

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

EL POPULISMO PENAL Y EL DERECHO PENAL SIMBOLICO

POR

Denisse Elvira Díaz Paredes

Duver Gerner Guevara Ramos

ASESOR

Abog. Juan Carlos Vargas Carrera

Cajamarca – Perú

Agosto – 2021

UNIVERSIDAD PRIVADA



DE GUILLERMO URRELO

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Carrera Profesional de Derecho y Ciencias Políticas**



**TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO
EL POPULISMO PENAL Y EL DERECHO PENAL SIMBOLICO**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
Título Profesional de Abogado**

**Bach. Denisse Elvira Díaz Paredes
Bach. Duver Gerner Guevara Ramos
Asesor: Abog. Juan Carlos Vargas Carrera**

**Cajamarca – Perú
Agosto – 2021**

COPYRIGHT © 2021 DE
Denisse Elvira Díaz Paredes
Duver Gemer Guevara Ramos
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO
EL POPULISMO PENAL Y EL DERECHO PENAL SIMBOLICO

Presidente: Christian Fernando Tantaleán Odar
Secretario: M. Edgardo Sanchez
Asesor: Mg. Juan Vargas Carrera.

A:

Nuestra familia, por el apoyo incondicional que nos han brindado en el transcurso de la carrera.

TABLA DE CONTENIDOS

TABLA DE CONTENIDOS	ii
ÍNDICE DE TABLAS.....	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
CAPITULO I	
INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del Problema	4
1.1.1. Descripción de la realidad problemática.....	4
1.1.2. Definición del problema	4
1.1.3. Objetivos.....	4
1.1.4. Justificación e importancia	5
CAPÍTULO II	
MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes teóricos	8
2.2. Marco histórico	15
2.3. El Derecho penal garantista y el Derecho penal como ultima ratio....	17
2.4. El Derecho penal del Enemigo	21
2.5. Marco conceptual.....	33
2.6. Hipótesis	40
CAPÍTULO III	
METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN.....	42
3.1. Tipo de investigación.....	42
3.2. Diseño de investigación	42
3.3. Área de investigación.....	42
3.4. Dimensión temporal y espacial.....	42
3.5. Unidad de análisis, población y muestra	42
3.6. Métodos	43
3.6.1. Dogmático jurídico	43

3.6.2.	Técnicas de investigación	43
3.7.	Instrumentos.....	43
3.8.	Limitaciones de la investigación.....	43
CAPÍTULO IV		
4.1.	Nociones sobre el Populismo Penal:	44
4.2.	El nivel de impacto del Populismo Penal:.....	45
4.2.1.	La creación de nuevos delitos:.....	46
4.2.2.	El pedido de pena de muerte:.....	47
4.2.3.	La delincuencia juvenil:.....	47
4.2.4.	La militarización de las calles:.....	48
4.2.5.	Los recortes de beneficios penitenciarios:	49
4.3.	Populismo Penal vs. Derecho Penal como última ratio:	50
4.4.	Análisis dogmático del populismo penal y la inseguridad ciudadana:	52
4.5.	Consecuencias del Impacto del Populismo Penal:	55
4.6.	El Derecho Penal Simbólico en nuestro Ordenamiento Jurídico:	56
CONCLUSIONES.....		58
RECOMENDACIONES.....		60
REFERENCIAS		61

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1	41
------------------	----

RESUMEN

Nuestra presente investigación, titulada “El Populismo Penal y el Derecho Penal Simbólico” pues como sabemos el poder legislativo se encarga de dictar leyes, pero no son totalmente cumplidas; teniendo como finalidad demostrar cómo se ha logrado la instrumentalización del Derecho Penal para así contraponer una acción real y una situación aparente, los que buscan y quieren lograr pero sin embargo en la realidad no se logra; es decir, hay simbolismo cuando existe una ilusión en este caso un engaño en la sociedad.

Como se puede ver pues entonces, el simbolismo en el derecho penal se constituiría en un mecanismo de engaño, creando una poca o nula efectividad y eficacia con lo que se busca eliminar o reducir, siendo esta la finalidad de la norma. Siendo que, se considera de manera instrumental, ya que al final no se puede lograr el fin que busca tener la ley; por el contrario, la criminalidad en el mundo real ha ido creciendo.

El simbolismo de la ley penal da a notar la crisis evidente en la que se encuentra el derecho penal, todo esto se debe pues a la incorrecta manera de querer controlar la criminalidad, pues vemos una tipificación desviada, pero no buscamos una prevención de ello; agravando la situación de la sociedad; siendo que no es suficiente que la ley sea meramente válida.

Palabras clave: Populismo Penal, Derecho Penal Simbólico, Derecho Penal.

ABSTRACT

Our present investigation, entitled "Criminal Populism and Symbolic Criminal Law" because, as we know, the legislative power is in charge of enacting laws, but they are not fully complied with; with the purpose of demonstrating how the instrumentalization of Criminal Law has been achieved in order to counterpose a real action and an apparent situation, those who seek and want to achieve but nevertheless in reality it is not achieved; that is, there is symbolism when there is an illusion, in this case a deception in society.

As can be seen then, the symbolism in criminal law would constitute a mechanism of deception, creating little or no effectiveness and efficiency with what is sought to eliminate or reduce, this being the purpose of the norm. Being that, it is considered in an instrumental way, since in the end the end that the law seeks to have cannot be achieved; on the contrary, crime in the real world has been growing.

The symbolism of the criminal law highlights the evident crisis in which the criminal law finds itself, all this is due to the incorrect way of wanting to control crime, since we see a deviant classification, but we do not seek a prevention of it; aggravating the situation of society; being that it is not enough that the law is merely valid.

Keywords: Criminal Populism, Symbolic Criminal Law, Criminal Law.

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

Se sabe que la Política Criminal de un Estado busca y tiene como finalidad disputar la criminalidad de una sociedad, pues y para poder cumplir con esta finalidad, el Estado escoge ciertos modelos de regulación por parte de los poderes públicos.

En el presente trabajo hemos considerado interesante y más efectivo el modelo creado por Hassemer, siendo este conocido con el nombre de Derecho Penal Simbólico, éste se basa en las actuales tendencias que busca la criminalización de conductas en la legislación penal, las mismas que responden a un efecto simbólico. Pues la perspectiva de considerar que el Derecho Penal, solo despliega efectos simbólicos, más no preventivos, guarda íntima relación con el Derecho Penal Popular, una relación que consideramos es de género y especie, relación que posteriormente explicaremos.

El Derecho Penal Popular o Populismo Penal, considerado una tendencia descriminalización el cual tendría como finalidad y sus causas en factores no propios del Derecho Penal, ya que este será el punto en donde se verá centrada la presente investigación, exhibiendo como es que la criminalidad estaría siendo observada y plasmada por una forma totalmente diferente por los medios de comunicación, logrando así que la sociedad tenga una sensación de inseguridad, convirtiendo entonces que esta sensación sea guiada por el móvil de miedo, exigiendo entonces a los organismos públicos que puedan

tomar una medida legislativa y política con más carácter para poder combatir con la contra la criminalidad.

Siendo entonces que el Derecho Penal sería usado como una forma de reacción inmediata, con el que se busca eliminar un tratamiento a ciertos problemas que se amplían en la sociedad tales como son la delincuencia, inseguridad, corrupción, violencia contra la mujer, etc. A ello, se le sumaría la información que se transmiten por los medios de comunicación, en varias oportunidades, basadas en escándalo, siendo estas las que generan por parte de la política peruana tomar concientización inmediata, reaccionando entonces, buscando la solución en el derecho Penal para poder resolver los problemas acarreados por la criminalística.

Pues como se puede apreciar en la actualidad la seguridad en el Perú se torna importante para poder desarrollarse de una manera adecuada. Como ya se sabe, dentro de la población nos sentimos amenazados por la delincuencia que se observa día a día, y gracias al aumento de esta, es difícil y costoso contar con un seguro, aquí entran a tallar las autoridades y buscan diseñar estrategias utilitaristas, populista para un problema urgente. Todos los peruanos tenemos demasiado miedo por los delitos que se cometen diariamente en nuestra sociedad, se sabe que la mayoría de días existen robos o asaltos en el Perú, de igual manera, se encuentran presentes los mercados ilegales quienes consumen a las instituciones, perjudicando al servicio público; logrando así que se aumente la violencia. Tanto el narcotráfico, la minería ilegal y la trata de personas son claros

ejemplos de algunos mercados ilegales que se encuentran activos en el país, estos deberían tener una intervención inmediata.

Bueno puede parecer una idea un poco tentadora que esto se dé a corto plazo; es decir, dar opciones de ciertas medidas que no dan resultado, pero a simple vista se ven que tienen “mano dura”. Siempre vemos que en los procesos electorales donde se realizan las campañas electorales, pues siempre nos ofrecen medidas de solución ante los actos criminalísticos, que se ven en la sociedad; se pueden ver un poco prometedoras, sin embargo, aplicarlas ante la realidad es totalmente distinto ya que pueden acarrear a ciertas consecuencias totalmente desastrosas. El populismo punitivo no se pone en duda, por el contrario, lleva el debate a la sensación de que gana el que grita más fuerte, ya que así podría ganar más votos y estar victorioso ante la sociedad, sin embargo la sociedad perdería mucho ya que no tendría una adecuada seguridad ciudadana.

Hemos visto que en las campañas electorales muchos de los candidatos proponen que si es que ven actos criminalísticos tendrán como castigo la pena de muerte, además de construir cárceles-tortura, y que estos serán estrictos en cuanto a la ampliación de penas, disminución de edad de imputabilidad penal, pero todas estas propuestas se dan sin un sustento justo, y como vemos en la actualidad tampoco se puede evidenciar un resultado notorio. Claro está que ante este tipo de propuestas la mayoría de nosotros creemos que es una buena alternativa para poder contener la delincuencia; sin embargo, deberíamos optar por crear o acogernos a programas preventivos que ya han sido creados, con la finalidad de que muchos jóvenes eviten desarrollar actos delictivos, brindando así nuevas oportunidades de sobrevivencia ante la sociedad en la que han crecido. Viendo

entonces que el populismo penal viene a ser una enfermedad letal que debemos eliminar de la actualidad y de la práctica jurídica que se realiza en la sociedad. Los problemas no se resuelven ni eliminan con la implementación de normas. El derecho no modifica la realidad. Por el contrario, en los casos de inseguridad ciudadana, y también en otros de ellos siendo muy grandes, empeoran de un modo notorio a la realidad.

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

En el estudio del derecho penal, y notar como es que se elabora dentro de la realidad y actualidad peruana, donde este es un problema evidente que enfrenta esta rama jurídica, es cómo el derecho penal simbólico influencia en la ley penal, de tal manera que es visible como se afecta directamente al propósito que tiene el derecho penal, pues ésta es la limitación del ejercicio del poder punitivo que tiene el Estado.

Por lo tanto, ante lo observado, se localizan conductas incluidas en el cuerpo normativo peruano que no resguardan bienes jurídicos o pretenden proteger bienes jurídicos idealizados, estos a su vez responden solamente a determinados grupos políticos o de poder -medios de comunicación-; y estos buscan únicamente generar una falsa apreciación de seguridad en la sociedad.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son los impactos del populismo penal en la generación del Derecho Penal Popular?

1.1.3. Objetivos

A. Objetivo general

Determinar los impactos del Populismo Penal en la generación del Derecho Penal Popular en el Perú.

B. Objetivos específicos

- Explicar la forma en que se presenta el populismo penal.
- Exponer las principales características del derecho penal simbólico.
- Analizar una adecuada forma de crear normas penales, pues al ser el Derecho penal de ultima ratio, estas normas deben abarcar tres aspectos para su creación: Política criminal, Criminalística y Derecho Penal.

1.1.4. Justificación e importancia

Todas las sociedades, cuentan por lo menos con un mínimo índice de criminalidad, y esto se da gracias a que es un fenómeno estructural de toda sociedad, sin embargo se tiene una idea equivocada de que el fenómeno de la delincuencia debe ser quitado, imaginando que el aumento de penas y la creación de nuevos tipos penales que impidan nuevas conductas consideradas letales para los bienes jurídicos es la solución. Es lamentable como la realidad nos ha mostrado que el incremento excesivo de las penas y otras manifestaciones político-criminales populares no han resuelto el problema de la criminalidad, previniendo las conductas lesivas para los bienes jurídicos. Esta idea totalmente incorrecta y que es frecuente en los Estados Totalitarios, porque se considera al delincuente como una persona rebelde y que está en contra del sistema. En tal sentido las formas que adopta el Estado con la finalidad de suprimir la criminalidad son las de elaborar Políticas Criminales, pero estas se apartan de los principios garantistas, infringiendo entonces los Derechos Humanos.

Es así toda intervención del Estado de su facultad sancionadora, debe ajustarse a los principios político-criminales limitadores del ius puniendi, además de las garantías que son inherentes al ser humano. Así es como toda participación estatal estará legitimada en la medida en que se ajuste al modelo de un Estado Democrático de Derecho, ya que, si bien una de las misiones de este es reducir la criminalidad a índices socialmente tolerables, no puede hacerlo sin observar lo antes mencionado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

En esta investigación, aspiramos a manifestar el compromiso y seriedad en la que a menudo se debate política y científicamente la efectividad que tiene el Derecho penal, ya que piensan que se verían desacreditados si es que el objeto exclusivo sería solo simbólico. Tanto los procesos, como los juicios y las penas tienen ciertas raíces abismales en nuestras vivencias personales y sociales como para aceptar su aspecto solamente simbólico.

Es fundamental dar a conocer, que el Derecho Penal Simbólico, no es apreciado de manera positiva, dentro de un marco normativo que está regido en un estado de derecho, pues por la ineficiencia que se demuestra, además, tiene un uso inadecuado de la política penal, como modalidad repetitiva del derecho penal simbólico que expresa el ejercicio arbitrario del ius puniendi estatal y afecta gravemente la dignidad de la persona humana.

Teniendo como una consecuencia del proceso, que no es que el sistema penal así acondicionado de cumplir con nuevas funciones; por el contrario, estos ámbitos de derecho penal “eficiente” están seguidos de un “déficit de ejecución”. En efecto, lo inevitable: ante la inoperancia del derecho penal no queda más que pedir más de lo mismo como sería más leyes, más severas, más efectivas, ya que lo cierto es que no se da mediante la producción inflada de normas que se consigue disminuir la criminalidad.

Para poder entender de una manera integral este fenómeno tenemos que saber cuáles son los impactos que produce el Populismo Penal, que es un tema aún no abordado.

Se puede afirmar los efectos que despliega el Derecho Penal Popular no son preventivos, y esto lo hemos contrastado en la realidad peruana, así como también en la extranjera, que las medidas legislativas que atienden a las demandas sociales son las que no reducen y tampoco evitan el incremento de la criminalidad, y esto se da porque la comisión de delitos no está en función a la poca drasticidad de las normas penales, sino que se deben a cuestiones eminentemente criminológicas. Hoy en día se sabe que realizan muchas críticas en función a las medidas legislativas, reprimiendo que el legislador se sirva ilegítimamente del Derecho Penal para producir efectos simbólicos en la sociedad y es que la potenciación de este denigrado Derecho penal simbólico tiene una estrecha relación con ciertas transformaciones sociales nuevas a las que la política criminal de un Estado no puede desconocer (Diez,2003).

Las modificaciones sociales, las nuevas tendencias delictivas, las nuevas formas de ataque a los bienes jurídicos trae consigo a que se formen nuevas formas de solución, esto es algo natural, lo nuevo no puede competir con lo antiguo, por lo que el Estado se ve en la obligación de tomar nuevas medidas con la finalidad de dominar estas situaciones, pero en el afán de lograr su cometido, se ha equivocado y muchas veces, por lo que recientemente ha perdido considerablemente credibilidad acerca de su capacidad para resolver los problemas que acontecen en la realidad.

2.1. Antecedentes teóricos

Para poder comprender mejor el Derecho Penal Simbólico, es necesario poder entender el Derecho Penal Clásico, el que nos posibilita tener una idea más exacta del origen de esta rama y su función para la cual fue creada, pues en su

construcción ideológica fue asumido como un mecanismo de defensa contra las intervenciones coactivas del Estado.

Bajo este panorama, el derecho penal servía exclusivamente para la retribución por el hecho, la expiación y la compensación de culpas, la pena se justificaba para sancionar los ataques contra el Derecho en tanto garante del aseguramiento de todos los ciudadanos, Albrecht (2000). El Derecho Penal Clásico, si bien era un instrumento de control social, tenía un ámbito de intervención restringido, permitiendo a los individuos defenderse de las arbitrariedades estatales, mediante una estructura de intervención penal autolimitada, por lo que se ha llamado a sí mismo “derecho penal mínimo”.

Resulta de interés mencionar algunos principios básicos sobre los cuales gira el Derecho Penal Clásico. En primer término, señala Díez (2007), que se atribuye una eficacia limitada a los instrumentos de intervención del derecho penal - la norma y la sanción- de manera tal, que solo en la medida que el subsistema de control coincidiera con los objetivos pretendidos por otras formas de control social tales como religión, escuela, opinión pública etc., así como de su relación con éstos, podría respaldar que la intervención penal condicione los comportamientos sociales. Por otro lado, el Derecho Penal Clásico disminuye su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia, ya que se trata de un derecho penal garantista y por esto su intervención debe ser la mínima imprescindible. Por ello, es que el derecho penal sólo debería ejercer frente a las infracciones muy graves a los bienes más importantes y sólo cuando no existan medios sociales más eficaces. Entre otra

característica tenemos a la falta de confianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos.

El Derecho Penal Clásico se declara heredero del liberalismo político, por lo que tiene como norte la defensa del ciudadano -sea delincuente o no- de ciertos abusos y arbitrariedades del Estado punitivo, considerando que ambos individuos se localizan en el mismo plano de tutela. Únicamente esta característica se diluye con el Derecho Penal Moderno, pues ciudadano y delincuente no reciben igual amparo, además de que el individuo acepta acceder a algunos de sus derechos en vez de recibir protección frente al delito.

Finalmente, se menciona como otra característica del Derecho Penal Clásico, el límite en el empleo de sanciones penales: éstas deben caracterizarse por su humanidad y su forma de ejecución no puede ir en contra de la dignidad humana.

Debe respetarse, además, el límite de la proporcionalidad de la sanción, la que debe ir en directa relación a la gravedad del hecho delictivo, por último, la pena debe fomentar al menos la reintegración del delincuente a la sociedad.

Las variaciones al modelo de intervención del derecho penal reflejan una transformación en las creencias y formas de vida de la sociedad moderna y a la vez, va cambiando la política criminal. Afirma Albrecht (2000) que las demandas de control dirigidas al Derecho penal son una manifestación de la sociedad moderna. En efecto, aparecen nuevas formas de criminalidad y de tecnología, así como un aumento exagerado del sentimiento de inseguridad ciudadana, frente a lo que se demanda una rápida y eficiente intervención del Estado. Conforme a los nuevos requerimientos sociales, la intervención del derecho penal ha ido en

incremento, por otro lado, los derechos de los ciudadanos frente al Estado han ido minorando cada vez más en aras de la ansiada seguridad.

Debido a este fenómeno que genera el Populismo Penal, hemos efectuado una búsqueda de trabajos de investigación que tengan relación con nuestro tema materia de estudio:

A nivel nacional se han encontrado los siguientes trabajos: Cabrera (2018) “El incremento punitivo de la violencia contra la mujer mediante la ley 30364 como expresión del derecho penal de mujeres”.

Tesis realizada para obtener el grado de Magister en Ciencias Penales, EPG de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. De los resultados obtenidos en el trabajo de investigación mencionado, pudimos observar que llegaron a la conclusión, que el incremento punitivo de actos de violencia contra la mujer mediante la ley N° 30364- Ley creada para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar- constituyendo una expresión del derecho penal de mujeres, ya que solo vendría a ser un derecho penal reservado exclusivamente para víctimas mujeres, como expresión del derecho penal simbólico y además constituye una medida penal populista y notoriamente mediática frente al fracaso de una política criminal coherente.

Norabuena (2015). “El derecho penal del enemigo y sus implicaciones sobre los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú”. Tesis para optar el Título Profesional de Abogado. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz. Se puede observar en la investigación

mencionada que tenían como objetivo analizar las implicancias del derecho penal considerándolo como el enemigo de los principios constitucionales que rigen la justicia penal procesal y sustantiva en el Perú; para la presente se tuvo que realizar un estudio cualitativo, transversal, explicativo. En la mencionada investigación han logrado demostrar, que el derecho penal del enemigo no solo flexibiliza los principios constitucionales que rigen el derecho penal sustantivo y procesal, sino también que se torna incompatible con el Estado democrático de derecho, en tal medida se obligaría a los particulares a sacrificar y privatizar ciertos ámbitos de su libertad, derecho fundamental en aras de una seguridad que solo es aparente.

Y que estas manifestaciones del derecho penal máximo relativizan el pleno goce de los derechos fundamentales de los particulares, siendo estos consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, dichos contenidos esenciales son desconocidos en la implementación de nuevos tipos penales o en el trámite de un proceso penal, todo lo cual sin duda justifica mayores reflexiones.

Flores (2006): “Derecho Penal del Enemigo”. Universidad San Martín de Porras, Lima, plantea que el “Derecho penal del enemigo”, pretenden entonces ser una alternativa de respuesta ante la ola criminal que afecta la convivencia en sociedad y que se ha acrecentado a raíz de la anomia y nihilismo reinante en los últimos tiempos.^[9] Además también nos dan a entender que esta onda expansiva de un Derecho penal excepcional, haciéndose la pregunta sobre la posible existencia de un Derecho penal del enemigo dentro del marco del Estado de Derecho También, se pregunta ¿Quién será el encargado de la disquisición entre enemigo y ciudadano Representa el Derecho penal del enemigo una notoria

afectación de las garantías y derechos consagrados en las Cartas Constitucionales y Tratados internacionales de Derechos Humanos? o ¿Es tal vez el último recurso con el que cuenta el Estado para posibilitar su subsistencia y así permitir la vida en sociedad? En definitiva, ¿Tiene sentido y utilidad, en nuestra realidad, intentar aplicar los criterios político-criminales que en las sociedades postindustriales se postulan frente a la actual crisis que se deriva del fenómeno denominado expansión del Derecho Penal”? Mejía (2014): “Las estrategias municipales de mitigación del problema público de la inseguridad ciudadana: un análisis de la gerencia de seguridad ciudadana de la municipalidad metropolitana de lima entre el 2010 y el 2014”. Tesis para optar el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno, con mención en Gestión Pública y Políticas Públicas.

Pontificia Universidad Católica del Perú - Escuela de Posgrado. Conclusiones: Se sabe que la seguridad ya es un problema público, y por ello es una gran necesidad de la comunidad que se le brinde la seguridad respectiva. De igual manera, recalcar que la seguridad también es necesaria para realizar una serie de derechos de las personas. Estos no solo se relacionan con la vida e integridad física de la persona, sino teniendo cierto acatamiento a sus propiedades.

Importante la prevención de seguridad, ya que esta ayuda a desarrollar de manera positiva las actividades económicas.

Es bastante notable el garantizar la seguridad ciudadana y para ello se deben formular prácticas políticas públicas de seguridad que sean apropiadas. En cuanto a las políticas públicas, llevan como finalidad el solucionar los conflictos públicos

que se den en la sociedad. Se sabe que, para que una acción se estime que sea un problema público debe presentar lo siguiente:

- 1) Presentar escases objetiva de la sociedad, o 2) Las figuras con poder deben considerara esta posición como problema público. A partir de esto se puede confirmar que hay un problema público a nivel nacional, y específicamente en Lima, con respecto a la seguridad, pues, se muestra una carencia objetiva de seguridad ciudadana en nuestro medio; sin embargo, las autoridades ya han calificado a la inseguridad ciudadana como un problema público, la delincuencia ya es considerado como el principal problema, dejando atrás a la corrupción, desempleo y lo económico.
- 2) A nivel internacional hemos podido encontrar el trabajo de Ríos (2012), Tesis titulada: “Manifestaciones del Derecho Penal del Enemigo en la Ley N° 20.000” elaborada para optar al grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

En el trabajo en mención se ha procedido a realizar un análisis de lo que se ha denominado derecho penal del enemigo, manifestación del derecho que se caracteriza por una rebaja de las barreras de afectación de las garantías fundamentales, adelantamiento de las barreras de punibilidad, y un marcado rigor punitivo, dentro de otras características que dan vida a esta polémica forma de entender el ejercicio de la fuerza estatal. En ese contexto se efectúa una síntesis de diversas posturas, tanto a favor como en contra, de esta forma de entender el derecho penal, con especial énfasis en la recepción favorable que ha tenido la misma en nuestro país.

2.2. Marco histórico

El contraste aparente entre funciones manifiestas y latentes, el cual constituye el núcleo del Derecho penal simbólico, se basa en un presupuesto histórico que vale la pena tomar en consideración. Este presupuesto es, como estamos mencionado, la orientación a las consecuencias del Derecho penal en la teoría y en la práctica: Sólo el que se compromete con un Derecho penal orientado a las consecuencias y quiere y puede medir sus efectos tiene acceso al concepto de Derecho penal simbólico; para un Derecho penal internamente orientado el carácter simbólico del Derecho penal no constituye tema alguno. Esta perspectiva permite entender mejor el surgimiento y desarrollo del Derecho penal simbólico y al propio tiempo situarlo en su contexto político criminal más amplio. El Derecho penal simbólico aparece bajo esta perspectiva como una crisis del Derecho penal orientado a las consecuencias.

La orientación a las consecuencias varía y acentúa el problema de legitimación del Derecho penal. En tanto que una regulación orientada hacia el interior sólo debe demostrar, a efectos de justificación, su sometimiento a la jerarquía normativa (Constitución, Leyes), las disposiciones orientadas al exterior -tanto en su promulgación como en su ejecución, y estas no sólo deben ser correctas, sino que también deben eficaces, tanto en la consecución de un objetivo (resocialización, reintegración), o en la de todos (prevención general, control de la criminalidad).

La prevención es un concepto admisible sólo si es eficaz.^[34] Sólo con una concreción histórica de esta relación bastante trivial pueden verse los problemas

políticos de un Derecho penal orientado a las consecuencias y del Derecho penal simbólico, esto es, cuando uno se pregunta qué es verdaderamente una prevención «eficaz».

Esta pregunta tiene consigo una respuesta difícil. Las condiciones para una prevención efectiva (y con ello los presupuestos de justificación de una regulación penal) son complejas, son históricamente variables y actualmente son difusas.

En nuestra realidad se viene desarrollando lo que algunos autores como Hassemer, Silva, Zafaroni, Hurtado, Alcócer, entre otros vienen denominando un “moderno derecho penal”^[1], lo que significa, aquel derecho penal que en el ámbito de pensamiento como en su actuar práctico, a criterio del profesor Hassemer presenta las siguientes características:

- Prescinde de los conceptos metafísicos y prescribe una metodología empírica;
- Se basa en una metodología empírica orientada a las consecuencias; es más favorable, por tanto, una concepción teórica preventiva que retributiva;
- Intenta vincular al legislador penal y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Quiere decir que el moderno derecho penal en su esencia, en reiteradas veces resulta ser más penalizador que despenalizador, se podría decir que se identifica porque en este derecho penal, existen una infinidad de delitos de peligro abstracto, las normas penales en blanco,⁶ se tutela una extensa protección a bienes jurídicos de carácter colectivo; que en la concepción supra individualista del bien jurídico, los valores colectivos supeditan cualquier otro, situación que se traduce en un debilitamiento respecto de los principios y garantías rectores del derecho

penal clásico, legitimado a su vez, en un criterio positivo de decisiones criminalizadoras.

Este nuevo derecho penal muchas veces tan “manoseado” por múltiples intereses a la misma particularidad del derecho penal clásico o garantista, sin embargo, este derecho penal, tiene una favorable aceptación social, sobre todo de los políticos y los medios de comunicación- que busca la prevalencia del principio de intervención mínima o ultima ratio.

2.3. El Derecho penal garantista y el Derecho penal como ultima ratio.

Es común afirmar, cuando se examinan los límites al poder punitivo del Estado, que uno de los principios más importantes es el de ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

En este mismo orden, son preferibles aquellas sanciones penales menos graves si se alcanza el mismo fin intimidatorio. Es decir, estamos frente a un principio que se construye sobre bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal deberá intervenir sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general.

Los fundamentos utilitaristas del principio que se examina los podemos hallar en el movimiento de la Ilustración del siglo XVIII, a través del cual comienzan a sentarse las bases de un derecho penal de corte garantista.

Es así, que la Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala en su Art. 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...”

Es que la necesidad de la pena y la racionalidad de ésta se consideraban pilares esenciales para limitar la discrecionalidad con que el Antiguo Régimen administraba la justicia penal. Asimismo, disposiciones como la recién citada constituyen la materialización del espíritu de la época, pues las ideas expuestas por, entre otros, Beccaria, el “revolucionario” Jean Paul Marat O Bentham, transitaban en esa dirección. Por cierto, las dificultades no se presentan a la hora de comprender teóricamente el alcance de este principio, por el contrario, en la doctrina es pacífico fijar su alcance en los términos expuestos. Empero, los problemas sí se manifiestan cuando el objetivo perseguido es darle un contenido material, que nos permita valorarlo como un criterio orientador que legitime al Derecho penal.

Para comprender el alcance, en su actual dimensión, del principio de última ratio como expresión del principio de estricta necesidad, debemos situarlo dentro del contexto de un Estado democrático de Derecho. Y es que conociendo la actual estructura de nuestro modelo de Estado nos permitirá precisar cuáles son los presupuestos para la fundamentación del Derecho penal.

A este respecto, debe tenerse en consideración que si lo que se pretende es legitimar al Derecho penal a través de principios como el que se examina, la cuestión a resolver es por qué el Estado debe limitar su intervención punitiva. Dicho, en otros términos, por qué la legitimidad del Derecho penal debe pasar por renunciar, en algunos casos, a la pena o disminuir ésta.

No cabe duda de que principios como el de última ratio tienen un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador.

De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas que dentro del sistema jurídico penal se adopten.

Apreciado en los términos expuestos, el principio tendría un grado de laxitud, que podría afectar su carácter limitador del ius puniendi. Sin embargo, su concreción puede “aunque no exclusivamente” como se indicó supra, en los presupuestos axiológicos que conforman un Estado social y democrático de Derecho y que se desprenden de la Constitución. De ahí pues, el papel fundamental, como veremos, que le corresponde al Tribunal Constitucional.

Como señalan Maurach y Zipf: “*iure est civiliter utendum*, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho penal debería ser una verdadera ultima ratio, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador. La norma penal constituye en cierto modo la última ratio en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo

el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y medurado de este medio”

Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de última ratio el Derecho penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final, precisamente, una de las principales críticas que algunos formulan al llamado Derecho penal moderno es su carácter de prima ratio. Es decir, en el Derecho penal propio de las “modernas sociedades de riesgo” se observa una tendencia expansiva “huida al Derecho penal” recurriéndose de forma excesiva a los bienes jurídicos supraindividuales y a la técnica de los delitos de peligro abstracto.

El Derecho penal interfiere en ámbitos donde no se aprecia una víctima o ésta surge de manera lejana, adquiriendo así un carácter meramente simbólico.

Por otro lado, como certeramente afirma Pritwitz, tampoco es suficiente para limitar el recurso del Derecho penal la sola exigencia de un Estado de Derecho. Sostiene el autor que un Estado liberal, donde la proposición *in dubio pro libértate* tiene un sentido, surge la pregunta de quién asume los costos de una política criminal restrictiva. O en un Estado social, en donde se exige más ayuda que represión, qué límite disponer si la ayuda que se requiere debe provenir del Derecho penal. Es más, para Pritwitz de la democracia no se pueden desprender presupuestos para un Derecho penal reducido.

La cuestión por dilucidar es cómo conciliar una adecuada relación entre criminalización primaria “formación de leyes penales” y criminalización secundaria “aplicación de las leyes penales” de manera que una excesiva

criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia “teoría de la espada desafilada.

2.4. El Derecho penal del Enemigo

La Política Criminal de los últimos años en los modernos Estados de Occidente, puede describirse como un fenómeno de cambio de orientación en la forma de concebir y aplicar el Derecho Penal. Por ello, en la actualidad somos testigos del efecto expansivo del Derecho penal que se manifiesta en una vorágine de intervencionismo estatal sustentada en una creciente flexibilización de los principios, antes rígidos, del Derecho penal clásico.

Sin embargo, hoy por hoy se pone en duda la legitimidad de una política criminal que introduce “más Derecho penal” anulando o suspendiendo la tutela de los principios “justificándose” en criterios de utilidad, eficiencia y excepcionalidad. A la aplicación de esta forma de ejercer el poder penal se le ha llamado “Derecho penal del enemigo”

El análisis de este concepto, el cuestionamiento al que ha sido sometido por un grueso sector de la doctrina, lo nada anecdótico de sus manifestaciones en la política penal de diversos países y del nuestro, y la demostración de su inviabilidad desde una perspectiva económica; constituyen el objeto de este acápite. Al hablar del “Derecho penal del enemigo” se hace referencia a una singular forma de manifestación de poder estatal de reelaboración dogmática reciente, así como de conocida raigambre filosófica y política.

Ensayando una definición, puedo decir que se trata del soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el

establecimiento de fenómenos sociales –digamos, graves- como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc.

Claramente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad. De igual manera, se habla de la aparición de un sustento doctrinal que nos muestra la presencia de un Derecho penal de doble dirección: con garantías para las personas y sin garantías para las no-personas. Siendo más explícito, Jakobs, principal ponente de esta tendencia que lleva a cabo una elaboración que dota de contenido al Derecho penal del enemigo, distinguiéndolo del Derecho penal del ciudadano. Para el mencionado jurista alemán, aquel que, por principio, o de manera permanente o sostenida, se comporta de modo desviado, en contra del ordenamiento jurídico, no ofrece garantía de conducirse como persona. Por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo.

Con esto se quiere decir que en la sociedad actual el delito no surge como “el fin o apocalipsis de la comunidad”, sino tan sólo como alteración de ésta, cuyo orden resulta subsanable. Por esta razón es que el Estado moderno ve al autor de un delito no como un enemigo a destruir sino como ciudadano que ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico (o dañado la vigencia de la norma en la concepción de Jakobs). Hasta aquí todo va bien, siempre y cuando el autor ofrezca, a pesar de su hecho disvalioso, garantías de que se comportará como ciudadano que actúa fielmente en relación con el ordenamiento jurídico. El punto de inflexión radica en aquellos individuos que no ofrecen las garantías

mencionadas por su abierto y quizás permanente enfrentamiento contra el orden existente.

Así como la vigencia de la norma no puede mantenerse de forma completamente contra fáctica, ocurre exactamente lo mismo con la condición de persona que se atribuye al individuo en una comunidad. En este, sentido, si se pretende que la norma determine la configuración de una sociedad, el comportamiento de acuerdo con ella debe ser realmente esperable. Las personas deben partir de que los demás integrantes de esa comunidad se conducirán de acuerdo con dicha norma, no infringiéndola. Por ello, no alcanza con saber que tengo el derecho de atravesar a pie cierto barrio de la ciudad sin ser atacado.

La certeza en este derecho no me hará cruzarlo si no tengo una seria necesidad de hacerlo. Porque además del derecho es necesaria una seguridad cognitiva, esto es, una razonable expectativa de que ese derecho será respetado y no se convertirá en una promesa vacía. Dicho de otro modo, tomando el ejemplo propuesto por Marín Fraga “cierto es que todos los ciudadanos tienen el derecho a recorrer a pie el denominado barrio de Fuerte Apache, pero, aunque este derecho es por todos conocido y a nadie se le ocurriría ponerlo en cuestión, del mismo modo ningún sujeto irá allí de paseo sin una imperiosa necesidad de hacerlo. La expectativa de salir ileso es más bien poco esperable y las garantías de que nuestro paseo no sea alterado se esfuman. Este mismo razonamiento se emplea en la elaboración doctrinal del Derecho penal del enemigo, respecto a la personalidad del autor de un delito, a su condición de persona. Es decir, que su tratamiento como persona no se erige por sí mismo, sino que se trata de una expectativa normativa que debe ser corroborada de manera cognitiva, en el mundo real.

Cuando la expectativa de un comportamiento fiel al Derecho es defraudada de modo permanente, la disposición a tratar al delincuente como persona disminuye sensiblemente.

Las medidas de seguridad constituyen un buen ejemplo, aunque en Derecho penal hay más muestras de ello.

De esta forma es como el legislador actual tiende a confeccionar cuerpos normativos denominados de lucha; ello ocurre en materia de terrorismo, criminalidad organizada, tráfico ilegal de drogas o delitos sexuales, por ejemplo. Así es como se pretende combatir a ciertos individuos que se han apartado de forma, probablemente duradera, del ordenamiento jurídico. Este grupo de sujetos no prestaría la garantía material mínima necesaria para su tratamiento como persona". Por los motivos expuestos, a decir de quienes fundan la aplicación de este Derecho de enemigos, el tratamiento como persona que se brinda al delincuente tradicional, se torna dificultoso cuando el autor actúa movido por una tendencia o bien es que se encuentra dentro del esqueleto de una organización enfrentada con el Derecho.

En estos últimos casos surge la necesidad de reacción frente al peligro que emana de su conducta reiteradamente contraria a Derecho.

Todo lo cual conduce a proporcionar en estos supuestos un tratamiento no como persona, sino como individuo peligroso; de lo contrario se impone al Estado una atadura que resulta inadecuada.

Además, conforme a esta concepción, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado. En buena

cuenta, se trata de un Derecho penal donde los derechos de todo ser humano se ven reducidos y hasta acortados por criterios de intervención estatal de necesidad y eficacia. Resulta de obligatorio abordaje lo dicho por Jakobs en una reciente contribución, en el que reafirma lo dicho anteriormente, es decir, que hay que distinguir: Derecho penal del ciudadano (que se aplica a quienes no organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales la pena busca la contradicción de un hecho para asegurar la vigencia normativa) del Derecho penal del enemigo (que se aplica a quienes organizan su vida en torno al delito, respecto de los cuales lo importante es la eliminación de un peligro). En efecto, este autor reconoce que, para ciertas concepciones, en principio, todo delincuente es un enemigo; sin embargo, que ese no es el concepto de enemigo con el cual se manejará puesto que de otra manera no podría hablarse de un Derecho penal del ciudadano. Así enemigo será quien vive del delito, para el delito y por el delito. En palabras del profesor de la Universidad de Bönn:

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro. Los correspondientes tipos ideales prácticamente nunca aparecerán en una configuración pura. Ambos tipos pueden ser legítimos. 2. En el Derecho natural de argumentación contractual estricta, en realidad todo delincuente es un enemigo (Rosseau, Fichte). Para mantener un destinatario para expectativas normativas, sin embargo, es preferible mantener el status de ciudadano para aquellos que no se desvían por principio. 3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino

debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”.

Jakobs sostiene, además, que el “Derecho penal del enemigo” se caracteriza, en primer lugar, por un “amplio adelantamiento de la punibilidad”, es decir, por la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: hecho cometido) del Derecho penal. En segundo lugar, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal “normal”. En tercer lugar, por la supresión de determinadas garantías procesales individuales. Añade el jurista alemán lo siguiente: “Con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más duras, limitando las garantías procesales, el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos. El enemigo es un individuo que no sólo de manera incidental, en su comportamiento (delitos sexuales; ya el antiguo delincuente habitual ‘peligroso’ según el Código alemán) o en su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada y también, especialmente, tráfico de drogas) o principalmente a través de su vinculación a una organización (Terrorismo, delincuencia organizada, nuevamente tráfico ilícito de drogas o el ya antiguo ‘complot de asesinato’), es decir, en cualquier caso, de una forma presuntamente duradera, ha abandonado el derecho y, por tanto, no

garantiza el mínimo cognitivo de seguridad del comportamiento personal y muestra este déficit a través de su comportamiento”

En consecuencia, el pensamiento Jakobsiano demuestra una racionalización extrema de su teoría de la prevención general positiva. En efecto, Jakobs, siguiendo a Niklas Luhmann, cree que la pena refuerza la confianza en el sistema penal en particular y en el sistema social en general. En este contexto, las normas son expectativas de comportamientos esperados por la comunidad en virtud de que su cumplimiento estabiliza lo social. El delito desestabiliza el orden de las cosas y por ello surge para contradecirlo la pena.

En el plano dogmático Schünemann se ha pronunciado críticamente frente a la formulación de un Derecho penal del enemigo, considerándola incorrecta ya desde el plano analítico y reprochándole ser consecuencia de aquella circularidad propia de la dogmática penal a la que califica de ausente de consecuencias. Con menos adjetivos y con mayor profundidad analítica se pronuncia Cancio Meliá, quien enmarca la actual configuración del Derecho penal del enemigo dentro del fenómeno de expansión del Derecho penal que acusara ya Silva Sánchez con suma claridad, precisando que se trata del resultado de la fusión de dos líneas de desarrollo de las legislaciones penales modernas: el Derecho penal simbólico y el resurgimiento del punitivismo.

Cancio pone de manifiesto la irracionalidad o incoherencia del llamado Derecho penal del enemigo, para a partir de ello negarle el carácter de verdadero Derecho penal: “Sólo el Derecho penal del ciudadano es Derecho penal”. Por su parte, Silva Sánchez destaca igualmente la existencia del Derecho penal del enemigo, al que, con términos gráficos, califica de Derecho penal de “tercera

velocidad”, es decir, un Derecho penal en el que coexisten la imposición de penas privativas de libertad y la flexibilización de los principios y reglas de imputación jurídico-penales.

Si bien Silva no le niega el carácter de Derecho a este Derecho penal de excepción (al que llama de tercera velocidad), señala claramente que tendría que quedar reducido “a la mínima expresión”. Podría decirse que Gracia no opinaría distinto si es que el Derecho penal del enemigo no entra en conflicto con la dignidad del ser humano, pero agrega que, en tales circunstancias, este Derecho penal no sería un Derecho penal de excepción, sino un ámbito particular del Derecho penal. Por el contrario, si estas reglas particulares desconociesen el carácter de persona responsable al delincuente, estaríamos ante reglas injustas y, por ello, habría que negarles el carácter de Derecho. Por último, en un plano esencialmente ideológico, Zaffaroni ha cuestionado los fundamentos filosóficos utilizados por Jakobs, en la medida que no responden a la contraposición entre Estado totalitario y Estado liberal. Según Zaffaroni, los partidarios del Estado absoluto niegan el derecho de resistencia a la opresión, asignándole el carácter de enemigo a quien pretende ejercerlo.

A pesar de la indudable importancia de los fundamentos filosóficos para la afirmación de un Derecho penal del enemigo, en esta contribución no pretendemos entrar en este nivel de análisis, sino que nos limitaremos a las cuestiones de la existencia y legitimidad del Derecho penal del enemigo a partir de los principios que informan al sistema jurídico peruano actual.

En cuanto a la cuestión de la existencia del Derecho penal del enemigo, consideramos necesario mostrar primeramente los rasgos esenciales de este

Derecho penal de excepción, de manera que cotejándolo con la legislación penal positiva podamos responder a la pregunta de si existe un Derecho penal del enemigo en el Derecho penal peruano.

A partir de la verificación de este dato, entraremos en el plano de la legitimidad, es decir, en la cuestión de si un Derecho penal del enemigo puede admitirse en el sistema jurídico nacional. Si bien algunos podrían cuestionar que un estudio dogmático entre en el terreno de la legitimidad, también es cierto que el dogmático no se ocupa de sistematizar acríticamente el Derecho positivo, sino que puede cuestionarlo en función de los diversos principios establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es evidente que la determinación de estos referentes implica necesariamente una toma de postura sobre los fundamentos filosóficos de la persona y el Derecho, pero en este trabajo no nos vamos a ocupar de desarrollarlos de manera detallada.

Para Silva, las reacciones estatales propias de un “Derecho penal del enemigo” se configuran dentro de lo que él denomina “Derecho penal de tercera velocidad y la discusión fundamental versa sobre su legitimidad. Agrega el jurista español que para ello habría de basarse en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia. Menciona a continuación “Pero queda en pie la cuestión conceptual de si, entonces, el Derecho penal del enemigo sigue siendo “Derecho” o es ya, por el contrario un ‘no Derecho’, una pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos ‘excluidos’”

Agrega que la justificación del Derecho Penal de la tercera velocidad - ensayada por algunos en el sentido que se trataría de un “mal menor” frente a fenómenos excepcionalmente graves que no ofrezcan peligro de contaminar

al Derecho Penal “de la normalidad” - obliga a una revisión permanente e intensa de la concurrencia de los presupuestos de regulación de esa índole.

2.4.1. El populismo o expansionismo del derecho penal

Es real el diagnóstico que en los últimos años ha realizado la doctrina respecto a la tarea legislativa y la aplicación judicial, encontrando en ellas una tendencia a ampliar o expandir los tipos delictivos, principalmente en lo que concierne al Derecho penal económico y del medioambiente; retornando al ordenamiento jurídico penal las figuras contravencionales además de los delitos, que para Naucke a su vez ejemplifica, tal como están configuradas en Alemania, otra arista del fenómeno: la relajación de garantías Político criminales, procesales y de imputación; ^lasí como el recrudecimiento de los marcos punitivos y el recurso al Derecho penal como generador de directrices sociales.

A este fenómeno se le denomina la expansión o populismo del Derecho penal, y tiene un innegable carácter global. Frente a la actual tendencia lo primero que ha de determinarse es su alcance. Con ello se alude a las dimensiones sobre las cuales ha de moverse. En ese sentido, señala Gracia que la modernización del Derecho penal supone una reforma cuantitativa o formal distinguida por la inclusión de nuevos tipos como consecuencia de una escisión material con el derecho penal decimonónico, al enfocarse ésta en la lucha por la apropiación del discurso sobre la criminalidad que en manos de la burguesía liberal había permanecido por fuera del ordenamiento jurídico penal.

Lo anterior se hace con el fundamento metodológico del concepto de modernidad entendida como ruptura. Así, para el autor el proceso de

modernización no supondría una dimensión cualitativa ya que si lo que distingue al Derecho penal liberal es la lucha por el discurso burgués y no el ámbito de las garantías, éstas jamás se verían puestas en peligro. Por el contrario, éste sugiere que la modernización implica la vigencia de cada una de las garantías del Estado de Derecho.

Sin desatender el hecho que la criminalidad de los poderosos haga parte del proceso de expansión del Derecho penal, el presente texto se adscribe a la opinión mayoritaria encabezada en nuestra literatura por Silva, al concebir la modernización como un fenómeno también cualitativo. En efecto, señala el catedrático de Pompeu-Fabra que precisamente en lo que atañe a la macro criminalidad y la delincuencia de los powerfull, “ya proliferan voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos, las ‘reglas del juego’”.

Dentro de esa “modificación” se ven incluidos los principios de legalidad, taxatividad, imputación individual, presunción de inocencia, e in dubio pro- reo. Es decir, se trata de garantías Político-criminales, de imputación, y procesales, que pueden ser identificadas con el Estado formal de Derecho, el Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho, dentro de sus visiones respectivas.^[41] Más aún, si la expansión del Derecho penal supone la irrupción en él de la modernidad como concepto, y si se incluyen en dicho fenómeno nuevos centros doctrinarios de discusión como el llamado Derecho penal del Enemigo.

2.4.2. El endurecimiento del derecho penal

Endurecer la persecución penal contra los habituales, los reincidentes y contra los delincuentes de poca monta alza bien con un Derecho penal altamente

selectivo y francamente reaccionario. No en vano, el término “peligrosidad social” tuvo una connotación importante en la época del nacionalsocialismo, siendo que, en 1934, como bien refiere Muñoz Conde, se introdujo en el Código Penal alemán una medida de reclusión indeterminada en centros de trabajo para delincuentes habituales, la misma que permitió el ingreso de más de 17,000 personas en campos de concentración, de los que nunca más volvieron a salir con vida. Según Roxin, la mayoría de los cambios del Derecho penal que tuvieron lugar en la época nacionalsocialista sirvieron sobre todo a la destrucción planificada del Estado de Derecho y a su transformación en una dictadura totalitaria que se pretendía asegurar jurídicamente.

Desde luego, este encarnizamiento del Derecho penal no es patrimonio exclusivo de regímenes autoritarios, pues no es raro que la flexibilización de las garantías y derechos fundamentales ocurra aun en las democracias más avanzadas.

El problema está en cómo se ejercerá el ius puniendi en sociedades con altos índices de corrupción y marcadas por la fragilidad institucional, el autoritarismo y la discriminación. ¿Tan difícil es ver esto? Lo razonable sería que, en sociedades como esta, los ciudadanos queden protegidos controla los excesos y abusos del poder estatal. Pero eso parece mucho pedir.

2.4.3. La inseguridad ciudadana

La inseguridad ciudadana se define como el temor a posibles agresiones, asaltos, secuestros, violaciones, de los cuales podemos ser víctimas. Hoy en día, es una de las principales características de todas las sociedades modernas, y es que vivimos en un mundo en el que la extensión de la violencia se ha desbordado en un clima generalizado de criminalidad. A continuación, presentamos la

vertiginosa transición de la delincuencia en el país y las causas que originan esta incertidumbre en la sociedad.

Entre las causas de inseguridad que se detectan, está el desempleo que vive una gran cantidad de personas; las personas que atentan contra los bienes y la integridad física de los ciudadanos lo hacen, frecuentemente, por no tener un empleo estable que les garantice ingresos suficientes para mantener a su familia. También, se identificó a la pobreza como otra causa que puede generar agresividad y que causa, además, altos índices de delincuencia que, generalmente, se ubican en las zonas marginales de la ciudad.

La falta de educación es otra causa. La escasa (y, muchas veces, inexistente) educación de los ciudadanos genera delincuencia, agresividad y, por supuesto, inseguridad en aquellas personas que se mantienen al margen, pero que son los que sufren las consecuencias de esta situación. Asimismo, la cultura tan pobre de nuestra población genera altos índices delictivos y de agresividad contra las personas.

Puede afirmarse que, cuanta menos educación y cultura tengan las personas, más propensas a la delincuencia y al crimen serán. En conclusión, la inseguridad ciudadana puede ser superada si el Estado crea un sistema educativo que disminuya las cifras de deserción escolar que inciden en la criminalidad, y que, además, ofrezca oportunidades laborales a todos los sectores de la sociedad.

2.5.Marco conceptual

2.5.1. Populismo Penal: Son aquellas demandas sociales orientadas a exigir la toma de decisiones político-criminales de mano dura y de poco garantismo frente a la delincuencia por parte de los Organismos Públicos. Ahora

como este concepto se hace presente o cómo podemos identificarlo, es a través del siguiente ejemplo, la inseguridad ciudadana y cuáles son sus factores que la producen primero es necesario establecer que es la seguridad ciudadana y si es que alguna de nuestras normas ha recogido este concepto. La constitución en su artículo 195 trata de definir a esta y refleja claramente como la policía, conceptúa a la seguridad ciudadana como:

“El conjunto de medidas, acciones y previsiones que adopta el Estado, a través de sus organismos e instituciones, dentro del marco de la Constitución y las leyes, a fin de lograr el normal desenvolvimiento de las actividades de la población dentro de un clima de tranquilidad y paz social”. Entendido esto, podemos inferir que la seguridad ciudadana es un derecho de todo ciudadano y una obligación por parte del Estado que consiste en optar por las mejores medidas que permitan una buena convivencia. Por otra parte, sabemos que los medios de comunicación social que hoy en día, desde la TV hasta la alguna revista informativa juegan un papel trascendental en la sociedad, debido a que estos vienen a ser los encargados de informarnos acerca de lo que sucede a nuestro alrededor.”

Es tal sentido entonces los medios de comunicación moldean lo que vendría ser la opinión pública, a través de la emisión de mensajes generando en ella el debate sobre los temas más importantes y relevantes, siendo uno de ellos la criminalidad o el mundo del delito. La injerencia de los medios de comunicación que presentan en la sociedad tiene en principio un aspecto positivo, debido a que nos permite conocer que existe un problema y este debería ser atendido, con la finalidad de averiguar sus causas y cuáles serían las propuestas de solución al

problema que estos proyectan. El problema se presenta -y este es el lado negativo- cuando los medios de comunicación toman protagonismo en estos temas, dando propuestas de solución poco racionales y carentes de fundamento, es decir son “Inexactos, poco plurales y adulterados por los intereses particulares de los medios y de aquellos que los controlan” (Fuentes, 2005). Es aquí donde entra a tallar el Populismo Penal, pues, los medios de comunicación al brindar cierta clase de información que causa una relevancia negativa dentro de las masas, da como resultado, además de brindar información, un efecto colateral, esa consecuencia es atribuida al Estado que no puede ser capaz de brindar la seguridad requerida, y por tal motivo, se coacciona a los legisladores que busquen alternativas en un corto plazo, buscando que puedan crear nuevas normas legales que ayuden a disminuir esa clase de malestar.

2.5.2. Derecho Penal Simbólico: Winfried nos manifiesta que “se trata de una oposición entre «realidad» y «apariencia», entre «manifiesto» y «latente», entre lo «verdaderamente querido» y lo «otramente aplicado»; y se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. «Simbólico» se asocia con «engaño», tanto en sentido transitivo como reflexivo” (Hassemer, 1995).

Dentro de la presente investigación materia de estudio, cabe indicar que hay ciertas características que debe cumplir para que pueda llamarse Derecho Penal Simbólico. Además, otra de las características del Derecho Penal Simbólico recae en los efectos que puedan tener la generación de esta clase de normas, por ejemplo: si se exige que se incrementen las penas en los delitos de violación sexual porque hay un incremento delictivo en los últimos meses, el legislador atento a estas situaciones y con la finalidad de responder a las

demandas sociales endurece las penas, los efectos que desprenderían estas medidas legislativas no evitará de que se sigan cometiendo las violaciones, porque la comisión o no de los delitos no se debe al incremento de las penas, sino a cuestiones estructurales de la sociedad, que pueden ser socio-culturales, económicas, etc. De esta manera los efectos de estas leyes no tendrán eficacia instrumental, pero si habrá una eficacia simbólica, destinada a apaciguar la sensación de inseguridad y victimización de la sociedad.

2.5.3. Criminalidad: Según el autor Torero (2011) nos dice que se considera criminalidad como “Fenómeno social, económico, psicológico y antijurídico de origen variado que desequilibra la convivencia social, afecta los valores del hombre y la sociedad, ataca el bienestar espiritual y perturba el proceso a desarrollo integral así como deteriora la calidad de vida”. Pues es entendible que esto sea agravado cuando las juristas que integran el control del sistema penal no cumplen totalmente con las funciones que tienen.

2.5.4. Derecho Penal Garantista: Nació en el Derecho dando respuesta debido a una gran divergencia que existe entre todo lo que establecen las constituciones y además lo que se encuentra dentro de las normas superiores de los ordenamientos jurídicos, estos pues son los que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos, y lo que acontece en la realidad, en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen.

Eficacia: La eficacia, siguiendo al profesor Alvarado constituye como uno de los “principios procesales”. En efecto, se considera que éstos y aquellas directivas fundamentales que deberían ser imprescindiblemente respetadas para así poder

lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema, se ubica la “eficacia de la serie procedimental”.

Eficiencia: La eficiencia, es totalmente distinta a la eficacia, pues no hace a la esencia del proceso en sí mismo; por el contrario, está vinculada al resultado que las partes puedan obtener del proceso. Entonces se podría decir que, si se tuvo éxito en lo que se reclama se diría que el proceso que se utilizó fue “eficiente” para así poder satisfacer el interés de la persona que lo solicita y en caso no se logre una satisfacción –sin importar los motivos (ausencia de prueba; prueba contraria; o frustración del trámite)- el proceso se consideraría como no eficiente.

Endurecimiento del Derecho Penal: Construcciones jurídicas que buscan “proteger” de una manera más segura a la sociedad mediante la flexibilización o vulneración de lo que vendrían a ser los principios clásicos de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, pues no debemos olvidarnos de que, en la postura de Jakobs, el riesgo que se considera mayor es representado por la incertidumbre de las pautas y el órgano-persona encargado de determinar quién es “el enemigo”.

Garantismo procesal: El garantismo procesal vendría a ser una posición filosófica, antagónica al totalitarismo, en términos clásicos y más entendibles diríamos que propugna la jerarquía de la Constitución (Ley) por encima de la ley. Luigi Ferrajoli desarrolla en su obra Derecho y Razón, el “garantismo” como el principal rasgo funcional encargado por el Estado de Derecho, que designa no simplemente un “estado legal” o regulado por la “ley”, sino un modelo de estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado por: a) la plena

vigencia del principio de legalidad y sometimiento del poder público a normas generales, b) respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya afectación los posibilita activar la tutela judicial.

Garantismo: El garantismo viene a ser una corriente jurídica que iniciaría en el reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es necesario el reconocimiento y enunciado explícito de los derechos fundamentales acogidos en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales. Las “garantías” son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.

Inseguridad ciudadana: La inseguridad ciudadana se definiría como el temor agresiones posibles que se den, considerando entonces a los asaltos, secuestros, violaciones, de los cuales podemos ser víctimas. Hoy en día, es una de las principales características de todas las sociedades modernas, y es que vivimos en un mundo en el que la extensión de la violencia se ha desbordado en un clima generalizado de criminalidad.

La Pena: La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la “restricción de derechos del responsable” Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

Analizar una adecuada forma de crear normas penales: Nuestro ordenamiento jurídico nos explica que el Derecho Penal es de ultima ratio, o sea el Derecho Penal debe ser la última instancia de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. La intervención del Derecho penal en la vida social debe reducirse a lo mínimo posible.

Sabemos que el Derecho Penal tiene como función principal la protección de los bienes jurídicos, y trata de lograr su cometido mediante la prevención de comportamientos que puedan lesionarlos o ponerlos en peligro, este tipo de eficacia es denominada por la doctrina como instrumental, mientras que la simbólica residiría en su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales y colectivas.

Ahora, nuestro ordenamiento jurídico, en el caso del Derecho Penal, debe abarcar tres aspectos importantes en la creación de normas legales, ya que, la intervención del Estado debe ser mínima dentro de las posibles problemáticas que se puedan suscitar, estas deben ser garantistas de un estado de Derecho. A continuación, las detallamos:

2.5.4.1. Política Criminal: Disciplina con fundamento empírico que forma parte de la política jurídica del Estado, que a su vez integra su política general y que se encarga de reducir la criminalidad en un Estado determinado.

2.5.4.2. Criminalística: La criminalística es una disciplina técnico-científica, jurídica y metodológica que integra diferentes áreas del saber científico, aplicables a la investigación del delito, a fin de establecer por el análisis de los

indicios o evidencias, el móvil, las pruebas, las circunstancias y los medios empleados para su ejecución, así como la identificación del autor y autores.

2.5.4.3. Derecho Penal: Los orígenes del derecho penal se remontan a tiempos primitivos y su concepto ha ido evolucionando a través de la historia pasando por marcadas etapas en el Derecho Romano, la Edad Media y la evolución de las escuelas distintivas de esos momentos previos a su concepción actual, por lo que a lo largo de la historia el ser humano ha ido reflexionando sobre la Definición de Derecho Penal.

En la actualidad podemos definir al derecho penal desde distintas perspectivas. Desde un punto de vista formal definimos al Derecho penal como una parte del ordenamiento jurídico que está constituida por un conjunto de disposiciones legales que asocian a delitos y estados de peligrosidad criminal, como supuestos de hecho, unas penas y medidas de seguridad, como consecuencias jurídicas.

Y desde una visión material podemos decir que el Derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos fundamentales del individuo y la sociedad, funcionando como un instrumento de control que persigue el objetivo de mantener el orden social

Son precisamente los bienes jurídicos del individuo y la sociedad el componente central del derecho penal, siendo su protección la finalidad de esta área del derecho.

2.6. Hipótesis

El populismo penal permite la fundamentación social para que el legislador genere un Derecho Penal Simbólico.

OPERACIONALIZACION DE VARIABLES HIPOTESIS	VARIABLES	INDICADOR
El populismo penal permite la fundamentación social para que el legislador genere un Derecho Penal Simbólico.	EL IMPACTO POPULISMO PENAL DERECHO PENAL SIMBOLICO	CREACION DE NORMAS PARA PODER BRINDAR SANCIONES SEVERAS Y EJEMPLARES. LAS NORMAS CREADAS CON EL FIN DE SALVAGUARDAR

El Orden Jurídico

Dentro De Un Estado De Derecho.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación nos brindara una postura de reflexión respecto al Populismo Penal y el Derecho Penal Simbólico, permitiendo así tener un punto de vista más reflexivo y como los efectos de estas causas tienen repercusiones en nuestro ordenamiento jurídico.

3.1. Tipo de investigación

La presente investigación es básica.

3.2. Diseño de investigación

El diseño de la presente investigación es No experimental, ya que no se manipularon variables, debido a que la presente investigación se llevó a cabo en la realidad de una normativa ya existente.

3.3. Área de investigación

El área académica dentro de la cual se encuentra la presente tesis es Ciencia Jurídico Penales - Criminológicas, y su línea de investigación es Criminología y eficacia del derecho penal en la sociedad.

3.4. Dimensión temporal y espacial

La presente Tesis al ser dogmática, se llevó a cabo con la legislación nacional vigente al mes de junio de 2021.

3.5. Unidad de análisis, población y muestra

La presente investigación no tiene unidad de análisis, población y/o muestra, por ser una investigación dogmática y cualitativa.

3.6.Métodos

3.6.1. Dogmático jurídico

Por ser un método que trata de ir un paso más allá de la interpretación gramatical de textos, buscando una interpretación normativa que genere una adecuada valoración partiendo de axiomas o principios.

3.6.2. Técnicas de investigación

Se utilizarán las técnicas de observación documental, que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis.

3.7. Instrumentos

Para esta tesis el instrumento que se aplicará es la ficha de observación documental, precisando que es el dispositivo o formato material donde se registran los datos o informaciones recabadas.

3.8. Limitaciones de la investigación

La principal limitación que se tuvo es el acceso a documentos físicos importantes pertenecientes a bibliotecas, los cuales, hubiesen ampliado el panorama en lo que respecta a información complementaria. Además, a esto se suma que el mundo fue afectado por la pandemia a nivel mundial a causa de COVID-19. Para lo que el estado peruano determinó el confinamiento bajo cuarentenas estrictas y estado de emergencia.

CAPÍTULO IV

4.1. Nociones sobre el Populismo Penal:

¿Qué es el populismo penal? o ¿qué debemos entender por populismo penal?

De acuerdo con Eduardo Jorge Prats, la expresión populismo penal ha sido difundida por el jurista francés Denis Salas; con ella se alude a la estrategia que despliegan los actores políticos y del sistema penal cuando hay problemas de inseguridad ciudadana y que consiste en calmar el clamor popular mediante apelaciones al aumento de las penas, el endurecimiento de los castigos, la disminución de la imputabilidad penal juvenil, y una serie de leyes que posteriormente, a la hora de la implementación, no tienen un impacto real en la prevención y disminución del delito.

De esta manera, los activistas del ultrismo penal toman como principal fuente de impulso la situación actual de la sociedad, de tal manera que ingresan en ella con un discurso o un plan para “defender” o “proteger” los intereses y pretensiones de la población, y hacer frente a los diversos problemas sociales que han venido en aumento en los últimos años. Los actores políticos, como activistas y responsables de la expansión del populismo penal, tienen un interés propio al momento de dirigirse a la población sobre las acciones “adecuadas” que se deben tomar y ejecutar para combatir la delincuencia e inseguridad: poder y aceptación de la población.

Si bien es cierto, muchos actores políticos tienen las mejores intenciones de concretar acciones firmes y necesarias para combatir aquellos problemas sociales, también lo es que suelen buscar un interés propio. Por tanto, el interés social del político viene hacer el bienestar de la población, y el interés propio es el de alcanzar el poder y la aceptación del pueblo. En ese sentido, y con la finalidad

que quede clara nuestra posición sobre el interés propio de los activistas políticos, mostramos cómo es que se materializa su actuación:^[0] Al igual que el político candidato, el político gobernante está dispuesto a recibir los reclamos de la ciudadanía para lograr que su aceptación como gobernante se eleve, lo cual significaría que sus intenciones corresponden a un cálculo político que terminaría en una reelección o posible elección posterior.

4.2.El nivel de impacto del Populismo Penal:

A través del presente trabajo, hemos encontrado que, en nuestro sistema jurídico actual, muchas de las normas que han entrado en rigor es debido al impacto del Populismo Penal, y como nos damos cuenta de ello, pues ante un incremento en los índices de criminalidad, se está optando por crear normas que ayuden a disminuir estos indicadores, con la finalidad de poder brindar la paz y la tranquilidad que se requiere de una sociedad.

De esa manera, el populismo penal, que goza de la aceptación de la población frente a su rechazo a los problemas sociales, ha manifestado su desarrollo a través de las siguientes áreas:

- i. La creación de nuevos delitos El incremento de penas.
- ii. El pedido de pena de muerte.
- iii. La sanción severa a la delincuencia juvenil La militarización de las calles.
- iv. Los recortes de beneficios penitenciarios, etc.

Como veremos a continuación, cada una de estas formas de populismo penal se ha hecho presente en nuestro país, y lo más preocupante es que son consideradas como la única forma de solucionar los problemas sociales.

Así, por ejemplo existen leyes emitidas a fin de “combatir”^[0] la inseguridad ciudadana, el crimen organizado y la ciberdelincuencia, la Ley N° 30076 (publicada el 19/08/2013), N° 30077 (publicada el 20/08/2013) y N° 30096 (publicada el 22/10/2013), respectivamente, corroboran lo expuesto, pues crean nuevos delitos, incrementan las penas, recortan beneficios penitenciarios y han variado, en algunos casos, los procedimientos penales establecidos. En este caso, mostraremos cómo es que se ha desarrollado el populismo en nuestro país.

4.2.1. La creación de nuevos delitos:

Desde 1991, año en que entró en vigor nuestro Código Penal se han creado más de 100 nuevos tipos penales o agravantes, algunos de los cuales durante el pasar los años fueron derogados (como los artículos 207-A al 207-D, el artículo 296-C y D y los artículos 398-A y B) y en algún caso reubicado a otro artículo (como el artículo 394-A al artículo 376-A).

Actualmente, existen artículos incorporados y se encuentran vigentes en nuestro sistema penal como nuevos delitos o como agravantes; sin embargo, si bien es cierto algunos de ellos tuvieron un correcto análisis previo a su aprobación, también lo es que hubieron otros que fueron aprobados solo para apaciguar el pedido de la población y combatir los problemas de la sociedad por mencionar tenemos el “feminicidio” (iniciándose en el artículo 107 para luego ser reubicado en el artículo -B), “ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de ómnibus sobre chasis de camión” (artículo 279 E) o “ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión”(artículo368-A).

4.2.2. El pedido de pena de muerte:

“Soy de los que creen que hay ciertos crímenes que deben ser pagados con la vida, y creo que la violación de un niño, que ocasiona además su muerte, es un crimen tan tremendo que tiene que ser escarmentado no solamente quitándole la vida al criminal, sino mostrando a la sociedad que somos severos”.

Esta fue la respuesta del expresidente Alan García en agosto de 2010 ante la pregunta de los medios de prensa sobre su posición respecto de la pena de muerte ante la comisión de ciertos delitos.

Ante estas declaraciones hechas por el expresidente García hacia los medios de comunicación, cobra mayor fuerza el pedido de las personas que están a favor de la pena de muerte, incurriendo así en un efecto del populismo penal, que ve reflejado como actúa la sola declaración de un personaje importante dentro de nuestra actividad política nacional y las consecuencias que acarrear dichas declaraciones.

4.2.3. La delincuencia juvenil:

En ciertos lugares de nuestro país la delincuencia es cometida tanto por personas adultas como por adolescentes. Sobre esto último, suelen existir casos de adultos que usan a los menores para cometer delitos o son los mismos menores quienes por iniciativa propia lo hacen.

El caso más mediático de los últimos años es el referido a un sicario adolescente, quien desde los 12 años fue introducido al mundo delincencial y convirtiéndose en uno de los sicarios más jóvenes del país.

La información de este caso se emitía diariamente a través de los diversos medios de comunicación, así como la opinión y/o posición de diversas figuras

políticas. El debate se centró en lo siguiente: a) la reducción de la edad para que los adolescentes que cometen delitos graves sean sancionados como adultos, b) la publicación de la identidad de los adolescentes que han cometido un delito grave en los medios de comunicación; y c) la reclusión de los adolescentes delincuentes en centro penitenciarios y no en centros de rehabilitación.

Al respecto, se presentaron diversos Proyectos de Ley a fin de modificar nuestra legislación sobre los puntos de debate a) y b) señalados; sin embargo, no tuvieron la aprobación esperada. Para reforzar aquel acuerdo, el pasado 24 de setiembre, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, a través de la Res. Adm. N° 145-2013-CE- PJ, dispuso que la Gerencia de Centros Juveniles de la Gerencia General se encargue del traslado de aquellos adolescentes que cumplen con los requisitos establecidos en el Convenio suscrito entre el Poder Judicial y el INPE, es decir, el traslado de los jóvenes delincuentes que hayan alcanzado la mayoría de edad.^[0] Asimismo, encargó a la Gerencia de Centros Juveniles de la Gerencia General que en un plazo no mayor de 30 días naturales elabore un proyecto de Reglamento que establezca medidas específicas respecto al traslado de los infractores de la ley penal.

Sobre todo, lo señalado, debemos precisar que todas estas medidas surgieron como consecuencia de un caso con amplio tratamiento mediático que generó la atención de la población.

4.2.4. La militarización de las calles:

En mayo del año 2015, la Comisión de Seguridad Ciudadana del Congreso solicitó al Poder Ejecutivo declare en emergencia y vigile con tropas combinadas ejército policía algunos distritos de Trujillo.

Este pedido generó en aquel momento el debate sobre la posibilidad y necesidad de militarizar las calles para abordar un tema de seguridad. Lo cierto es que pretender que los militares ingresen a las calles para controlar el tema de seguridad no solo significaría vulnerar lo establecido en nuestra Constitución (la cual establece que la labor de seguridad lo tiene la Policía Nacional del Perú), sino que además implicaría que el Poder Ejecutivo a través del Ministerio del Interior no tiene la forma de cómo hacer frente a este mal.

Asimismo, pretender la militarización de las calles implicaría generar miedo a la sociedad como una forma de disuasión para que los delincuentes no cometan más delito; sin embargo, lo cierto es que las autoridades deben impulsar diversas formas de solución que permitan una mejor forma para combatir ese flagelo, y no recurrir a las medidas extremas.

4.2.5. Los recortes de beneficios penitenciarios:

Nosotros estamos convencidos que todo acto contrario a Ley debe ser sancionado, pero también estamos convencidos que reducir los beneficios penitenciarios provoca: a) el incremento de hacinamiento en las cárceles del país, y b) la formación de nuevas maneras de delinquir dentro de las cárceles.

Así, tenemos que cada vez que se modifica el beneficio de la redención, la semilibertad o la liberación condicional es para aumentar el catálogo de tipos penales dentro de las restricciones o improcedencias de aplicación de tales beneficios.

Sobre este punto, cabe señalar que estas modificaciones, que corresponden a una idea (errónea) para combatir la delincuencia, solo lograrán aquellos supuestos señalados en párrafos precedentes. En diversas esferas en las que se ha

identificado la existencia del populismo penal, suele afirmarse que son los actores políticos los que lo impulsan y extienden para calmar el clamor popular frente a la situación actual en que se encuentra la sociedad, pero ¿cuál es la fuente o base que toman estos actores para generar sus discursos populistas?. La respuesta se encuentra en dos factores: La cada vez más creciente delincuencia y por ende inseguridad ciudadana, así como la repercusión que estos tienen en los medios de comunicación.

Los medios de comunicación tienen un rol importante en la sociedad, pues informan de lo que acontece, pero dependerá del correcto o no tratamiento que le den a la noticia para medir no solo el impacto de este sino el efecto que produce. En efecto, si se quiere evitar que los principales impulsores de este fenómeno tengan algún beneficio personal, los medios de comunicación deben dar el tratamiento adecuado a la información que emiten para evitar que el impacto hacia la población sea el de preocupación e indignación.

Con todo lo mencionado, debemos precisar que estamos en contra de cualquier acción que pueda limitar su labor de información y que, por el contrario, deben tener plena libertad de emitir toda de información, midiendo siempre el impacto que ésta genere en los ciudadanos.

4.3. Populismo Penal vs. Derecho Penal como última ratio:

Aquel control social, como lo señala Villa citando a MIR PUIG, se encuentra formalizado por el derecho penal. Es un derecho de advertencia y condiciones de castigo, pues su catálogo de delito y penas tiene ese carácter: avisa al ciudadano qué comportamientos no se toleran pues se reputan atentatorios para la

indemnidad de los bienes jurídicos que la comunidad estima en grado de sumo y de la norma que los tutela.

Si bien, como hemos señalado, el derecho penal es un instrumento del control social, es importante resaltar que aquel debe ser la última herramienta al que la sociedad recurra para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales.

Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso.

El principio de última ratio tiene un indudable basamento de carácter político, pues, en definitiva, la decisión de intervenir constituye una determinación del legislador.

De tal manera, que aquéllos sirven de orientación para las medidas dentro del sistema jurídico penal que se adopten.

Sin embargo, resulta que, tal como se viene manejando la política criminal en nuestro país (o mejor dicho la política criminal populista), el populismo penal va en contra del derecho penal como última ratio, dado que las autoridades no evalúan si en efecto le corresponde crear un nuevo tipo penal o aumentar la penal a ciertos delitos.

En otras palabras, lo que el Estado viene haciendo es colocar al populismo penal como ultima ratio. Asimismo, tal como lo señala García, el derecho penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o el conflicto social no pueda resolverse con otros sistemas de control extrapenales, pues el derecho penal no es un instrumento de control más.

4.4. Análisis dogmático del populismo penal y la inseguridad ciudadana:

El aumento de la inseguridad afecta a la ciudadanía de forma íntima. La sensación de desprotección y posible victimización transforma a ciudadanos sin distinción de clase, género y edad en buscadores de seguridad, en muchos casos a cualquier costo.

En prácticamente todos los países de la región encontramos varias paradojas respecto a este tema.

En primer lugar, la ciudadanía reconoce las profundas raíces sociales de la delincuencia y la necesidad de enfrentarlas con políticas sociales sólidas sin embargo en el momento de esperar respuestas públicas, se esperan medidas de control.

Algo absurdo sería que se reconoce la importancia de la participación de la comunidad en mecanismos de prevención a nivel local para enfrentar efectivamente la delincuencia, pero la carencia de capacidades existente en los gobiernos locales como los niveles de involucramiento ciudadano en estos esquemas han reducido sustancialmente. En tercer lugar, los niveles de desconfianza en las instituciones policiales y la justicia son muy altos en la región, pero la ciudadanía se mantiene exigiendo por mayor presencia policial y castigos más fuertes. Así se presenta un claro divorcio entre lo racional y aquellas actitudes y acciones desarrolladas desde la impulsividad. Admitir el dominio de las actitudes basadas en la sensibilidad y las emociones es un paso fundamental para entender el camino desarrollado en el diseño e implementación de políticas de seguridad pública.

Pero no es el único, ya que sin ubicarlo en el centro de la agenda política electoral se estaría perdiendo un eje medular de análisis. Así, no sólo las iniciativas de seguridad esperadas por la ciudadanía se basan en emociones, sino que adicionalmente la arquitectura institucional estatal en el tema es precaria. La carencia de procesos de profesionalización en la temática no ha permitido consolidar áreas de experticia en el Estado que permitan sustentar iniciativas de política, que, tal vez no apoyadas inicialmente por la población, son importantes para enfrentar los factores vinculados con el incremento de la violencia y la delincuencia en un determinado momento histórico.

Esta situación no es exclusiva del Perú ni América Latina, sino que se observa en los diversos países que han atravesado por fuertes incrementos de la criminalidad. De la misma manera se desarrolla el populismo penal, en otras palabras, el empleo del castigo y el endurecimiento discursivo de la política pública para enfrentar la inseguridad. Sin duda la consolidación democrática ha dejado aún múltiples espacios que requieren ser abordados para mejorar la calidad de las políticas que se desarrollan en este tema. Se podría afirmar que, en el contexto regional, la política de seguridad se apoya principalmente en las tareas de control y prevención que pueda realizar la policía -a pesar de sus limitaciones operativas e institucionales.

Para lo cual se ha incrementado sustancialmente el presupuesto, las dotaciones y las atribuciones legales de las instituciones policiales con la finalidad de mejorar la calidad de la vigilancia, la presencia policial y el combate al delito. Han incrementado las penas y castigos en diversos tipos de delitos lo que ha

traído de la mano una explosión de la población penitenciaria, que ha derivado en una crisis en este ámbito. Desde el plano de la disuasión general surge la pregunta acerca del impacto de la punitividad como mecanismo fundamental para el control del delito, que sigue rondando en la discusión de expertos, operadores y tomadores de decisión vinculados al sector seguridad pública y al sistema de justicia penal. En este sentido, de acuerdo con diversos expertos reseñados en este trabajo, no existe evidencia suficiente para sostener que el incremento del castigo tiene incidencia en la reducción de la criminalidad. La discusión sobre este punto genera las principales críticas al énfasis punitivo, lo que abre espacios para analizar y reflexionar -a base de evidencia- cuales son las alternativas posibles de aplicar en un contexto democrático, que a su vez permita velar por los bienes jurídicos protegidos como también otorgue garantías a quienes han infringido la ley.

Así mismo, el incremento indiscriminado de presencia policial no es el remedio. De hecho, en un continente donde se observan las serias deficiencias institucionales centradas en limitadas capacidades de entrenamiento, niveles altos de corrupción y uso de la fuerza por parte de los funcionarios policiales, cuesta sostener la tendencia de incremento presupuestario para las policías. En este sentido, es necesario enfatizar en la necesidad de fortalecer instituciones profesionales, democráticas y responsables analizando si esto implica necesariamente incrementar la dotación. Sin duda, las decisiones de política pública no pueden estar basadas completamente en la intuición del responsable del sector, ni en el exclusivo accionar judicial y policial.

Es por ello por lo que nace la necesidad de desarrollar mecanismos orientados a la obtención de información y conocimiento sobre la violencia y criminalidad, siendo en este ámbito la evaluación de las políticas y programas un tema clave por dos aspectos: el impacto de las medidas y la transparencia en la gestión de las políticas de seguridad.

Pero ¿los cambios institucionales son suficientes para modificar la respuesta ciudadana? Tal parece que la experiencia internacional nos da a conocer que el proceso de transformación frente a las oleadas de inseguridad y temor que manifiesta la población es de largo plazo.

Sin embargo, este debe ir de la mano de una cobertura de prensa de mejor condición, que no solo de espectacularización de los hechos, sino que también informe adecuadamente a la ciudadanía sobre el funcionamiento del sistema de justicia y las políticas. De esta manera se podría apoyar procesos educativos que limiten el uso de la violencia como mecanismo de resolución de conflictos. Estos son enormes desafíos en un continente marcado por la presencia de medios de comunicación cuyo principal sello es la cobertura de hechos policiales, así como por el incremento sustancial del uso de la violencia para mitigar cualquier tipo de problema social.

4.5. Consecuencias del Impacto del Populismo Penal:

Hoy en día, la ciudadanía se desplaza por tres caminos no excluyentes. Primero al anuncio que se da para un mayor castigo, así como también mano dura gubernamental, con la finalidad de confrontar la delincuencia, incluso dejando de lado algunos derechos fundamentales. Como segundo tenemos a emplear la seguridad privada, tanto personal como comunitaria.

Se dice que en los diferentes niveles socioeconómicos se encuentran esquemas privados de seguridad, que estos a su vez están poco regulados y en algunos casos ilegales. El tercer, y más complejo camino, adoptado en algunos países por la ciudadanía es la justicia en mano propia. Linchamientos, juicios populares y venganzas son sólo algunos hechos que tiñen las noticias de seguridad en diversos países de la región donde la desconfianza en las instituciones es casi total.

Es así, que llegamos a determinar, el Estado en su afán de poder detener los altos índices de criminalidad, se están dando normas que tienen como finalidad, ser más severas en su naturaleza, pero dando como consecuencia, que no se pueden disminuir los altos indicadores de criminalidad, pues no resultan ser eficaces. Por ese motivo, las consecuencias resultan ser negativas, al no reflejar una evolución dentro del marco normativo vigente, terminan siendo normas legales de carácter mediático.

4.6. El Derecho Penal Simbólico en nuestro Ordenamiento Jurídico:

Ahora, debido a lo antes mencionado, debemos entender que todas aquellas normas que fueron creadas con el propósito de brindar paz y tranquilidad dentro de una sociedad no surten efecto, el Derecho Penal Simbólico tiene como característica ésta ineficacia de la norma Penal, ya que, la solución ante esta clase de situaciones no es crear normas con mayores sanciones o buscar reducir los beneficios penitenciarios, ya se ha demostrado que no tienen la asertividad requerida, al contrario, sus resultados son desalentadores, viendo así el reflejo de una sociedad que reclama a gritos nuevas normas que permitan dar sanciones ejemplares, empero, acaso no se han dado cuenta de los

resultados?, el Derecho Penal Simbólico es una muestra clara de lo que NO debemos hacer, el marco normativo en el cual nos regimos tiene una finalidad, es brindar la seguridad jurídica requerida dentro de nuestra sociedad, es por ello que debemos evitar a toda costa que el Populismo Penal a través del Derecho Penal Simbólico resulte un medio por el cual se creen normas para poder salir del paso, cuando en realidad lo que se necesita es una norma íntegra que nos permita entender porque el Derecho Penal se le considera de Ultima Ratio.

CONCLUSIONES

1. Nuestro ordenamiento jurídico, en la innovación de normas del ámbito penal, tiene por finalidad brindar una concepción garantista del derecho penal, acorde al paradigma constitucional de un Estado de Derecho, pero contrario a ello, existe una propagación del poder punitivo del Estado, ya que dentro de la ley penal se han incluido figuras que responden a un derecho penal simbólico.
2. Para la dogmática jurídico penal, es necesaria la prohibición de una conducta cuando lesione o ponga en peligro un bien jurídico. Si esta condición se cumple, corresponderá medir el grado de afectación al bien jurídico, para determinar si la punición es efectiva a través de la ley penal o puede ser solucionada por otra vía distinta.
3. Los tipos penales que responden a un enfoque de derecho penal simbólico formalmente están estructurados como conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles, pero ya en el análisis material del tipo penal no se configuran como conductas penalmente relevantes porque no lesionan ni ponen en peligro ningún bien jurídico; al contrario, esta legislación simbólica es inventada por los medios de comunicación o por grupos políticos, ideológicos, o religiosos que pretenden generar en la sociedad un falso sentimiento de seguridad.

4. Es por este motivo, que, la función mas importante del bien jurídico es dirigir el sistema penal, pues marca los límites de la potestad punitiva del Estado; en el sentido de que, la única restricción previamente dada para que el legislador unifique una conducta, se encuentra en verificar si esta lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, por tanto, este concepto se vuelve vinculante en un Estado de Derecho basado en la libertad de la persona.

RECOMENDACIONES

Ante las falencias que representa El Populismo Penal y el Derecho Penal Simbólico, proponemos las siguientes recomendaciones:

1. Que se investigue bajo que modalidad se puede evitar la creación de este tipo de normas que fueron influenciadas tanto por el Populismo Penal y el Derecho Penal Simbólico.
2. Para futuras investigaciones sobre el tema en mención, se pueda proponer un proyecto de ley donde haga énfasis en los aspectos negativos de crear normas bajo el Populismo Penal o el Derecho Penal Simbólico.

REFERENCIAS

Hassemer, W. (1995). Derecho Penal Simbólico Y Protección De Bienes Jurídicos.

Obtenido De Derecho Penal Simbólico Y Protección De Bienes Jurídicos:

https://Perso.Unifr.Ch/Derechopenal/Assets/Files/Obrasportales/Op_20130708_01.Pdf

Torero, M. A. (2011). La Criminología Y La Escena Del Crimen. Obtenido De LA Criminología Y La Escena Del Crimen:

https://Derecho.Usmp.Edu.Pe/Centro_Estudios_Criminologia/Revista/Articulos_R_Evista/2011/CRIMINOLOGIA.Pdf