

DAVID FERNANDO PANTA CUEVA
Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo

David_panta@hotmail.com

073 - 9768793

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY APROBADO POR EL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA, REFERIDO A LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E
INDEMNIDAD SEXUAL**

Por

DAVID FERNANDO PANTA CUEVA (27)

Abogado Penalista

Universidad Nacional de Trujillo

I.- Introducción.

Con fecha 08.06.2004, se promulgó en el Diario Oficial El Peruano la Ley 28251, la misma que modificó el criterio de entender el Delito de Violación contra la libertad e indemnidad sexual. Así, se consideró que la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal, anal y bucal (mediando violencia o grave amenaza), estaría dicha acción dentro del tipo penal contenido en el artículo 170 de nuestro C.p.

Dicho sentido, es producto de las concepciones FUNCIONALISTAS que cada día ganan terreno, en el ámbito jurídico de los países que la están recepcionando, donde nuestro país no es ajeno a dichas transformaciones dogmático penales. En ese sentido, cuando la anterior norma se refería a cometer el delito de violación sexual, mediante un “acto análogo”, muchos pensaron que dicha norma hacía alusión única y exclusivamente a la penetración del miembro viril masculino por el ano del sujeto pasivo.

Las corrientes funcionalistas, sobre todo la más difundida, como es la venida de la Escuela de Munich, cuyo máximo representante es el profesor Claus ROXIN, interpreta los tipos penales, en función a criterios políticos criminales, siendo uno de ellos los criterios teleológicos valorativos, teniendo como eje central el *telos* de las normas. Siguiendo este pensamiento, podemos mencionar que si la norma del artículo 170 del C.p protegía la libertad sexual, es obvio que el criterio de entender en su parte referida a “acto análogo” *no necesariamente* involucraba una penetración anal; sino por el contrario, dicho elemento normativo (siguiendo la doctrina funcionalista), hacía gala de todas aquellas acciones donde el sujeto agente puede llegar a satisfacer su instinto sexual. Es por ello, que la introducción de objetos ya sea a nivel vaginal o anal, fueron entendidos como vías por donde el agente o sujeto activo, puede llegar a satisfacer su instinto sexual, perdiéndose así la concepción naturalista - ontológica anterior (heredada del Finalismo Welzeniano), de entender que dicha norma necesariamente requería de una penetración anal.

Considero ocioso analizar el resto de la Ley, sino lo que he pretendido señalar que fue un paquete de preceptos, que cambiaron el sentido de interpretación del tipo penal referido a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Con ello, tampoco quiero sostener que dicha Ley haya sido una panacea en relación a las demás; puesto que fueron unos dispositivos que privaron de las

relaciones sexuales a las personas con discapacidad psíquica, entendiéndose que si alguien quiere tener relaciones sexuales con una persona con síndrome de down, aquél sería penado de acuerdo al artículo 172 del referido cuerpo normativo, haciendo que una persona con éstas cualidades, no tenga derecho al ejercicio de su sexualidad. Además, se siguió manteniendo el delito de seducción, el cual procesalmente no tiene una *prueba fundamental*, reduciéndose la actividad probatoria en un dicho contra dicho. O el caso del inciso 1 del artículo 170, de prescribir que se considera circunstancia agravante, cuando la violación es hecha “a mano armada y por dos o más sujetos”, cuando ya la doctrina fue enfática en estipular el error de técnica legislativa de este precepto.

Resulta que a la fecha, el Congreso de la República, ha aprobado un Proyecto de Ley, el mismo que se encuentra en el Poder Ejecutivo listo para su promulgación; ésta Ley modificaría los artículos 170°, 171°, 172°, 173°, 173°-A, 174°, 176°, 176°-A y 177°, siendo sus puntos más saltantes, la sobrepenalización que han experimentado los tipos penales, referidos a la vulneración de la libertad e indemnidad sexual.

II.- Reflexiones a la génesis del Proyecto de Ley Aprobado por el Congreso de la República.

Antes de entrar al fondo del asunto, referido al título del presente acápite, es menester hacer algunas referencias al problema de técnica legislativa que presenta al artículo 170 del referido Proyecto de Ley; así como también, el craso error en el que ha incurrido el legislador al penalizar la práctica sexual con una persona entre catorce y menor de dieciocho años de edad.

2.1.- Problema de Técnica Legislativa del Artículo 170 del Proyecto Aprobado.

Artículo 170°.- Violación sexual

“El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

La pena será no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme corresponda:

(...)

5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima”.

Sobre este primer punto, considero un craso error, que nuestro legislador trate de estipular este inciso; en primer lugar, porque configura dos incisos que reprochan penalmente la misma modalidad. Me explico, el inciso 2 de este precepto taxativamente señala “Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o

de un relación de parentesco por ser ascendiente, cónyuge de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima”. Considero un infeliz criterio, en el que descansaría esta modificación, por cuanto el inciso 2, engloba ya la modalidad que trataría de “reprochar” el inciso 5, en lo referente a la circunstancia en que el sujeto agente comete el delito de violación sexual con violencia o grave amenaza; es decir, el agente se basa de una posición o cargo que le da una autoridad empírica y formal sobre la víctima. Así, en dicho inciso 2 del artículo 170, estaría el caso del auxiliar de un centro educativo, que obliga a tener interacción sexual con un alumno u alumna, obviamente mediando la violencia o grave amenaza. O el del profesor que realiza la misma modalidad. En ese sentido, soy de la idea que el inciso incorporado tipifica lo mismo que el inciso 2 ya estipulado taxativamente, vulnerado como es obvio el principio de legalidad. La interpretación para llegar a lo sostenido, es una de tipo literal, extensiva y teleológica, considero que la misma observación es valedera para el artículo 176 inciso 3. En lo que sí ha acertado este dispositivo, es en estipular como modalidad agravante, al caso del *cónyuge* de la víctima. Además, saludo el cambio de orientación del inciso 1, al dejar de lado la exigencia concurrente de que para estar en la agravante no sólo se requería que el sujeto agente esté a mano armada, sino provisto de dos o más sujetos.

2.2.- El olvido del Consentimiento como Causa de Atipicidad en las prácticas sexuales con personas entre catorce y menores de dieciocho años.

Artículo 173º.- Violación sexual de menor de edad

“El que tiene 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, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3.- Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”.

Como se puede advertir, en el presente precepto, no se requiere violencia ni grave amenaza, sino que basta que un sujeto mayor de edad tenga interacción sexual con una persona entre 14 y menor de 18 años, para que el tipo penal quede configurado. Así, al legislador le interesa poco, que la menor o el menor de 17 años de edad, *preste su consentimiento válido*, pues ello no se infiere del precepto en comento. El legislador, al contrario entiende que una persona de 17 años con 11 meses y 364 días aún no puede prestar su consentimiento válido.

A mi juicio este dispositivo peca de SOBREPENALIZAR una conducta que de alguna forma atenta contra la fisiología misma de la persona y peor aún, atenta

contra lo usual, lo cotidiano, lo que realmente se da, se ha dado y se viene dando, en el sentido de que los jóvenes en edad de madurez fisiológica, tengan trato carnal de acuerdo a su inclinación sexual. Así, una jovencita de 17 años de edad con un joven de 18 años, a través de este precepto están terminante prohibidos (sobre todo al joven) de tener trato sexual, pues la pena privativa de libertad está entre los 25 y 30 años. El problema es que el legislador olvida que una menor de 17 años, si bien es cierto, aún no tiene el libre ejercicio de la libertad sexual, sin embargo ya ostenta un poder de determinación con respecto a dicho bien jurídico, estando pues en una suerte de tránsito entre la indemnidad y la libertad sexual, concebida como el derecho a decidir, elegir y disfrutar el ejercicio de la sexualidad, como medio de desarrollo y afirmación personal. Considero que como agravante del 170 C.p estaba bien, pues tener trato sexual con una persona entre 14 y menor de 18 años, con violencia o grave amenaza, debe de ser un hecho a toda luz reprochable, sin embargo, dicha agravante se deroga con la salida de este artículo. Con dicho precepto el parlamentario pasa por alto que la practica sexual entre mayores de edad, quedó en el museo de los recuerdos, y que ahora, sobre todo en las grandes ciudades, y en las urbes con temperaturas altas, las prácticas sexuales entre púberes de las edades antes referidas, están a la orden del día, máxime si en la sierra misma, las jovencitas tienen trato sexual a los 14, 15, o 16 años, constituyendo a esa edad hogares conyugales o de convivencia; en fin, soy de la idea, que este artículo no tiene razón de ser pues reprime el instinto sexual de una persona que ostenta las edades antes señaladas, conduciendo dicho precepto a reprimir ese ejercicio al que toda persona es las referidas edades tienen derecho. En consecuencia, dicho precepto debería ser observado al igual que los restantes en lo que a los montos desproporcionados de la pena se refiere y que ya comentaremos en líneas venideras. Asimismo este artículo puede conducir a futuras coacciones a afectos de “unir” a dos seres que por el sólo hecho de haber tenido una interacción sexual, los lleve a configurar una familia, trayendo una virtual destrucción del futuro hogar conyugal en perjuicio de la prole y de la sociedad misma. Qué pasaría si el padre de una jovencita se entera directa e indirectamente, que su menor hija tiene relaciones sexuales con Juan Pérez de 18 años de edad. Obviamente la respuesta será “o te casas o te denuncio ante las autoridades”, con el detalle que esperarán que dicha menor cumpla los 18 años a efectos de eludir la persecución penal de oficio con respecto a su futuro esposo.

Resumiendo, si una persona entre los catorce y menor de dieciocho años, se encuentra en un tránsito entre el *no poder* y el *poder decidir* libremente el tener trato sexual con persona del mismo o de diferente sexo, se debe o se debió exigir el *consentimiento* de ésta. Es por ello que sostenemos que el legislador al dar y expedir este precepto olvidó el concepto y los alcances del consentimiento, como causa de atipicidad de las conductas¹.

2.3.- ¿Manifestación del Derecho Penal del Enemigo o vulneración de la Dignidad Humana, en el proyecto de ley aprobado por el Congreso de la República?.

¹ Sobre el consentimiento como causa de atipicidad de las conductas. Vid., ROXIN, Claus, “Acerca del Consentimiento en el Derecho Penal”, en “*Dogmática Penal y Política Criminal*”, traducción y edición por el profesor Dr., Manuel Abanto Vásquez, ed., 1ª, edit., Idemsa, Agosto, 1998, pp., 127 – 168.

En lo referente a los artículos 171, 172°, 173°, 173°-A, 174°, 176°, 176°-A y 177°, la modificatoria no tiene nada que ver con un trasfondo dogmático – jurídico. Al contrario la transformación va en el sentido de *agravar desproporcionalmente las figuras antes mencionadas, conllevando a una sobrepenalización exagerada*.

El profesor de la Universidad de Bonn Günther JAKOBS, dentro del sistema funcionalista sistémico, ha desarrollado una de las tesis que ha generado – como es obvio – la respuesta – adherente o no - de los estudiosos que se dedican a cultivar esta apasionante rama, me estoy refiriendo al Derecho Penal del Enemigo².

Por Derecho penal del enemigo, dicho autor entiende a la reacción que el Sistema Penal, da como respuesta a la criminalidad organizada; lo que sucede es que esta criminalidad, es distinta de la criminalidad incidental, que es hecha por una persona como vulneración a la vigencia de la norma. Dicha criminalidad es más duradera que la incidental, donde sus actores se alejan definitivamente del Derecho, viendo a éste como un enemigo y viceversa. Por ello, es que el Estado, ve como enemigos a estas personas, haciendo que su reacción a través de su Sistema Penal, sea más duro, hostil y hasta denigrante. Lo que sucede es que JAKOBS, al momento de tratar de darle una legitimidad a este “nuevo derecho”, lo toma desde el punto de vista de fidelidad a su sistema, vale decir, como un apéndice de su Sistema Funcionalista, que viene predicando.

El profesor Günther JAKOBS, a esta nueva criminalidad en lo que se refiere a sus agentes – distinta a la ordinaria – les quita el rango de personas; ello se explica en que dicho profesor, concibe un concepto de persona totalmente distinto a lo que el común de los mortales, y porque no decirlo, al común de los penalistas, civilistas y constitucionalistas han venido entendiendo. Así, el profesor de la Universidad de Bonn, entiende que persona no es concepto dado por la realidad empírica o existencial, sino que se trata de un concepto normativo de ápices sociales; para JAKOBS, persona es la unidad de derechos y deberes, y en palabras Kantianas, persona sería a quien se le puede imputar responsabilidad por sus hechos. JAKOBS, con dicho concepto se aleja de una significación fenoménica de persona entendida en los términos de HOBBS, como un ser de carne y hueso, concebido por la realidad existencial; señalando JAKOBS que persona es quien ha inordinado los conceptos incluso de responsabilidad. Por lo que persona sería quien tiene la cualidad de **producir** algo dentro de una sociedad.

Al respecto, se debe mencionar que se han escrito bibliotecas enteras, para referirse a los límites que debe tener el Derecho penal al momento de aplicar el ius puniendi o derecho de castigar. Se ha señalado que el Derecho penal, debe descansar en sólidos principios que tutelan los Derechos Fundamentales de las personas y que los mismos tienen el rango de Derechos Constitucionales, cuando son positivizados en un cuerpo normativo llamada Constitución Política, los mismos que limitan ese derecho a castigar que ostenta y que es atributo del Derecho penal.

² Al respecto recomiendo ver las fundamentaciones que le da su creador en JAKOBS, Günther-CANCIO MELIA, Manuel, “*Derecho penal del enemigo*”, ed., 1ª, edit., Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

Debo mencionar que el Derecho Penal, no debe salirse de los cánones establecidos por la Carta Magna, y que al contrario, debe de tutelar y ser la expresión de esos Derechos Fundamentales, con rango de Constitucionales.

Precisamente los Derechos Fundamentales, encuentran descanso en las corrientes ius filosóficas que coronaron a la *Dignidad Humana* como una cualidad innata del ser humano. Entonces, basta con ser un humano, para que intrínsecamente el ordenamiento jurídico, le asigne una tutela de su dignidad.

Modestamente debo señalar que en mi concepto, el Derecho Penal del Enemigo, no tiene cabida dogmática en el Derecho penal, pues como clara y oportunamente lo ha hecho saber el profesor de la Universidad de Zaragoza, Luis GRACIA MARTIN³, estamos ante una corriente que ante el análisis dialéctico, no tiene una justificación sólida con argumentos irrefutables. El problema del derecho Penal del enemigo, es que los agentes a los que se les debe aplicar dicho derechos, son aquellos destinatarios de las normas que ha dado es Estado; entonces acaso ¿ellos no mantienen la calidad de ciudadanos?, o cuando ingresan a un Proceso penal, ¿acaso no tienen que respetarse los Principios del Proceso Penal?, entonces, ¿en qué momento son calificados como enemigos? o ¿quién es el competente para calificarlos como enemigos?. Además, si entendemos que una conducta a través de un Derecho penal del ciudadano, se logra estipulando un rol y si una conducta se lograra a través de una coacción, estaremos ya no ante el Derecho del ciudadano, sino del enemigo. Pero, ¿pero una de las características de las normas, acaso no es la coacción? o ¿se pretende que las normas que se dirijan contra los enemigos, sean dadas por órganos ajenos al legislativo o sin las formalidades de éste?.

En virtud a ello, es que desde mi punto de vista, no considero que el llamado Derecho penal del enemigo, tenga un cuerpo sólido, con argumentos dogmáticos – filosóficos que justifique su existencia; mas lo tomaría como una respuesta refleja de un Estado huérfano de ideas, al no saber qué hacer con la delincuencia, por lo que en virtud de ello se expide paquetes legislativos de agravantes de las agravantes en los distintos tipos penales, siendo no la excepción los tipos referidos a la libertad e indemnidad sexual.

A mi juicio, persona no es un concepto normativo, no es un concepto dado por la sociedad, no es un concepto en función a la producción o a la responsabilidad, o no es un concepto adaptado a un régimen individualista – capitalista. No, persona es desde ya un ser humano desempleado, mendigo, famélico, un funcionario público y una persona que produce para una sociedad, un ser que por el hecho de tener esa capacidad de razonar que nos diferencia a los animales, debe de ser tenido como tal; y obviamente a éste debe de considerarse como poseedor de una dignidad intrínseca.

Entonces el tener una Ley que *agrava desproporcionalmente* tipos penales, referidos a la Libertad e Indemnidad Sexual, atenta contra el artículo VIII del T.P del C.p, el mismo que prescribe que “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...), precepto éste que haya descanso en la

³ Gracia Martin, Luis, <<consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo” >>, en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>. Importante también es la obra del Profesor de la Universidad Pompeu Fabra, SILVA SANCHEZ, Jesús María, “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, ed., 2ª, edit., Civitas, Madrid, 2001.

Legislación supranacional expresada en el artículo 8 de La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, el mismo que prescribe “La Ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias (...)”. El mismo artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, prescribe “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Como se puede advertir, dichos preceptos atentan contra la dignidad misma de la persona humana, al sobrepenalizar de una manera desproporcionada los tipos penales en comento, conculcando la idea misma de Justicia, que es cualidad y atributo de todo Estado Democrático y Social de Derecho, fortaleciendo un Estado represor y persecutor a como de lugar de la criminalidad, siendo la pena incongruente con el daño causado. Asimismo, el legislador con este tipo de penas, *obstaculiza* el artículo IX del C.p, referido a los fines de la pena, haciendo que cada vez sea más difícil la ansiada y anhelada rehabilitación de la persona humana. Por ende, el Derecho penal, no debe alejarse de los cánones del Derecho constitucional, al contrario debe ser su expresión desarrollada en lo que a tutela de los Derechos Fundamentales se refiere, de las conductas más reprochables dentro de una sociedad; por ende, cualquier doctrina que intente *alejar* al Derecho penal de esta misión, debe ser tenida como no válida y debe ser desechada.

IV.- Hacia una Política Criminal respetuosa de los Derechos Humanos

Sabido es que una de las funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. En la medida de lo posible, debe tratar de solucionar los problemas e intranquilidades sociales o individuales para que la vida social sea inalterable y lozana. La referida labor la practica en un contexto social y político en el que tiene su origen y se desarrolla, dicho afán es cumplido por el Estado en función al poder coercitivo que detenta como un carácter innato. En base a este poder, se organiza un sistema determinado y específico, denominado *sistema de justicia penal*. El Derecho penal desempeña así un papel importante en la organización y la determinación de las correspondencias sociales, en el interior del llamado control social. No sólo limita la libertad de los individuos, también crea las condiciones suficientes y necesarias para que éstos desplieguen su personalidad y lleven a cabo sus propósitos de vida.

El control social es una expresión concreta de la política general del Estado. Uno de los aspectos de esta política es, precisamente, la política criminal. Esta política diseña los juicios básicos del sistema de justicia penal.

Se concibe a la política criminal como una estrategia para afrontar el fenómeno de la criminalidad, que como toda política pública se integra con presupuestos de los que se parte, objetivos que se pretenden conseguir y herramientas idóneas para alcanzar estos últimos.

En materia de solución de conflictos sociales, pareciera que nuestra política criminal, más apunta a oír lo que la población exige y clama, antes que reflexionar profesionalmente, elucubrando soluciones salomónicas. Pareciera que la confianza en lo que a erradicación de los delitos contra la libertad sexual, más apunta al endurecimiento de las penas, que a políticas de índole preventivas, o pareciera que el *instinto* del legislador, se conduce por el

sendero de sus ánimos en lo que a estos delitos se refiere. La explicación de esta disparidad de criterios para abordar, por una parte, la política criminal, y por la otra, el resto de las políticas públicas, podría quizás residir en el hecho de que la política criminal dice relación con un aspecto de la realidad social especialmente sensible, a saber, la inseguridad ciudadana provocada por las continuas violaciones, entendida como el temor generalizado de la población de ser víctima de un sujeto conocido como el “enfermo sexual”. Esta circunstancia determina –sobre todo en épocas de crisis de inseguridad ciudadana- que la respuesta más cómoda, siempre a la mano y posible, sea la de sobrepenalizar los tipos penales. Ante el clamor de la población, el estado reacciona, pero con una *receta probadamente fracasada*. O como diría una conocida canción, la cura sale más cara que la enfermedad.

Considero y sin temor a equivocarme que el exceso de rigor penal no es un mecanismo eficaz en la lucha en contra este fenómeno criminológico que se producen en diferentes países, sería mas bien una anestesia bamba, que lo único que hace es sugestionar al individuo a fin de que éste crea que se le ha solucionado su problema. Ello conduce inevitablemente a generar una confianza peligrosa, por cuanto obstaculiza o dificulta la adopción de otras medidas de diverso orden que sí podrían contribuir a avanzar en la solución del problema; asimismo el rigor penal excesivo del sistema penal tiene carácter criminógeno, es decir, contribuye a la generación y reproducción de la criminalidad. Véase nomás, cómo salen las personas que supuestamente están “rehabilitadas”, después de cumplir condenas largas.

Entonces, siguiendo este pensamiento no es efectivo que el aumento de la en el endurecimiento de las penas produzca el *efecto* de disminuir las violaciones que a diario se registran. Países homogéneos socioeconómica y culturalmente que cuentan con distintos sistemas penales, ostentan similares índices de violaciones (el caso de los EEUU es un paradigma de lo que estamos bosquejando). Lo que no se ha logrado entender y captar hasta el momento, es que el violador a lo que verdaderamente teme no es tanto a la pena (de la que espera por más dura que sea escapar), sino a ser descubierto, esto es, a la eficacia del sistema penal.

De ahí que surja a la vez el deber del estado de desarrollar una política criminal eficaz dirigida a la prevención (relacionada con las variadas áreas del quehacer social - económicas, educacionales y de capacitación, familiar, urbana, de recreación, entre otras - que tienen incidencia en el fenómeno de la delincuencia) y también como es obvio a una sanción *prudente y razonable* de la criminalidad.

En este sentido hay que subrayar que el objetivo del sistema penal no es la erradicación o supresión de la delincuencia, sino que uno más sencillo, su disminución, y control. En ese sentido, debemos inordinar el mensaje que la sociedad debe, por tanto, acostumbrarse a vivir con una cuota inevitable de criminalidad.

Considero que el legislador ha razonado de una manera técnica al momento de querer combatir la criminalidad, olvidándose de un razonamiento dogmático, separando así la dogmática penal de su legislación que es la manifestación de la primera, no percatándose que los destinatarios de dichas penas desproporcionadas, son también personas con una dignidad intrínseca.

Considero que si las instituciones encargadas de perseguir la criminalidad, me refiero a la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, Instituto

Nacional Penitenciario, si a la actualidad FALLAN, no es porque el Derecho Penal, Procesal Penal y Penitenciario, no tenga razón de ser; No, al contrario, lo que falla es el FACTOR HUMANO, el mismo que una vez investido de los poderes suficientes que le otorga la Ley, no ejecuta acciones de política criminal efectivas, eficientes que expresen lo que se ha estipulado en los Tratados Internacionales, los cuales están recogidos en el Título preliminar del Código Penal; entonces, ante el clamor de la población de exigir seguridad, a lo único que apuntan es a SOBREPENALIZAR los tipos penales de las acciones más reprochables, como si ante tal endurecimiento el delito va a disminuir o a desaparecer por completo.

V.- A manera de conclusiones

1.- Si la Ley 28251 adolecía de serios vicios de principios y de contenido normativo, con el nuevo proyecto que se encuentra en el Poder Ejecutivo, y que posiblemente salga a la luz en los próximos días, a lo único que conduce es a empeorar los vicios antes señalados.

2.- Los errores de técnica legislativa son evidentes con el nuevo proyecto, incisos que tutelan lo mismo, preceptos que olvidan lo que realmente sucede en el mundo óntico, vulnerando conceptos básicos del Derecho penal, como el referido al Principio de Legalidad y Consentimiento de la víctima.

3.- El legislador con el afán de “tranquilizar” el clamor de la población, ha saltado principios básicos contenidos en el Título Preliminar del código penal, y que descansan en Tratados Internacionales ratificados por nuestro país. Siendo uno de ellos el Principio de Proporcionalidad de las Penas y los fines que ésta debe tener ésta, en su función preventiva especial.

4.- Las modificaciones, tienen como base una política criminal totalizadora, manifestada en el endurecimiento de los tipos penales referidos a la libertad e indemnidad sexual. Hemos señalado que ello no significa una materialización del Derecho Penal del Enemigo, por cuanto a mi juicio éste carece de argumentaciones dialécticas, así como dogmáticas; al contrario, las modificaciones tienen como común denominador, la vulneración de la dignidad humana, la misma que es el descanso de los Derechos Fundamentales de todas las personas.

5.- Considero que el endurecer los tipos penales en comento, no elimina el delito, ni lo disminuye; países donde las penas son descomunales en relación a los hechos, avalan lo sostenido en el presente comentario. Pues no se quiere entender que el delincuente no teme a la represión penal en el momento de su hecho, sino a ser descubierto por éste. La sobrepenalización, desde mi modesto punto de vista, no es mas que un falso tranquilizante, una anestesia bamba, que genera un efecto psico social de haber solucionado un fenómeno criminoso. De ahí que surja a la vez el deber del estado de desarrollar una política criminal eficaz dirigida a la prevención (relacionada con las variadas áreas del quehacer social - económicas, educacionales y de capacitación, familiar, urbana, de recreación, entre otras - que tienen incidencia

en el fenómeno de la delincuencia) y también como es obvio a una sanción *prudente y razonable* de la criminalidad.

6.- Si las instituciones encargadas de perseguir la criminalidad, me refiero a la Policía Nacional, Ministerio Público, Poder Judicial, y de aquellas destinadas a la rehabilitación del condenado como el Instituto Nacional Penitenciario, si a la fecha han generado una desconfianza en la población, no es porque ésta no tengan sentido, ni razón de ser en un Estado Democrático y Social de Derecho, sino lo que yerra es el personal humano o factor humano encargado de hacer cumplir sus objetivos.

7.- Finalmente, soy del parecer – sin temor a equivocarme – que este nuevo proyecto en el sentido de agravar las penas, para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, es una intención estéril, inútil e ineficaz, puesto que si con él se está pensando que los delitos en comento desaparecerán o reducirán sus índices de perpetración, es una aspiración plausible, pero ingenua. Creo que el tiempo dará la razón de lo que se ha expuesto en estas breves líneas.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.