

LA PENA DE CADENA PERPETUA EN LOS DELITOS SEXUALES EN AGRAVIO DE MENORES DE EDAD

Rosa Marleny Horna Carpio*

Colaboradora con la Revista de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. I.- Descripción de la problemática. II.- Los problemas que suscita la cadena perpetua. III.- A manera de conclusión. IV.- Recomendaciones. V.- Bibliografía.*

* Abogada. Criminóloga por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid – España. Docente Universitaria. Ex Juez Superior Supernumeraria del Distrito Judicial de Amazonas. Egresada del Programa de Doctorado en Derecho Penal y Magister en Criminología en la Universidad Complutense de Madrid – España, becada por la Agencia Española de Cooperación Iberoamericana; y de Magister en Derecho con mención en Ciencias Penales en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCION

El presente artículo evalúa desde el punto de vista doctrinario y legislativo la constitucionalidad de la cadena perpetua aplicada a los delitos sexuales, examinando la forma en que contrasta con los principios de nuestro Derecho Penal Democrático y confrontándolo con los fines de resocialización, reeducación y rehabilitación que orientan a nuestro sistema penitenciario. Se plantean cuestiones atinentes a su incoherencia con la búsqueda de un sistema criminal integral que amalgame los aspectos sustantivos, adjetivos y ejecutivos. De acuerdo con la opinión de los juristas así como también, considerando la doctrina vigente, su aplicación no se condice con la finalidad de la pena, habiéndose identificado diversos fundamentos por los cuales se desnaturaliza su aplicación. Lo que se puede establecer de manera empírica es que la vigencia de la Ley N° 28704 (año 2006), no ha tenido efectos preventivos, observándose que hasta marzo del 2012 los internos por violación sexual son más en comparación con los que registraron en el año en que se promulgó dicha norma. En conclusión, la cadena perpetua no ha resuelto el problema, constituyéndose en la herramienta de una reacción punitiva que no tiene fundamentos científicos (jurídico penales) que lo respalden, siendo más bien el instrumento de un populismo punitivo de políticos irresponsables que impulsaron dicha norma en aquellos momentos de miedo y odio ante los graves hechos de violación sexual en agravio de menores, descuidando el aspecto preventivo.

Palabras Claves: FINES DE LA PENA, CADENA PERPETUA, DERECHO PENAL DEL ENEMIGO, DELITOS SEXUALES.

I.- DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

El endurecimiento de las penas para los casos de violación sexual va en contra de la doctrina contemporánea sobre la pena, trastocando las bases mismas de nuestro Sistema Penal de Derecho Democrático. ROTMAN¹ conside-

¹ ROTMAN, Edgardo; «Más allá del castigo. Una nueva visión». Greenwood Press, 1990; Pavarini, Máximo; en «Nuevas Fronteras de la Pena. Introducción a la Sociología de la Pena», Bologna, Editorial Martina Bologna, 1994, pág. 181.

ra que «la historia de la resocialización puede ser representada por cuatro modelos sucesivos: el modelo penitenciario (que tendría por elementos básicos el trabajo, la disciplina y la educación moral), el terapéutico o médico (sobre el que gira la mayor parte del debate actual sobre la resocialización), el modelo de aprendizaje social, y una concepción de la resocialización orientado por los derechos de los presos. Por esta razón, afirma que términos como *reforma*, *regeneración*, y *corrección*, tanto como expresiones más modernas como *reentrada*, *reintegración social*, *reeducación* y *resocialización (rehabilitation)*, fueron usados para referirse a la misma idea». Se puede observar aquí la finalidad social de la pena, la cual ha sido sustentada ampliamente por notables juristas del siglo XX como Franz Von Liszt, Eugenio Cuello Calón, Zaffaroni, etc.

*Ferrajoli*² señala que «un sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad. Este fin es alcanzado en la medida en la cual él satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías, por lo tanto, pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes».

La difusión de la comisión de los delitos de violación sexual en su modalidad agravada, esto es, en agravio de menores de edad, concretamente en el caso donde las víctimas son niños de las más bajas edades, ha determinado en nuestro país en la última década, que se acentúen los mecanismos de protección como una respuesta jurídico penal, en forma consecuente con la doctrina del Derecho Penal del enemigo. Como fruto de dicha tendencia en el año 2006 se promulgó la Ley N° 28704, la cual modifica el artículo 173° del Código Penal, estableciendo que si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua; si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años ni mayor de treinta y cinco; 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; si el agente tuviere cualquier

² FERRAJOLI, Luigi. «El Derecho Penal Mínimo». Traducción de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez. Editado por la Universidad de Camerino, Italia, 1997, pág. 20.

posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3³ será de cadena perpetua. En el Art. 173º-A, se tipifica la violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión: «Si los actos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo anterior⁴ causan la muerte de la víctima o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».

Tras seis años de vigencia de dicha norma, es necesario evaluar si la misma ha sido eficaz o no. Desde el momento en que dicha norma se formuló bajo la concepción del derecho penal del enemigo, a todas luces carecía de los fundamentos técnico jurídicos que lo fundamenten, apartándose del Estado de Derecho si consideramos que la cadena perpetua contraviene el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado: *«El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad»*. Ello es consecuencia de una política criminal incoherente y meramente reactiva, olvidándose de su finalidad preventiva. Esto nos permite inferir que en materia de legislación penal contra los delitos sexuales en agravio de menores de edad no contamos con una legislación integral; así, las normas sustantivas (Código Penal), adjetivas (Código de Procedimientos Penales o Código Procesal Penal) y ejecutivas (Código de Ejecución Penal) no están articuladas, determinando con ello que no se aborde frontalmente la raíz de la problemática.

Efectivamente, la raíz del problema no está en el aumento o disminución de la criminalidad, la raíz del problema está en los factores causales de la conducta criminal. Cada delito es el resultado de una «tenue interacción de agentes causales que operan contemporáneamente»⁵. «Cada hombre que delinque uti-

³ Artículo 173º: inciso 2) «Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco». Inciso 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».

⁴ Esto es, el artículo 173º del C.P.

⁵ V.N. KRUDRJAVCEV «La causalitá in Criminología», en OLIVERA DIAZ, Guillermo, Criminología Peruana, Tomo II, 2da. Edición, Impreso en los Talleres Gráficos OJEDA, Lima – Perú, 1985, pág. 15.

liza para tal cometido las potencialidades somático-psicológicas y sociales, complementadas e interdependientes entre sí. No obstante, se está en lo cierto cuando se aserta que uno de dichos rubros prepondera sobre los otros, sea en el mundo circundante del desarrollo como lapso vasto o en el mismo momento del acto incriminado, de consumación instantánea. Así, el factor social puede tener – en un caso concreto – papel protagónico frente a los demás»⁶

Frente a estos factores de la criminalidad corresponde al Gobierno asentar las bases de una moderna política criminal basada en una eficaz política de prevención primaria, secundaria y terciaria, del delito. «Prevenir es más que disuadir, más que obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso. Prevenir significa intervenir en la etiología del problema criminal, neutralizando sus causas. Contramotivando al delincuente (con la amenaza de la pena, o con un sistema legal en excelente estado de funcionamiento) quedan aquellas intactas, no se atacan las *raíces* del problema sino sus síntomas o manifestaciones. Lo que no basta»⁷, pues en cualquier momento el delincuente cometerá su delito.

Así, una seria y eficaz política criminal debe estar basada en «prestaciones positivas, aportaciones y esfuerzos solidarios que neutralicen situaciones carenciales, conflictos, desequilibrios, necesidades básicas. Solo reestructurando la convivencia, redefiniendo positivamente la relación entre sus miembros – y la de éstos con la comunidad – cabe esperar resultados satisfactorios en orden a la prevención del delito. Una prevención puramente «negativa», cuasipolicial, sobre bases «disuasorias» carece de operatividad»⁸ y de eficacia, tal es el caso de la cadena perpetua.

⁶ OLIVERA DIAZ, Guillermo, *Criminología Peruana*, cit., pág. 15.

⁷ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*, 1era. Edición Peruana, Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima - Perú, Enero 2008, pág. 591.

⁸ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*, cit., pág. 591.

II.- LOS PROBLEMAS QUE SUSCITA LA CADENA PERPETUA

Los problemas que se suscitan con el incremento de la penalidad para los delitos sexuales, desde el punto de vista constitucional, técnico y jurídico son los siguientes:

- Para García Caveró, Percy⁹ «existe actualmente una legislación penal especialmente represiva, que se configuró en la década de los 90 contra las actividades terroristas, la cual, por otra parte, se ha ido extendiendo a otros ámbitos especialmente sensibles como el narcotráfico, la criminalidad organizada y la violencia sexual». Según Jakobs¹⁰ estaríamos «frente al resurgimiento del punitivismo».
- No hay una estructura jurídico penal que garantice el control social desde el punto de vista humanitario.
- Para los delitos sexuales el sistema criminal no cumple su finalidad integral, quedando éste mutilado, pues dictada la sentencia de cadena perpetua, el sistema penitenciario (ejecutivo) ya no puede cumplir su función de tratamiento y rehabilitación. De esta manera, el sistema criminal aborda el problema reactivamente, no contribuyendo a resolver el problema en su esencia, que es precisamente la personalidad distorsionada y con desviaciones sexuales del violador sexual.
- La problemática de los delitos sexuales en sus formas más agravadas se pretende solucionar a partir del derecho penal, sin tomar en cuenta el aporte de la Criminología.
- La Ley N° 28704 forma parte de una legislación inconexa donde se violenta las garantías individuales y derechos humanos del sentenciado. Se trata de una legislación penal de emergencia dictada para tranquilizar la indignación de la colectividad aunque ello signifique su falta de congruencia con el Estado de Derecho vigente.

⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. «¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?», Editado por la Universidad de Piura, Piura, 2003, pág. 01.

¹⁰ JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pág. 55, Editorial Civitas, Madrid, pág. 62 y ss.

- Según Antonio Sánchez Galindo¹¹ «a mayor represión, menor posibilidad de que el delincuente deje de delinquir, ya que todo sistema de tratamiento de represión endurecida- de prolongación de penas privativas de libertad, de exacerbación en la creación de nuevos tipos penales que sólo producen hacinamiento y sobrepoblación de los reclusorios y centros de readaptación social-, provocará, como consecuencia (...) la neutralización de los sistemas readaptatorios».
- La legislación penal sustantiva contra los delitos sexuales tiene todas las características constitutivas del Derecho Penal del enemigo.

Así, los delitos sexuales no son percibidos desde la óptica criminológica, optándose por radicalizar el Derecho Penal en cuanto a su regulación. Ello se puede apreciar en la Ley N° 28704.

Según GARCÍA CAVERO¹², la legislación penal es especialmente represiva en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, el mismo que se configura aunque exista consentimiento de la víctima siendo las penas tremendamente severas. Señala que el artículo 173° del Código Penal castiga la violación sexual de menor de edad con cadena perpetua si se trata de un menor de menos de diez años, con pena privativa de la libertad no menor de 30 años ni mayor de 35, si la víctima tiene entre diez y catorce años, y, con pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 30 años si se trata de un menor de entre catorce y menos de dieciocho años¹³. «Los tipos penales de los delitos de abusos de menores de edad recurren también a elementos típicos de carácter general e indeterminado. Basta con revisar la reciente modificación a la

¹¹ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. «La Prevención General y Especial y la Ejecución Penal en relación con el Proyecto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal». Editado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales. México, 2009. pág. 226.

¹² GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit. pág. 09.

¹³ Felizmente mediante la jurisprudencia vinculante, Acuerdo Plenario número Cuatro-Dos mil ocho/CJ-116 del dieciocho de julio del año dos mil ocho, se ha establecido la exención de responsabilidad penal por el delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173° inciso 3) del Código Penal, cuando ha mediado el consentimiento del titular del bien jurídico afectado; es decir, cuando se produce la relación sexual voluntaria con menores de catorce a dieciocho años de edad.

conducta típica de la violación sexual para comprobar la excesiva amplitud de la descripción típica, necesitada indudablemente de una interpretación restrictiva de los tribunales penales para evitar una sobre-criminalización a partir de este tipo penal (sobre todo en la parte referida a la introducción de objetos o partes del cuerpo). La porosidad y amplitud de estos términos muestran sin duda que estamos ante una legislación penal que se enmarca en la línea de materializar la efectiva represión penal con cláusulas generales o indeterminadas. La afectación o limitación de diversos beneficios o garantías de carácter material, procesal y penitenciario es igualmente apreciable en la llamada criminalidad sexual. Por ejemplo, en el plano material se excluye del beneficio de la imputabilidad restringida a los autores de delitos contra la libertad sexual, del mismo modo que en los delitos de terrorismo y narcotráfico. Asimismo, se ha establecido en el plano probatorio que el examen médico legal de la víctima no puede practicarse sin el consentimiento de la víctima, de manera que el proceso penal muchas veces se instaura sin la mencionada prueba médica, es decir, con la sola afirmación de la agraviada. Esta situación procesal resulta especialmente peligrosa, en la medida que reina en los tribunales nacionales una línea jurisprudencial que permite el aligeramiento de la base probatoria en los delitos sexuales. En cuanto a la ejecución penal, la concesión de los beneficios penitenciarios está supeditado al informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico. Y recientemente se ha establecido que a los violadores de menores de edad se les niega los beneficios penitenciarios de redención de penas por el trabajo y educación, la semi-libertad y la liberación condicionales, así como el indulto, la conmutación de pena y el derecho de gracia».

La legislación penal de emergencia que se viene aplicando para los delitos sexuales tienen su justificación en las demandas sociales, careciendo de legitimidad desde el punto de vista constitucional y jurídico penal, motivo por el cual no se toma en cuenta o no se admite algún tipo de evaluación con respecto a su coherencia con los diversos principios y garantías jurídico-penales establecidos en la Constitución Política y en los diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que el Estado Peruano ha suscrito. Los más renombrados juristas de nuestro medio podrían formular diversos cuestionamientos a la Ley N° 28704, sin embargo, no lo hacen por el reproche social, a pesar de saber que tienen toda la razón desde el punto de vista dogmático penal. Su crítica si sería

aceptada si se tratara de otros delitos, como por ejemplo, en el caso de corrupción; al pretender incrementar las penas o su imprescriptibilidad, más de una voz ha salido a manifestar la inconstitucionalidad de tal planteamiento.

De esta manera, el derecho penal del enemigo en casos de delitos sexuales ha sabido encontrar un espacio de permisividad y tolerancia en la política criminal actual, el mismo que expresa en el fondo el deseo de evadir y no enfrentar el problema de fondo. Sin embargo, sometiendo esta norma a los filtros criminológicos y de sociología jurídica, observamos que no ha contribuido a prevenir y disminuir la incidencia de los delitos sexuales. Ello se puede apreciar en la actualidad examinando las estadísticas de nuestro sistema penitenciario. Según Pérez Guadalupe¹⁴, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario, «al 2012, el **20% de los reclusos son por delitos sexuales**, solo superados por los robos (35%) y el tráfico de drogas (25%)». Según el INPE (Memoria Anual 2006), en dicho año, el mismo en el que se promulgó la norma señalada, los internos por violación sexual constituían el 15% de la población penitenciaria. La revisión comparativa de dichas tendencias nos permite inferir que la mayor penalización de los delitos sexuales no ha tenido un efecto preventivo y por lo tanto, la solución no es una legislación basada en el derecho penal del enemigo.

La legislación penal contra los delitos sexuales ha introducido tergiversaciones en los principios que orientan a una política criminal con orientación democrática y respetuosa de los lineamientos de un Estado de Derecho. Si nos ceñimos a una interpretación jurídica y dogmática de las leyes que establecen cadena perpetua para delitos sexuales queda claro que vulneran principios básicos del Estado de Derecho (dignidad de la persona humana, gradualidad de la pena y la capacidad de resocializarse del interno). De otro lado, «si el crimen no se concibe a modo de duelo simbólico entre Estado e infractor, sino como problema real que implica a una pluralidad de protagonistas,»¹⁵ con sus legítimos

¹⁴ PÉREZ GUADALUPE, José Luis. Declaraciones al Diario Perú 21. Editado por el Grupo Editorial del Diario «El Comercio». Lima, 28 de marzo del 2012.

¹⁵ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Tratado de Criminología, en GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente, cit., pág. 595 y ss.

intereses y expectativas, lógicamente entonces la bondad del sistema de reacción al delito no vendrá dada solo, ni de forma prioritaria, por el grado de satisfacción de la pretensión punitiva del Estado (castigo al delincuente). Habrá que ponderar además, las justas expectativas de la víctima (reparación del daño), ciertas metas y objetivos en relación al infractor y pacificación de las relaciones sociales), etc...., metas irrenunciables de cualquier sistema de respuesta al delito y han de ser tenidas en cuenta en el momento de evaluar la calidad de la intervención en este complejo problema social»¹⁶.

Si ello es así, entonces, cuando la Cadena Perpetua violenta los fines de resocialización, re-educación y rehabilitación ésta se torna en irracional y no se condice con los principios que orientan nuestro sistema penal democrático. Nuestros legisladores se han preocupado más en dictar leyes imperativas, automáticas e irracionales, dejando de lado la valoración de las circunstancias en que el delito se cometió, el grado de culpabilidad del autor o la diversidad misma de las conductas punibles señaladas; siendo partidarios de una imposición irracional de la cadena perpetua, dejando de lado la graduación de la culpabilidad, prescindiendo de la proporcionalidad, desconociendo toda posibilidad de resocialización del procesado; dejando así de lado la función resocializadora de la pena.

Hasta la actualidad, consideramos, que no se ha expuesto desde el punto de vista legal o criminológico, algún argumento serio de política criminal sobre la conveniencia de la cadena perpetua; todo lo que se ha señalado se basa en argumentos a favor de la indignación colectiva, lo que ha tenido como consecuencia la dación de leyes drásticas. En un primer plano y desde un punto de vista mediático la aplicación de la cadena perpetua encuentra ardorosos defensores entre políticos y líderes sociales, así como congresistas e inclusive algunos juristas cercanos a las esferas del poder político, sin embargo, se puede observar que sustentan su posición en aspectos muy generales y poco desarrollados sobre las posibles consecuencias que se generarían en el ámbito de la prevención general, tanto positiva (el mensaje que la sociedad envía a los viola-

¹⁶ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente*, cit., pág. 596.

dores sexuales de menores de edad) como negativa (eventual consecuencia disuasiva de la imposición de la cadena perpetua). Luego de esto no se encuentra un sustento más que tenga algún nivel de convicción, no presentando aquellos aspectos que denoten la verdadera eficacia del endurecimiento de la pena para violadores sexuales.

Consideramos, que aplicar la cadena perpetua en esta segunda década del siglo XXI resulta contraproducente, pues, representa tomar del pasado, una pena que se puede calificar de retrógrada y draconiana, contraproducente con la esencia misma de los sistemas penales democráticos contemporáneos. La cadena perpetua para violadores sexuales se ha impuesto como una respuesta inmediata del Congreso a las demandas de la ciudadanía impactada por el hecho delictivo, no mostrando fundamento en alguna evidencia empírica convincente sobre la efectividad de tal medida. Al respecto, debemos tener en cuenta lo que dice Ríos, Julián¹⁷: «Desde la experiencia de personas que llevan años trabajando con personas presas, se afirma que cuando una persona sufre un encierro penitenciario de más de 15 años, la destrucción como ser social, racional y emocional, es una realidad. En principio, la extensión temporal de la penas se fija en función de la gravedad de las conductas delictivas, pero habría que reflexionar sobre la oportunidad de una revisión de tal extensión temporal desde el punto de vista de las consecuencias de la cárcel en la eficacia resocializadora de la misma»; situación que sucede en el ámbito del Derecho Comparado donde no obstante imponerse la pena de cadena de perpetua, cada 10 o 15 años dicha pena tiende a revisarse, toda vez que de observarse signos concretos de rehabilitación entonces se tiende a reinsertarlo en la sociedad, pues una revisión a los 35 años de privación efectiva de la libertad como sucede en nuestra legislación peruana acaba con las esperanzas de cualquier persona; por lo tanto, tales medidas que aunque parezcan muy eficaces desde el punto de vista teórico «no pueden aceptarse en una sociedad respetuosa de los más elementales derechos humanos. Pensar que eliminando a los criminales, o torturándolos, pueda la sociedad librarse de su potencialidad dañosa, podría resul-

¹⁷ RÍOS MARTÍN, Julián C. «Reflexiones sobre la Ley 7/2003». En el X Encuentro de Servicios de Orientación Jurídico Penitenciaria de los Colegios de Abogados de España». Editado por la Universidad Pontificia de Comillas. Zaragoza-España. 2008. pág. 05.

tar tan cierto y *tan inaceptable*, como decir que la forma más fácil y rápida de acabar con el analfabetismo sea matar a todo aquel que no sepa leer. En ambos casos, la 'solución' representa un costo social más alto que el originado por el problema que pretende resolverse, porque ¿cómo podríamos después defendernos de un Estado que tan flagrantemente viola sus propias normas e irrespeta, sin consideración alguna, los fundamentos de su propia legitimidad?»¹⁸.

El hecho de querer impedir que el sentenciado regrese a la vida social no se condice con la finalidad resocializadora contemplada tanto en nuestra Constitución así como en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado Peruano. Efectivamente, con la cadena perpetua, los sentenciados no tendrían derecho a solicitar algún tipo de beneficio penitenciario, lo cual también resulta contraproducente por cuanto los violadores sexuales, sabedores de dicho recorte de beneficios, extremarán la ejecución del delito, a efectos de no ser descubiertos (asesinando a sus víctimas), perjudicando además la colaboración con el sistema penal.

En este artículo queremos precisar que la actual legislación penal no está solucionando el problema de fondo y que solo posterga indefinidamente su contribución a erradicar las causas profundas de la problemática. Por ejemplo, gran parte de la información que contienen los expedientes penales (perfiles biológicos, psicológicos y sociales de los sujetos activos del delito) no es aprovechada para diseñar planes y programas de tratamientos de rehabilitación en el sistema penitenciario. Esta falta de conexión determina que el sistema criminal se desprenda de su finalidad preventiva y sea meramente represiva.

Los defensores de la cadena perpetua para violadores sexuales de menores de edad, señalan también que:

- a. Aplicando la cadena perpetua se garantiza que los autores de estos delitos no vuelvan a reincidir. Ello es contraproducente por cuanto denota la voluntad del Estado de abandonar la resocialización del penado como el fin principal de la pena, lo cual se contrapone a los principios y fundamentos mismos de nuestro Derecho Penal Democrático.

¹⁸ RESTREPO FONTALVO, Jorge. Criminología. Un enfoque humanístico, 3era. Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2002, pág. 348.

- b. Se indica que la cadena perpetua es altamente disuasiva, por lo que permitirá eliminar la comisión de este delito o en el mejor de los casos reducir su incidencia de manera significativa. Ninguna investigación científica seria ha podido demostrar que la cadena perpetua elimina o reduce drásticamente el delito en una sociedad.

La aplicación de la cadena perpetua como parte de la doctrina del Derecho Penal del enemigo resulta alarmante en nuestro tiempo de globalización y de expansión del delito. Señala Torres, Jorge¹⁹, «definitivamente, es necesario precisar que esta tendencia doctrinaria no es nueva o novedosa (para variar), ya que en 1985 el profesor alemán Günter Jakobs fue quien creó y propulsó la misma, sentenciando que era necesaria su existencia e implantación ante un accionar limitado e ineficaz del Estado de Derecho ante el advenimiento apabullante de la globalización del delito en contra de las sociedades contemporáneas, porque le otorga al delincuente (o enemigo) la desventajosa categoría de Sujeto de Derecho en desmedro de los llamados ‘ciudadanos’. En suma, Jakobs propuso (en defensa de la aparente extinción del Estado de Derecho) una supuesta evolución o remozamiento de la juridicidad alejada u opuesta a toda concepción axiológica; lo cual calificamos como preocupante, así como de peligrosísimo desliz antidemocrático. En consecuencia, el hecho que nos llegue con casi dos décadas de retraso, no significa que la convierta ipso facto, en nueva tendencia y peor aún como alternativa válida, necesaria y eficaz».

III.- A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Las causas profundas de la problemática del delito de violación sexual en agravio de menores de edad, no deben ser contrarrestadas con una intervención penal drástica por parte del Estado. Es precisamente el Estado el obligado a orientar sus esfuerzos en brindar una óptima educación sexual, favorecer las condiciones de vida de las familias de bajos

¹⁹ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. «Derecho Penal del Enemigo: ¿Novedosa y Legítima Tendencia?». Suplemento de Análisis Legal «Jurídica» del Diario Oficial El Peruano (N° 191), Lima, 25 de marzo del 2008, pág. 7.

recursos para evitar su convivencia en promiscuidad, así como también ofrecer tratamientos psiquiátricos o psicológicos a quienes presenten problemas de desviación sexual.

2. Existe una incoherencia en quienes señalan que debe aplicarse la cadena perpetua a los violadores sexuales de menores de edad, toda vez que se les considera irrecuperables (por la falta de control sobre sus impulsos sexuales). Bajo esta lógica serían potencialmente peligrosos aquellos que presenten un similar cuadro médico y psicológico y por lo tanto, a efectos de evitar que consumen un delito de tal naturaleza, deberían ser pasibles de tal penalidad, lo que obviamente representa una indebida y peligrosa intervención del Derecho Penal en el ámbito interno de las personas.
3. Lamentablemente quienes han propuesto la cadena perpetua para el delito de violación sexual en agravio de menor de edad son políticos y juristas arribistas que desean complacerse con quienes están en el poder. Un jurista, conocedor íntegro de nuestro sistema de derecho penal democrático no emplearía dicho tema con fines de populismo punitivo.
4. Las leyes que establecen la pena de cadena perpetua para el delito de violación sexual en nuestra legislación penal vulneran los principios de culpabilidad y de resocialización. La cadena perpetua va en contra de todo el andamiaje doctrinario y dogmático que ha construido nuestro derecho penal democrático, motivo por el cual manifestamos que dicha penalidad no tiene sustento alguno para mantenerse en nuestro ordenamiento penal.
5. La pena de cadena perpetua representa en nuestro sistema jurídico actual una aberración, por cuanto carece de constitucionalismo imponiendo la tendencia de abandonar el modelo basado en el juicio sobre el acto criminal para pasar a un modelo irracional donde el juicio se basa en el carácter de quien lo comete, prevaleciendo un contexto de influencias sociales teñidas de odio y miedo.
6. De seguir con la cadena perpetua para estos delitos, estaremos profundizando aún más el problema con el hacinamiento carcelario, problemática que agobia a nuestro sistema penitenciario. En la actualidad, tanto estudios criminológicos como de dogmática penal han demostrado hasta la saciedad que la aplicación de penas agravadas (cadena perpetua) para el delito de violación sexual en agravio de menores de edad, no tienen efectos disuasivos significativos.

7. La aplicación de la cadena perpetua con la Ley N° 28704 no ha cumplido su finalidad, evidenciándose que al 2012 existen más internos por violación sexual en los centros penitenciarios (20%) a comparación del 15% que se registró en el año 2006 cuando entró en vigencia dicha norma. El hecho de contar con legislación que privilegia el endurecimiento de las penas para los delitos de violación sexual en agravio de menor de edad no ha resuelto el problema. Ello es consecuencia de dictar normas penales de manera acelerada y en nombre del populismo punitivo. La norma en mención no resiste la confrontación con los principios y lineamientos de un Derecho Penal Democrático, motivo por el cual la vigencia de tal norma no contribuye al desarrollo de una política criminal auténtica y efectiva contra los delitos sexuales. Cabe precisar que la norma penal se preocupa por la agravación de la pena y la eliminación de los beneficios penitenciarios, sin embargo, descuida totalmente el aspecto del tratamiento penitenciario con vistas a impulsar programas y planes preventivos. Es por ello que la legislación que se analiza tiene debilidades en todos los ámbitos: constitucional, dogmático penal, fines, así como prevención general y especial de la pena.

IV.- RECOMENDACIONES

1. Es necesario darle a estos problemas un enfoque criminológico, por cuanto es la disciplina que permitirá diseñar programas y propuestas concretas de tratamiento multidisciplinario a los violadores sexuales.
2. Para prevenir y contrarrestar los delitos sexuales en agravio de menores de edad lo más recomendable es fortalecer la eficiencia del sistema penal o profundizar en la aplicación de medidas preventivas en vez de incrementar y endurecer las penas.
3. La información obrante en los expedientes sobre delitos sexuales en agravio de menores de edad, debe ser aprovechada para obtener perfiles integrales de los violadores sexuales, a efectos de contribuir a formular planes y programas de tratamiento que sean efectivos en su rehabilitación.
4. Es necesario derogar la pena de cadena perpetua en la tipificación de los delitos sexuales, por cuanto contraviene lo establecido en la Consti-

tución Política (fines de la pena- inciso 22 del artículo 139°), así como los Tratados y Normas Internacionales que el Estado Peruano ha suscrito respecto de las garantías en la administración de justicia.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- **FERRAJOLI, Luigi.** «El Derecho Penal Mínimo». Traducción de Roberto Bergalli, con la colaboración de Héctor C. Silveira y José L. Domínguez, Editado por la Universidad de Camerino, Italia, 1997.
- **GARCÍA CAVERO, Percy.** «¿Existe y debe existir un derecho penal del enemigo?» Editado por la Universidad de Piura, Piura, 2003.
- **GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio.** Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente, 1era. Edición Peruana, Fondo Editorial del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Lima- Perú, Enero, 2008.
- **JAKOBS, G.** «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo» (trad. Cancio), en Jakobs/Cancio, *Derecho Penal del enemigo*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.
- **OLIVERA DÍAZ, Guillermo,** Criminología Peruana, Tomo II, 2da. Edición, Impreso en los Talleres Gráficos OJEDA, Lima – Perú, 1985.
- **PÉREZ GUADALUPE, José Luis.** Declaraciones al Diario Perú 21. Editado por el Grupo Editorial del Diario «El Comercio», 28 de marzo del 2012.
- **RESTREPO FONTALVO, Jorge.** Criminología. Un enfoque humanístico, 3era. Edición, Editorial Temis S.A., Bogotá – Colombia, 2002.

- **RÍOS MARTÍN**, Julián. C. «Reflexiones sobre la Ley 7/2003». En el X Encuentro de Servicios de Orientación Jurídico Penitenciaria de los Colegios de Abogados de España», Editado por la Universidad Pontificia de Comillas. Zaragoza-España, 2008.
- **ROTMAN**, Edgardo; «Más allá del castigo. Una nueva visión». Greenwood Press, 1990; Pavarini, Máximo; En «*Nuevas Fronteras de la Pena. Introducción a la Sociología de la Pena*», Bologna, Editorial Martina Bologna, 1994.
- **SÁNCHEZ GALINDO**, Antonio. «La Prevención General y Especial y la Ejecución Penal en relación con el Proyecto del nuevo Código Penal para el Distrito Federal». Editado por la Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 2009.
- **TORRES MANRIQUE**, Jorge Isaac. «Derecho Penal del Enemigo: ¿Novedosa y Legítima Tendencia?» Suplemento de Análisis Legal «Jurídica» del Diario Oficial El Peruano, (Nº 191), 25 de marzo del 2008.