

EL ENDURECIMIENTO DE LAS PENAS NO DISMINUYE LA ACCIÓN DELICTIVA

HARDENING OF PENALTIES DOES NOT DECREASE CRIMINAL ACTION

Alexandra Díaz Lazo

Estudiante de Derecho

Universidad de San Martín de Porres

alexandra_diaz2@usmp.pe

Lima, Perú.

SUMARIO

- INTRODUCCIÓN
- POPULISMO PUNITIVO
- LA INCOMPATIBILIDAD DEL ENDURECIMIENTO DE PENAS CON EL DERECHO
- EFECTOS DISUASIVOS Y EL DESCONOCIMIENTO DE LAS PENAS
- EXPERIENCIA INTERNACIONAL
- EXPERIENCIA NACIONAL
- CONCLUSIONES

RESUMEN

Este artículo gira en torno a la problemática presente en un pensamiento “A más años de cárcel, menos delincuentes habrán”, el cual se encuentra presente en la conciencia social, originado por la impunidad percibida por los ciudadanos, quienes son actores del populismo punitivo. Es por ello que la autora sostiene que el endurecimiento de las penas es una acción populista, pues es realizada sin el conocimiento de los efectos generados, ya que estos no son disuasivos y especialmente no tiene una función preventiva. Esta aplicación sin fundamentos criminológicos válidos es la que es estudiada. El artículo se justifica por la importancia del

tema abordado, la propuesta irreflexiva del endurecimiento de penas como mecanismo de solución a la inseguridad percibida. El objetivo planteado consiste en realizar un examen crítico sobre la dudosa efectividad y necesidad del endurecimiento de penas, además de su compatibilidad con el Derecho, para concluir con la estimación de la ineficacia de las medidas endurecidas en la lucha contra la acción delictiva.

ABSTRACT

This article is based on the theme of the present problematic in social thought, originated by the impunity perceived by citizens, who are actors of punitive populism. It is therefore the author that the hardening of sentences is a populist action, because it has been carried out without knowledge of the effects generated, and that there is no deterrent and especially does not have a preventive function. This application without criminological foundations is the one that is studied. The article is justified by the importance of the topic addressed, the unthinking proposal of the hardening of sentences as a mechanism of solution to perceived insecurity. The planted objective is to carry out a critical examination of the dubious continuity and the hardening of the sentences, in addition to their compatibility with the law, to obtain the response of the ineffectiveness of the hardened measures in the fight against criminal action

PALABRAS CLAVE

Endurecimiento de penas, delitos, populismo punitivo, prevención.

KEYWORDS

Hardening of sentences, crimes, punitive populism, prevention.

INTRODUCCIÓN

A raíz del incremento de la criminalidad aparente. Resulta conveniente preguntarse si la medida adoptada, el endurecimiento de las penas, es la salida y la solución para los actos delictivos y especialmente si dicha medida es preventiva y eficaz para atender los factores que originan los delitos. La Encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018) “Revela que el 25,9% de los habitantes mayores de 15 años a nivel

nacional, han sido víctimas de algún hecho delictivo en el semestre Enero – junio 2018. (p. 1)

Que es complementada con la percepción de inseguridad. “Más del 90,0% de la población urbana de 15 y más años de edad de Lima Metropolitana, percibe que será víctima de algún hecho delictivo, en el año 2016. 2015 86,4” (INEI, 2017, p.). Constituyen así la criminalidad aparente. La encuesta realizada por PROETICA (2015) señala que el 67% de los ciudadanos limeños consideran la delincuencia, sub especie de la inseguridad ciudadana, como el principal problema a nivel nacional (p.10).

Entonces surge en la ciudadanía la desesperación, indignación y reclamación de soluciones; la respuesta más inmediata y sencilla suele ser establecer penas cada vez más duras, ya que estas son solo procedimientos legislativos, que no generan mayores esfuerzos que ser registradas en el cuerpo penal normativo. Resulta, entonces, políticamente popular promover aquellas iniciativas de endurecimiento punitivo. Y en esa misma línea, Bottoms, A. (1955) acuñó el término “populismo punitivo” que tiene por significado, creer (y hacer creer) que el incremento de las penas es la forma apropiada de enfrentar problemas sociales complejos.

El endurecimiento de las penas como medida de solución, podría generar nuevos problemas tales como el hacinamiento en las cárceles; un ejercicio casi inexistente de la resocialización de los reclusos, a pesar de estar estipulado en la normativa nacional, como el fin de la pena. Lo que es solo una pequeña muestra de la ineficacia de las medidas legislativas.

Está documentado en la experiencia internacional, que el endurecimiento de las penas no resulta, en el largo plazo, ser un disuasivo para la comisión de actos delictivos, si bien puede tener un impacto relativo en el corto plazo.

El análisis realizado en Alemania el 2009, basado en la revisión de 700 estudios sobre el endurecimiento de las penas y los efectos de la disuasión esperados, concluyó que la disuasión tiene efectos, pero que estos no son estadísticamente significativos, encontrando que la disuasión ocurre más usualmente en los casos de infracciones administrativas más que en los delitos. (Cavada, 2018, p.4)

Una de las investigaciones más recientes sobre el efecto de la pena, realizado en los Países Bajos por el Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement (NSCR),

al testear el efecto del encarcelamiento por primera vez en el posterior desarrollo de la carrera criminal de infractores, para todos los condenados a reclusión del año 1997 en dicho país, demostró que, en el mejor escenario, el primer año de encarcelamiento puede impedir entre 0,17 y 0,21 nuevas condenas al año por condenado. (Paz ciudadana, 2016, p. 18)

La Organización de las Naciones Unidas (2018) plantea que “las estrategias de prevención del delito bien planificadas no solo previenen el delito y la victimización, sino que también promueven la seguridad de la comunidad y contribuyen al desarrollo sostenible de los países” (p. 4). En este sentido ofrecer una diversidad de medidas de políticas públicas de prevención con solidez, parece un camino con mayor viabilidad para la disminución de los delitos cometidos.

El mayor propósito del endurecimiento de penas se encuentra en su supuesto poder disuasivo, ya que se piensa en las penas rígidas y duras como un recurso intimidatorio, que ejercerá influencia directamente en los índices de acción delictiva, lo cual es producto de una deducción lógica, más no guarda un fundamento estudiado, pues la sanción penal no tiene calidad de determinante en la ejecución de un delito. Lo que en conjunción con el limitado conocimiento del Derecho en general, pone de manifiesto el error que supone esta deducción.

Endurecer las penas no soluciona el problema de los actos delictivos, deben priorizarse las acciones de política educativa de largo plazo que incorpore en la mentalidad de las personas las consideraciones y principalmente conocer su incompatibilidad con el mundo jurídico y específicamente sobre los elementos que lo componen como los derechos fundamentales, los principios generales del derecho y los valores superiores jurídicamente protegidos.

El presente artículo se justifica por la importancia del tema abordado, que refiere al endurecimiento de las penas como respuesta ineficaz a la disuasión y prevención de las acciones delictivas, que se presentan en la sociedad contemporánea y perturban la paz social. El objetivo consiste en realizar un examen crítico respecto al planteamiento del endurecimiento de las penas como medio de solución para reducir la actividad delictiva.

Así en el primer párrafo, se desarrollara la teoría del populismo punitivo; en el segundo párrafo, se analizara la incompatibilidad del Derecho y el endurecimiento de penas; en el

tercer párrafo se criticaran los efectos disuasivos y desconocimiento de las penas; en el cuarto párrafo, se analizara las medidas de endurecimiento de penas tomadas por otros países y su efectividad; para pasar al quinto párrafo, donde se hará un análisis del endurecimiento de penas en Perú y finalmente el sexto párrafo, que tiene por contenido las conclusiones.

POPULISMO PUNITIVO

Es importante reconocer el origen de la motivación que genera el endurecimiento de las penas y este radica en “el populismo punitivo, que es la creencia de que los índices de la delincuencia se verán disminuidos como consecuencia de sanciones más duras, que además está contenida por la inseguridad percibida por los ciudadanos” (Bottoms, 1955). Lo que en términos generales puede estar justificado al entendimiento del ciudadano de a pie, pues a primera vista el razonamiento de que “a más años de penas, menos delitos” resulta bastante lógico, sin embargo, las leyes no deberían ser producto de una simple deducción.

El populismo punitivo es totalmente anti garantista y arcaico ya que no responde a los principios generales del derecho, ni a los valores superiores que fundan el ordenamiento jurídico, los derechos humanos son vulnerados con esta posición, lo que será profundizado más adelante. No guarda coherencia con el Derecho, el cimiento para su vigencia radica en la creencia inducida a los ciudadanos, por los medios de comunicación y grupos sociales que tienen influencia, a considerar la inseguridad ciudadana como el principal problema de la sociedad, lo que está ciertamente alejado de la realidad.

La Encuesta Nacional de Hogares informó que la población con un 48.1% estima como problema principal que genera afectación al país es la corrupción. Al que se le suma la delincuencia con un 44.5% como segundo problema y la pobreza con un 19.8% como tercer problema. (INEI, 2017).

El problema inicia cuando el poder judicial es politizado y la legislación responde a percepciones subjetivas de inseguridad. “Más del 90,0% de la población urbana de 15 y más años de edad de Lima Metropolitana, percibe que será víctima de algún hecho delictivo, en

el año 2016 (INEI, 2017, p.). La respuesta inmediata es establecer más penas y que estas sean más duras, lo grave de la situación radica en que las leyes que establecen las sanciones no están fundadas bajo los criterios de racionalidad y proporcionalidad, que son imperantes en el derecho, además de no contar con fundamentos empíricos.

Quienes son afectados con estas medidas son las invisibles clases bajas que cometen delitos, que siendo realistas a nivel nacional no generan grandes perjuicios. Lo que supone otro defecto ya que esta posición responde a la percepción subjetiva de la ciudadanía, que solo se ve conmovida o indignada con delitos tangibles, es decir violentos.

Sartori (1998) afirma que:

Lo que vemos en los medios de comunicación es lo que mueve sentimientos y genera emociones: Violencia, asesinatos, secuestros, disparos, protestas y lamentos. En suma, lo visible nos aprisiona en lo visible, y lo que no se ve no existe. (p.41)

En este sentido también es importante acotar cual es la responsabilidad de la sociedad en general sobre el comportamiento delictivo, que resulta tan repudiado. Al respecto precisa Ríos, G. (2017:126).

El uso de la razón no es, entonces, autónomo respecto de la existencia social del hombre, sino, que es influenciado por el entorno, por las condiciones y circunstancias que rodean su presencia, lo cual depende mucho del estado, por eso es que este no puede privar de su dignidad o desconocer la dignidad de un hombre por muy mal que se haya comportado.

Con las sanciones penales los delincuentes se encuentran en un centro penitenciario aislado de la sociedad, en donde se genera un sufrimiento no percibido por la sociedad, pues para ella es preferible olvidar que son seres humanos y sujetos de derecho, que no están resguardados por ninguna garantía, lo que es originado por incentivos emocionales, como el castigo y la venganza. El enfoque se realiza únicamente en supuesto beneficio a la víctima, lo que supone un absurdo pues debe trabajarse el delito en base a su origen, quien es el actor que lo ejecuta.

Pero de ser así ¿por qué resulta tan sencillo aplicar el populismo punitivo en la ley penal? Pues porque es una propuesta de solución a corto plazo, simple y principalmente tangible, las personas pueden apreciar que existe una pena más dura, al estar publicada en una ley y que supone una consecuencia para quien cometa el delito en cuestión, lo que genera aprobación por parte de la población, y a simple vista parece la solución ideal.

También sería importante tener en cuenta que la cárcel juega un rol fundamental en el reforzamiento de esta posición, primero porque efectivamente a quienes ingresen a ellas se les imposibilita físicamente delinquir en la sociedad, al menos en teoría y además que se le retribuye el mal causado, que es en gran medida la finalidad del populismo punitivo.

Las sanciones penales duras son una diplomática solución. Y es que una reforma estructural y medidas a largo plazo pueden generar oposición, otra razón importante es que los involucrados en su generación tienen una significativa exposición mediática, lo que responde a intereses personales que se presentan a menudo en legisladores y contribuye a cubrir los defectos de la estructura del Derecho penal.

Quiénes son los más afectados con estas medidas son las clases bajas que cometen los delitos percibidos como los peores robos, extorsión, violación, secuestro, etc. Los cuales efectivamente son graves, sin embargo, siendo realistas y objetivos no son un significativo problema nacional, pero es considerada como el mayor problema del país lo que se debe en gran medida a lo que exponen los medios de comunicación

Entonces en términos simples las relaciones entre la población y el derecho penal, ha resultado en un cambio legislativo influido en gran medida por los medios de comunicación, que han llevado a un manejo populista de la ley.

Finalmente, lo más preocupante del populismo punitivo es que otras esferas ajenas al derecho penal, como la social y política que si bien es inevitable tengan cierta injerencia, se han infiltrado a tal punto que ponen en riesgo su autonomía y el cumplimiento de su finalidad que es la protección de bienes jurídicos fundamentales a través de las sanciones atribuibles a los delitos con el fin de asegurar la convivencia pacífica.

EFFECTOS DISUASIVOS Y EL DESCONOCIMIENTO DE LAS PENAS

Uno de los fines más importantes, en teoría del endurecimiento de las penas, es el de la prevención, el apoyo a esta medida da por sentado que las personas que delinquen realizan una ponderación de coste y beneficio. Es decir, hacen una ponderación sobre las consecuencias que conllevarían la ejecución de un delito frente a los beneficios que le serían generados, si se les puede llamar así, estableciendo así al perpetrador del delito como un agente racional en todo momento.

En términos simples lo que se asegura es que en caso de por ejemplo una persona incurra en el delito de “Homicidio simple, el que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de 20 años” (Código Penal Peruano, 1991, art. 106°). Si a este caso en concreto se aplicara el endurecimiento de la pena con el supuesto de 5 años extra, con el propósito de que esos 5 años ahora constituidos en una pena no menor que 11 años, ni mayor que 25 años, generaran un cambio en la determinación del perpetrador del delito, lo que a simple vista resulta ilógico a pesar de que toda la teoría referente al endurecimiento de penas se basa en deducciones, se pasa esta por alto.

Es decir, con respecto a la disuasión general de la comisión de delitos, la sanción penal no tiene efectos significativos a comparación de otros medios. Sin embargo, esto no quiere decir que no los tenga, pues de ser cumplidos los requisitos pueden generar efectos disuasivos, solo que, a menor escala, ya que la amenaza de su imposición es considerada como un recurso intimidatorio.

Los requisitos de la eficacia disuasoria de la pena pueden dividirse en dos grupos: a) los relativos al conocimiento de la pena, y a la consideración de ésta en la decisión racional de actuar ponderando los costes y beneficios del correspondiente comportamiento; y b) los relacionados con la exigencia de que los costes del delito sean superiores a los beneficios (Cardenal, 2015, p. 11)

Con respecto al primer requisito.

Desconocimiento de las penas

Uno de los requisitos referentes a que las sanciones penales tengan un efecto disuasivo se basa en el conocimiento de la pena. El endurecimiento de penas tiene como argumento que con su realización disminuirán los índices delictivos, en especial la de los delitos que se busca evitar con mayor urgencia. Pero podría cumplir con el efecto siempre y cuando la ciudadanía tenga conocimiento de las leyes.

Un contraargumento común al desconocimiento de las leyes como un problema, es la invocación del principio general del derecho expresado en el latinismo “Ignorantia legis neminem excusat” que significa la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento” el cual como es evidente no debe cuestionarse. Pero el objeto de análisis no es la aplicación de la pena, sino el efecto preventivo de la comisión de delitos que guarda una estrecha relación con el conocimiento de las penas.

El Derecho afecta la vida de la sociedad significativamente, por ello una de sus finalidades es que las personas tengan conocimiento de él. La finalidad en concreto es que tengan nociones generales sobre las leyes; pues sería muy idealista pensar en que conozcan la jurisprudencia y la doctrina.

Las normas jurídicas en general deben ser a) Claras, b) De sencilla comprensión por la población en general; c) Públicas, de acceso gratuito e inmediato y público; d) estable, las normas deben ser cambiadas solo excepcionalmente. (Haro, 2013).

Las barreras endógenas de la legislación están conformadas por la sobreproducción normativa y los fallos en su publicidad.

La sobreproducción normativa constituye una barrera, porque existen normas en demasía, a tal punto que ni siquiera los juristas podrían conocer la legislación en su totalidad. Lo que sucede porque no se toma en cuenta que la legislación debe reducirse a normas jurídicas esenciales e imprescindibles, generando que exista un número reducido de leyes. El informe legislativo: “Perú: país de las leyes 2014”, elaborado por LA LEY y Gaceta jurídica, revela que durante el 2014 el Estado emitió alrededor de 20 470 normas legales. De las cuales 16,404 (80%) fueron emitidas por el Poder ejecutivo. (LA LEY, 2015)

Los fallos en su publicidad: Son una barrera porque a pesar de que debería incentivarse el

conocimiento de las leyes, mediante difusiones de gran extensión; lo que se realiza es solo la publicación en el diario oficial “El peruano” que tiene un valor de S/. 2, este valor es significativamente más alto que el de los restos de diarios, podría aducirse que las leyes se encuentran disponibles en la web, lo que efectivamente es cierto, pero no son un medio inmediato. Y si bien la ciudadanía tiene la responsabilidad de buscar el conocimiento de la legislación nacional, es una percepción ideal, pero en la práctica eso no funciona y un pilar del Derecho es su adecuación a la realidad.

Con respecto al segundo requisito

Exigencia de que los costes del delito sean superiores a los beneficios

Es evidente que uno de los costes previstos por las personas es la dureza de la pena, la que podría tener un rol disuasivo y apelar a la racionalidad de las personas.

Un punto sumamente importante a tener en cuenta es a que tipos de delincuencia alcanzan están medidas, por lo general esta clase de medidas en los delitos económicos podría tener un significativo impacto, porque por lo general las personas que lo cometen están ciertamente instruidas, y tienen cosas por perder como un trabajo, una familia, etc.

En el caso de delitos como hurto, por ejemplo, los actores generalmente son personas que tienen carencias económicas considerables y en cierto sentido roban por la necesidad ¿Qué coste le supondría a un joven que no tiene la seguridad de que comerá al otro día ingresar a la cárcel? Es cierto que la pobreza está ligada a la ejecución de delitos en muchos casos, en especial en los delitos contra el patrimonio.

La pobreza está estrechamente relacionada con la violencia, porque las propias estructuras sociales contra los pobres (llamada violencia estructural) los excluye de buena parte de los derechos y de las consideraciones de una vida de calidad. (Bernal, 2002, p. 72)

Resulta necesario destacar que para que una labor preventiva tenga éxito debe incidir directamente sobre las causas que originan el delito, que también incluyen las interacciones

sociales de la ciudadanía con los infractores de la ley.

Se pasa por alto también que las personas al perpetrar los delitos no tienen en mente ser capturados, saben que es una gran posibilidad, pero por lo general no lo internalizan. Por ello huyen en caso de robo, esconden cadáveres en caso de homicidios; y de ser procesados aceptan su culpabilidad cuando es inminente. Son reacciones genéricas, porque como en todo se dan excepciones, pero por lo general se busca la impunidad.

La libertad y siendo más específicos la libertad física constituyen un bien preciado para cualquier ser humano. Es por ello que es uno de los derechos fundamentales más importantes de toda persona y la pena privativa de la libertad de forma es un recorte de este derecho, de forma indiferente al periodo por el que se haga. Es evidente que el tiempo si genera afectación en la persona una vez recluida, pero antes de la ejecución del delito no constituye el determinante principal.

LA INCOMPATIBILIDAD DEL ENDURECIMIENTO DE PENAS CON EL DERECHO

Resulta imprescindible iniciar señalando que el Derecho es un conjunto sistemático pues tiene por elementos a los derechos fundamentales, los principios generales del derecho, la legislación y los bienes protegidos por la constitución. Con respecto a los derechos fundamentales los define Ríos, G. (2016) “Son las facultades o potestades que tiene el ser humano por el hecho de ser tal, es decir aquellas que posee por naturaleza, ab initio, que le son ínsitos, tales como la vida, la libertad, la integridad, la igualdad entre otros” (p. 125). Los derechos fundamentales no son absolutos, pues tienen ciertas limitaciones que son generadas la mayoría de veces por afectar el derecho individual o colectivo de otros. Entonces en pro de la convivencia pacífica humana, el Derecho expresado mediante normas jurídicas y más precisamente en este caso en sanciones tiene la posibilidad de limitar o recortar los derechos fundamentales.

El derecho fundamental de la libertad dice “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Asamblea general de la ONU, 1948).

Sin embargo puede ser objeto de un recorte, mediante la pena privativa de la libertad. El cual no puede ser arbitrario al tratarse de un bien jurídico tan importante ypreciado. Es por ello que dicho recorte debe tener una motivación y para que esté acorde con el Derecho, debe responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Razonabilidad en el sentido de que la legislación debe fundamentar sus decisiones en el derecho vigente y sus elementos, además que responda a los axiomas del Derecho tales como justicia, equidad y no decisiones que seas productos de la voluntad del legislador.

Con respecto a la proporcionalidad quiere decir que las decisiones que recorten derechos deben expresarse en medidas que resulten realmente útiles al fin perseguido y que sean las estrictamente necesarias, para ello debe recurrirse a un estudio detenido sobre su compatibilidad del conjunto sistemático del Derecho.

La compatibilidad del endurecimiento de penas con el Derecho, será analizada por su concordancia con los derechos fundamentales y la constitución política peruana.

Vale mencionar que los derechos fundamentales al ser inherentes a los seres humanos, permanecen con ellos en todo momento, cuando se genera alguna sanción penal aún los mantienen, solo que bajo otras condiciones. Por ello es que se busca tutela de derechos aún en un proceso penal.

Con respecto a la dignidad humana que constituye la base de todos los derechos, es un derecho fundamental que protege a la persona de ser objeto de ofensas o humillaciones y además permite el desarrollo de la personalidad de cada individuo (López, 2015, p.98). El cual también sirve como base a las garantías penales las cuales están compuestas por principios uno de ellos es la necesidad de la pena, bajo una interpretación sistemática se relaciona con el principio de proporcionalidad.

El endurecimiento de penas no responde a este principio porque no tiene fundamentos reales, es producto de populismo punitivo, además como se puntualizará más adelante no guarda relación con un fin efectivo sobre la disminución de delitos.

El Derecho penal mínimo, permite intervenciones valorativas de atenuación y exclusión de responsabilidad cada vez que sea posible en un modelo de máxima protección de libertades individuales, son exigencias dirigidas al legislador y a la actividad judicial. (Ferrajoli, p. 103).

Uno de los principios generales del Derecho es el de última ratio en cuanto a la intervención del Derecho penal, que hace referencia a que el Derecho penal intervenga cuando sea estrictamente necesario, pues este recorta derechos fundamentales. El cual contradice completamente el endurecimiento de las penas que postula la prima ratio del Derecho penal. En la misma línea ingresa la Constitución que es la norma suprema de un ordenamiento jurídico, cuya concepción moderna en cuanto a su finalidad es la de limitante del poder y de garantía del goce de los derechos fundamentales; otro punto es que es contra mayoritaria lo que quiere decir que persigue esas dos finalidades a pesar de que la mayoría de la población del país que regule no esté de acuerdo.

Finalmente, la Constitución Política del Perú (1993) en el art. 139° sobre los principios y derechos de la función jurisdiccional en el inciso 22 expresa “el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”

Según lo examinado el endurecimiento de penas no es compatible con los derechos fundamentales, los principios generales del derecho y la Constitución Política del Perú.

EXPERIENCIA INTERNACIONAL

En este punto es importante contrastar la teoría con la realidad y ver los alcances del endurecimiento de las penas, es decir cómo ha afectado a los ordenamientos jurídicos y sociedades donde se ha llevado a cabo y ver si han sido obtenidos los efectos deseados.

Estados Unidos es un referente para muchos países, y admirado por un sector importante de la población mundial. Su sistema penal ciertamente es duro también a tal punto de que es el único país en el mundo, que condena a menores de edad a cadena perpetua es decir tienen una justicia implacable, sin embargo, es un país con tasas de homicidio que no se ven disminuidas, a pesar de dichas medidas.

La Encuesta sobre Tendencias Delictivas y Funcionamiento de los Sistemas de Justicia de Estados Unidos, reveló en el año 2014 había una tasa de 4,45% y en el año 2015 se generó un incremento pues subió a la tasa de 4,96% con respecto al delito de homicidio intencional. (Observatorio de Seguridad Ciudadana de la OEA, 2016)

Los índices referentes a homicidios son un indicador significativo de acción delictiva de un país y ya que este índice tiene referencia general a homicidios, también incluye al juzgamiento de menores de edad, por lo que se pone de manifiesto que dichas medidas en principio no han surtido el efecto deseado.

El juzgamiento de menores de edad con esa dureza es incompatible con la Declaración Universal de Derechos Humanos a la que está suscrita. “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (Asamblea general de la ONU, 1948).

Un menor de edad aún no cuenta con un discernimiento total, debido a que su revolución cerebral aún no ha concluido, lo cual tiene mucha incidencia en su comportamiento,

La importancia del córtex prefrontal reside, por un lado, en que es la parte del cerebro implicada en comportamientos cognitivos complejos como la función inhibitoria, necesaria para el proceso de toma de decisiones¹⁶ y, por otro, en que es donde residen los circuitos neuronales responsables de funciones como la capacidad de planear, la memoria activa o el control de los impulsos. Como puede apreciarse, se trata de funciones que pueden resultar claves en comportamientos que pueden tener relevancia penal. (Pozuelo, 2015, p.6)

Entonces condenarlo a pasar el resto de su vida en una cárcel, solo constituye una expropiación del menor de la sociedad y no un favorecimiento a la convivencia pacífica de una sociedad, ya que no se está tomando en cuenta que dicho reo tiene dignidad humana, y tanto valor ante el Derecho como sus conciudadanos. También debe ser señalado que no

puede argumentarse la necesidad de los medios utilizados.

Es importante observar que las medidas tomadas son perfectamente legales pues ha sido cumplido el procedimiento formal de promulgación de la ley en el ordenamiento particular de Estados Unidos, es decir siguiendo una concepción positivista del Derecho, sin embargo no responde al ideal de justicia que es un valor y principio superior del Derecho.

Sin embargo esta clase de análisis es cuestionada constantemente por considerarse subjetiva y sin importancia, el cual inicia en la población ya sea de forma autónoma o inducida y alcanza a los legisladores que terminan por actuar en función a ello. Entonces de forma independiente a los argumentos doctrinales, la compatibilidad con el Derecho y todo lo que constituye un Estado de Derecho. En la práctica ¿Funciona el endurecimiento de penas para disminuir la delincuencia en la realidad?

Pues no ha funcionado en EEUU porque dicha aplicación no ha tenido los efectos deseados, ya que las tasas delictivas siguen siendo básicamente las mismas, incluso han presentado un ligero aumento. Lo que se repite en otras sociedades, la relación entre endurecimiento de penas y disminución de actos delictivos; además de no generar los efectos deseados, vulnera el Derecho.

En contraste con estos países hay un país que demuestra empíricamente que esta medida no solo es innecesaria, sino además contraproducente. El país al que se hace mención es Noruega con acción delictiva significativamente baja “Con una tasa de solo 0,9 homicidios por cada 100.000 habitantes” (Kliksberg, 2008, p. 9) lo que está relacionado directamente con su empático derecho penal, ya que en los centros penitenciarios de Noruega propician las condiciones para la rehabilitación del reo, actuando justamente en función del fin de rehabilitación de las pena; dándoles oportunidades de trabajo y educación además de garantizando sus condiciones de salud.

Es seguro que la mención de estas condiciones pueden provocar indignación, asombro e incredulidad pues “ese no es un castigo” olvidando que las penas privativas de la libertad, son justamente eso únicamente privativas de la libertad, no es limitante de otros derechos, ni

se estipula que las condiciones donde se lleven a cabo el encierro sean de una forma predeterminada, aunque si se hace una interpretación sistemática del Derecho y se analiza el fin reeducador, rehabilitador y de reinserción debería considerarse como una obligación crear las condiciones necesarias para que esta norma constitucional sea cumplida.

La reincidencia criminal en Noruega es del 20%, la tasa más baja del mundo. En otros países, como Reino Unido, es del 46% y en EE.UU. el 76% de las personas que salen de la cárcel regresan a ella en los siguientes cinco años (BBC, 2016).

EXPERIENCIA NACIONAL

Habiendo analizado la problemática que resulta del endurecimiento de penas, es observable su ineficacia como medida para reducir la tasa delictiva. Además de analizada la incompatibilidad que mantiene con el Derecho y la experiencia internacional en cuanto a la adopción de dicha medida. Es por ello que resulta fundamental contrastar la teoría con la realidad peruana, identificando a la vez los sesgos particulares propios de la estructura de justicia en el Perú.

Las instituciones de la democracia formal en el Perú, como son las vinculadas con la justicia penal. El Congreso de la República y el Ministerio de Justicia, que comprende el Instituto Nacional Penitenciario; el Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional que son los encargados del proceso de criminalización. (Ríos, p. 43, 2018).

En la legislación peruana es usual que las medidas duras sean desproporcionales al delito, pues no se ciñen al criterio de la necesidad de la pena, la cual constituye un principio de gran importancia el de necesidad, que actúa conjuntamente con la proporcionalidad y racionalidad. Los 3 principios son los pilares del derecho. Lo que se ve graficado al analizar ejemplos de la legislación peruana

En primer lugar “El robo agravado, tiene por sanción según el artículo 188, la pena privativa de la libertad mayor de 12 años y no menor de 20 años”. (Código Penal, 2018, p. 202). Es apreciable que constituye una pena bastante dura en proporción al delito ¿Ha tenido efectos

de disminución de este delito?

La población penitenciaria en el año 2016 estaba compuesta en parte por 21 800 reos que cometieron el delito de robo agravado, la cual fue yendo en aumento según los datos del 2017 con 22 700 reos es y finalmente hoy en el 2018 hay 23 200 presos por el delito de robo agravado, es decir 1 400 más que el 2016. Y además es el delito con mayor reincidencia lo cual es reflejado en el 26.7% que ocupa este delito en la población penitenciaria. (Instituto Nacional Penitenciario, p. 26, 2018)

En segundo lugar la violencia sexual, que ocupa el 2 y 5 puesto en sus respectivas modalidades como los delitos realizados con más frecuencia. El código penal (2018) “En su artículo 170 referente a la violación sexual le otorga como sanción de pena privativa de la libertad al de no menor de 14 años, ni mayor de 26 años” (p. 183). Lo que al igual que el delito anterior es una pena bastante alta en comparación al delito. Nuevamente las estadísticas, que son la contrastación con la realidad demuestran que el efecto preventivo de la pena es nulo.

En el año 2016 habían 11 300 presos reclusos por haber cometido el delito de violencia sexual, al año 2017 eran 12 200 y en el presente año 12 400, es decir 1000 personas más respecto del 2016 y en el presente año constituyen el 15,3 % de la población penitenciaria donde se ha revelado un aumento con respecto a los años anteriores. (Instituto Nacional Penitenciario, p. 26, 2018)

El tercer delito es el feminicidio, el cual es un delito sumamente polémico que desata debates sobre su tipificación y sus efectos. Fue tipificado como delito en el año 2011 como una clase de homicidio calificado, siendo específicos “En el artículo 108 – B el feminicidio tiene como sanción la pena privativa de libertad no menor de 20 años y en caso de agravantes no menor de 30 años” (Código Penal, 2018, p.141). Incluso no se interpone ningún límite en cuanto al máximo temporal de esta sanción penal, es decir se deja a discreción del aplicador del derecho la extensión de la pena.

Con respecto a la tentativa de feminicidio en el año 2010 se dieron 8 casos, en el año

2013 posterior a la legislación fueron 16 casos y más tarde en el año 2017 alcanzaron a 25 los casos. Se generó un incremento. (Instituto Nacional Penitenciario, p. 26, 2018)

Entonces con respecto a estos delitos y a sus incidencias, resulta obvio que el endurecimiento de penas no tiene ningún efecto preventivo ya que no se enfoca en el origen del delito, no incide en el actor. Es una concepción castigadora, vengativa y punitiva del Derecho, la cual además de ser incompatible con él por los principios de última ratio del Derecho Penal, de trascendencia, de presunción de inocencia y otros resulta inefectiva.

Con respecto al robo agravado cabría que el Estado promueva una política de empleos estables y duraderos. Con el fin de que las personas que por carencias económicas, llevan a cabo el delito, ya no constituyan la mano de obra de los crímenes.

El feminicidio tiene un origen cultural y antropológico, debido a la sociedad patriarcal y machista que existe desde la concepción de la humanidad, por ello la dureza de una pena no va a atenuar este delito. La solución radica en construir una sociedad nueva, basada en la igualdad integral de género, la cual únicamente puede ser lograda a través de la formación familiar y la educación.

La violencia sexual, también tiene origen en la cultura patriarcal vinculada a la violencia androcéntrica y machista. La violación sexual constituye un acto de violencia de poder y de control. Donde tienen incidencia además los medios de comunicación y la opinión pública con el mantenimiento y reforzamiento de estereotipos sociales.

En conclusión el cambio deseado no vendrá por medio de las penas, los políticos y el gobierno. El cambio será generado por medio del compromiso del estado, de la sociedad y de cada uno los ciudadanos, en el sentido de asumir individualmente la responsabilidad de los actos cometidos y de la toma de conciencia de los efectos que ellos tienen en la sociedad.

CONCLUSIONES

El populismo punitivo es producto de una percepción de inseguridad subjetiva sin fundamento, que busca la radicalización del Derecho.

El endurecimiento de penas es incompatible con el Derecho porque no tiene concordancia con los elementos que lo componen, que son los derechos fundamentales, los principios generales del derecho y la constitución.

El endurecimiento de las penas no tiene efectos disuasivos, pues la temporalidad y otros factores relacionados a la pena no son los determinantes de la ejecución del delito. Con respecto a la mínima proporción de efectos disuasivos que puede generar no los tiene pues hay un desconocimiento general del Derecho y en este caso de las penas específicamente.

La experiencia internacional ha demostrado que fuera de la incompatibilidad del Derecho con el endurecimiento de penas, este resulta ineficaz para disminuir las acciones delictivas; porque versa sobre las causas del delito, sino solo sobre las consecuencias.

La experiencia nacional demuestra que los incrementos de la temporalidad de las sanciones privativas de la libertad no generan un efecto preventivo, pues los índices delictivos van en aumento, ya que no se trabaja en el origen del delito, sino en su consecuencia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bernal, A. (2002). *Cultura de la pobreza: Violencia, inmigración y fracaso escolar en la actual sociedad global*. España: Universidad de Oviedo.

Carnevali Rodríguez, Raúl. (2008). DERECHO PENAL COMO ULTIMA RATIO. HACIA UNA POLÍTICA CRIMINAL RACIONAL. *Ius et Praxis*, 14(1), 13-48. [h](#)

Código Penal del Perú (1991). Lima, Perú: Comisión Revisadora.

Comité estadístico interinstitucional de la criminalidad (2016). *Homicidios en el Perú, contándolos uno a uno*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Estadística e Informática

Constitución Política del Perú (1993). Asamblea Democrática Constituyente.

Informe estadístico penitenciario (3ed.) (2016). Lima, Perú: Instituto Nacional Penitenciario

Informe estadístico penitenciario (3ed.) (2017). Lima, Perú: Instituto Nacional Penitenciario

Informe estadístico penitenciario (3ed.) (2018). Lima, Perú: Instituto Nacional Penitenciario

Klisberg, B. (2008). *¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura*. Buenos Aires, Argentina.

Lars, B. (17 de Marzo del 2016). ¿Por qué Noruega es el mejor lugar del mundo para estar preso?. *BBC*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidad_breivik_amv

Lopez, Monserrat. (2015). *Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social*. Madrid, España: Edisofer.

Organización de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos humanos*. Paris, Francia.

Ríos Patio, G. (2016). *Criminología de los Derechos Humanos. Desiderata para la prevención y control de criminalidad*. Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada 4(7), pp. 75 – 105.

Ríos Patio, G. (2018). *Una propuesta de reforma política para el mejor cumplimiento de los fines del estado: El empleo de la criminología para el diseño de una política criminologica..* Vox Juris, Mes (35), p. 41.

Sartori, Giovanni (1997). *Homo videns*. Madrid, España: Santillana Taurus.