorial Grijley.
- PRADO SALDARRIAGA, V. (2009). *Nuevo Proceso Penal Reforma y Politica Criminal* (Primera Edición ed.). Lima: Editorial Moreno S.A.
- SINASEC, S. N. (2012). *Sisntema Nacional de Seguridad Ciudadana*. Lima.
- SINASEC, S. N. (2013). *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013-2018*. Lima.
- SOLIS ESPINOZA, A. (2004). *Criminologia Panorama Contemporaneo* (Cuarta Edición ed.). Lima: Editorial BYB.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Santa Fe de Bogota: Editorial Temis S.A.
- VILLA STEIN, J. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial San Marcos.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (1997). *Introduccion a la Criminologia* (Primera Edición ed.). Lima: Editorial Grijley.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho Penal - Parte General* (Primera edicion ed.). Lima: Editora Juidica Grijley E.I.R.L.
- ZAFFARONI, E. R. (1998). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Sociedad Anonima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- ZAFFARONI, E. R. (1998). *Manual de Derecho Penal*. Lima.