

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PROPUESTAS DE IMPLEMENTACIÓN
DE LA PENNA DE MUERTE EN EL SISTEMA PENAL PERUANO**

PERCY GARCÍA CAVERO

Sumario: **I.** Introducción. **II.** El argumento de la permanencia histórica de la pena de muerte. **III.** La pena de muerte como retribución justa del delito. **IV.** El argumento del estado de necesidad. **1.** El argumento. **2.** La posición de la Iglesia Católica. **3.** El test de proporcionalidad. **V.** El aumento de la eficacia preventiva de la pena de muerte. **VI.** La satisfacción de las víctimas. **VII.** La responsabilidad internacional del Estado peruano. **VIII.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La pena de muerte es uno de esos temas que cada cierto tiempo se pone sobre el tapete de la discusión pública y que muchas veces, pasada la euforia del momento, se enfrían hasta que algún hecho noticioso o declaración de intención política los vuelve a reanimar. En mi experiencia personal recuerdo diversos momentos en los que se ha discutido públicamente la posibilidad de implantar esta pena para ciertos delitos graves. Por ejemplo, cuando se capturó a Abimael Guzmán se debatió seriamente sobre si debía contemplarse la pena de muerte para los terroristas, abriendo la Constitución de 1993 esta posibilidad al menos formalmente, pues la legislación antiterrorista no ha establecido dicha pena capital para forma alguna de terrorismo.

Las promesas electorales del actual Presidente del Perú, así como su afán por demostrar su intención de cumplirlas, han reactivado la discusión sobre la pena de muerte en relación con una forma de criminalidad violenta especialmente reprochable: la violación de menores de edad y posterior muerte de la víctima. Hemos visto a políticos, juristas, periodistas, sociólogos, miembros de la iglesia y ciudadanos de a pie expresar su opinión sobre el tema, mezclando argumentos emotivos, efectistas, jurídicos, morales y sobrenaturales, de forma tal que parece que esta discusión no podrá resolverse por la vía del consenso.

Ante estas circunstancias, todo depende de la voluntad de los legisladores de iniciar los pasos necesarios para implantar la pena capital en el supuesto antes mencionado. Y efectivamente estos pasos se han venido dando con diversas propuestas de reforma constitucional y legal, respaldadas por exposiciones de motivos en los que se hacen diversas argumentaciones para justificar la inclusión de la pena de muerte en el sistema penal peruano. En esta oportunidad quisiera limitar mi análisis sobre la pena de muerte a los argumentos desarrollados por la propuesta de reforma del Partido Aprista (coincidente con la propuesta del Ejecutivo, por razones evidentes) y por la propuesta del grupo parlamentario de Unidad Nacional. La primera propone la introducción de la pena de muerte para los casos de violación de menores de siete años de edad seguida de muerte. La segunda es mucho más extensiva, pues propone aplicar la pena de muerte para violación de menores de nueve años y de discapacitados físicos o mentales, así como de mayores de nueve años y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima. En lo que sigue me ocuparé de someter a un análisis crítico los diversos argumentos expuestos en ambas propuestas de reforma, tratando de sistematizarlos en función de sus ideas centrales.

II. EL ARGUMENTO DE LA PERMANENCIA HISTÓRICA DE LA PENA DE MUERTE

El proyecto del grupo parlamentario de Unidad Nacional recurre primeramente a una perspectiva histórica para legitimar la pena de muerte. En este proyecto se indica que la pena capital constituye la sanción más antigua y que ha sido conocida por todas las culturas. Con ello se quiere resaltar que, pese a la fuerte corriente abolicionista impulsada sobre todo a partir de la ilustración, la pena de muerte sigue siendo admitida en la actualidad por varios países, lo que de alguna forma hablaría a favor de su legitimidad. Se señala incluso que en la actualidad existe una corriente favorable a su aplicación ante la alarmante proliferación de violaciones de niños (la propuesta de Unidad Nacional cita países como Argentina, México, Guatemala, España, Escocia).

Al argumento a favor de la pena de muerte que se ha esbozado se le conoce como el argumento de la permanencia histórica o tradicional de la pena de muerte.¹ Este argumento consiste en afirmar que la permanencia de la pena capital en la historia pone de manifiesto su carácter indiscutible. Si ha podido perdurar durante tanto tiempo se debe a que no se ha podido cuestionar su legitimidad y a que existe suficiente prueba de su utilidad. Sin embargo, este argumento solo podría ser válido si se diesen dos condiciones: en primer lugar, habría que suponer que las leyes penales que han implantado la pena de muerte han gozado siempre de legitimidad y se han sustentado en la utilidad de dicha pena; como segunda condición para validar el argumento de la permanencia histórica, y suponiendo la legitimidad de la pena de muerte en los momentos en los que se implantó, sería necesario afirmar que las circunstancias sociales actuales son esencialmente iguales a las de la antigüedad, de manera tal que el contexto social no altere las condiciones de legitimidad de la pena capital.

En cuanto a la primera condición, hay que indicar que la historia muestra innumerables ejemplos de expedición de leyes penales autoritarias que se imponen sin un consenso previo. Por ello, no debe sorprender que las leyes penales que en la época republicana implantaron en nuestro país la pena de muerte para los civiles fueron siempre decretos leyes, es decir, leyes expedidas por gobiernos de facto.² En este sentido, la permanencia de la pena de muerte en la historia solamente demuestra que dicha pena ha sido un mecanismo usado por los gobernantes de turno, pero no constituye un argumento concluyente para afirmar su legitimidad y mucho menos su utilidad.

En cuanto a la segunda condición para validar el argumento de la permanencia histórica de la pena de muerte, hay que manifestar que puede perfectamente suceder que en la actualidad no se den las condiciones para legitimar la pena de muerte que en su momento sustentaron la implementación de la pena capital. Las circunstancias históricas pueden haber variado y afectar de alguna forma las condiciones de legitimidad de la pena de muerte. Por poner un ejemplo ajeno a la pena de muerte: si bien pudo considerarse legítimo en su momento la atribución *iure et de iure* de la paternidad a los hijos nacidos dentro del matrimonio, en la actualidad esta imputación no puede mantenerse de manera absoluta, en la medida que hoy por hoy se cuenta con mecanismos certeros para determinar la paternidad. Cada momento histórico requiere un análisis de legitimidad de la pena de muerte, de manera tal que no se puede apelar simplemente a su vigencia pasada para justificarla en la actualidad.

1 Así, NEUMANN 2004: 60.

2 Cf., al respecto, HURTADO POZO, WWW.UNIFR.CH/DERECHOPENAL: 1 ss.

III. LA PENA DE MUERTE COMO RETRIBUCIÓN JUSTA DEL DELITO

El Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo acude, por otra parte, a las ideas de los representantes de la Escuela Racionalista del Derecho natural como Grocio o Puffendorf, conforme a las cuales la pena de muerte constituiría un castigo justo por el mal que se ha causado, siendo, por tanto, proporcional al delito.³ Como puede verse, esta justificación de la pena de muerte no tiene en consideración el efecto preventivo general de la pena, sino que la pena se convierte en un fin en sí misma por razones de Justicia. Siguiendo esta perspectiva, el proyecto del grupo parlamentario de Unidad Nacional señala expresamente lo siguiente: «El tema no es si la pena capital es disuasiva o no. Su imposición es el justo castigo que la sociedad impone a estos desgraciados violadores. Si más adelante es disuasiva, en buena hora». Y más adelante reitera sobre la pena de muerte que: «Es el justo castigo que la sociedad impone a monstruos depravados que actúan con alevosía y premeditación abusando de seres inocentes e indefensos».

Si bien se puede apreciar en la actual discusión doctrinal un cierto resurgimiento de posturas retribucionistas de la pena, como lo muestran los planteamientos de Michael Köhler y de Michael Pawlik en la discusión alemana, esta situación no permite aun así afirmar la legitimidad de la pena de muerte desde perspectivas retribucionistas. La posibilidad de justificar la pena de muerte desde esta perspectiva para los violadores de niños supondría, en mi opinión, partir primeramente de una premisa y, en segundo lugar, asumir una consecuencia. En cuanto a lo primero, habría que aceptar que la pena de muerte constituye una posibilidad de reacción punitiva en un Estado democrático de Derecho. En cuanto a lo segundo, habría que reconocer que la violación de niños no constituye el único delito grave como para merecer la pena de muerte.

Parece discutible que en un Estado de Derecho que reconoce en su artículo primero la protección de la persona y su dignidad humana como el fin supremo del Estado pueda aceptarse la pena de muerte como un medio de reacción legítimo para castigar los delitos más graves. En mi opinión, la institución de la dignidad de la persona como fin supremo del Estado y la sociedad obliga al reconocimiento de una dignidad ontológica que en ningún caso puede ser suprimida. Se trata de un mínimo de dignidad por debajo del cual nadie puede caer,⁴ ni siquiera un violador de niños. Por ello, no puede aceptarse desde el punto de vista constitucional la siguiente afirmación contenida en la propuesta del grupo de Unidad Nacional: «Ante estas monstruosas violaciones de pequeños indefensos nos preguntamos

3 Cf., la referencia a este argumento, NEUMANN, 2004: 54 s.

4 Cf., SPAEMANN 1989: p. 106.

¿Cómo podemos calificar de «ser humano» a los violadores de niños y adolescentes, seres degradados y pervertidos que abusan de menores para satisfacer sus bajos instintos? ¿Podemos reconocerles derechos humanos a los violadores que por su pervertido, cruel y depravado accionar pierden toda dignidad y actúan como animales salvajes?». Y en ese mismo Proyecto se indica luego lo siguiente: «Quienes atacan a niños despojándolos de su inocencia y del derecho de vivir su infancia con felicidad y tranquilidad, no pueden ser llamados seres humanos. Se convierten en monstruos, en animales predadores tras su presa [...]».

Las afirmaciones reproducidas no resultan conciliables con un Estado de Derecho que construye el orden constitucional a partir del reconocimiento de la dignidad humana. A ningún ser humano se le puede privar del estatus de persona, aun cuando se trate del peor de los criminales. La dignidad humana tiene un mínimo irrenunciable que no puede ser suprimida ni siquiera por la propia persona mediante una actuación voluntaria. El violador sigue siendo una persona y, por lo tanto, portador de una dignidad humana que no puede desconocerse. En cualquier caso, habría también que caracterizar a estos sujetos de la misma forma que se hace con los niños víctimas de las violaciones. Y seguramente nos encontraremos en más de una ocasión con personas que de niños han padecido una idéntica agresión y que solamente han reproducido modelos de comportamiento aprendidos.

Como respuesta al argumento del carácter irrenunciable de la dignidad humana se ha alegado que también los niños menores de edad que han sido violados tienen dignidad humana y que, por lo tanto, requieren de una protección que se la suministraría la pena de muerte. Así, el proyecto de Unidad Nacional señala: «Es inconcebible que solo reconozcan y se preocupen por los «supuestos derechos humanos» de los violadores, seres abominables, execrables y monstruosos que no merecen vivir. ¿Por qué no se preocupan y defienden los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿En qué sociedad vivimos?». Más adelante se reitera: «Resulta paradójico que los juristas y defensores de los derechos humanos defiendan a los violadores de niños y adolescentes so pretexto de la existencia de tratados internacionales sobre derechos humanos, pero ¿quién defiende los derechos humanos de los niños y adolescentes violados? ¿No es una de las principales responsabilidades de la sociedad y del Estado?».

La argumentación del proyecto de Unidad Nacional parece concluir que la única forma de preservar los derechos de los niños es matando a los violadores. No obstante, considero sumamente objetable dicha afirmación. Si esa preservación se refiere al niño violado, dudo mucho que se pueda decir que la pena de muerte va a restituir la indemnidad sexual ya lesionada. Por el contrario, si la defensa de los niños se entiende en relación con los potenciales violadores, entonces se estará

asumiendo una postura preventiva de la pena de muerte, lo cual no resulta de importancia para una justificación retributiva de la pena de muerte y que, en todo caso, tendría que ser objeto de demostración. En consecuencia, el deber estatal de proteger los derechos fundamentales del niño no tiene que llevar forzosamente a la implementación de la pena de muerte.

Pero aun suponiendo que el Estado de Derecho está autorizado a recurrir a la pena capital en el caso de delitos graves, es necesario justificar que la violación de menores es el delito más grave posible. Precisamente en esta última línea el proyecto del grupo parlamentario Unidad Nacional se pregunta: «¿Qué delito puede ser más grave que la violación de un niño o un adolescente indefenso?». No pongo en duda la suma gravedad de la violación absolutamente deplorable de niños, pero, fuera de la repulsa natural que produce este delito, hay otros delitos que tienen cuando menos el mismo nivel de gravedad. Así, por ejemplo, me parece sumamente deplorable el terrorismo asesino, el genocidio, la muerte de niños para traficar con sus órganos o para llevar droga oculta en su cuerpo, el sometimiento a la esclavitud de campesinos y nativos en determinadas zonas de nuestro país, etcétera. Si admitimos la posibilidad de que el Estado reaccione con la muerte del autor ante una infracción grave, no habrá ningún argumento para negar que esta misma pena se pueda aplicar a otros delitos considerados igualmente graves. La consecuencia que habría que asumir con la implementación de la pena de muerte sería un efecto multiplicador de los casos de aplicación.

IV. EL ARGUMENTO DEL ESTADO DE NECESIDAD

1. El argumento

Un argumento tradicional para justificar la pena de muerte es la situación de necesidad de la sociedad frente al criminal perverso. Tanto el proyecto del Ejecutivo como del grupo parlamentario de Unidad Nacional recurren, en este sentido, a las ideas de Santo Tomás de Aquino, quien consideró lícito eliminar al criminal perverso mediante la imposición de la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad. Conforme al planteamiento del Aquinate, el bien común es mejor que el bien particular, el cual solo ha de sacrificarse para conservar el bien común. Con el ejemplo de la gangrena, Santo Tomás justifica la amputación del miembro putrefacto (el criminal perverso) para salvar el resto del cuerpo (el resto de la sociedad).

A la línea de pensamiento tomista se le caracteriza unas veces como un argumento de legítima defensa y otras veces como de estado de necesidad. En el fondo, considero que el planteamiento de Santo Tomás mezcla elementos de ambas formas de justificación. De la legítima defensa se toma la agresión ilegítima del

delincuente perverso, pues si se renuncia a este elemento propio de la normatividad pura⁵ se podría caer en un completo utilitarismo, pudiendo llegar a justificarse el sacrificio de un inocente (bien particular) si con ello se consigue la felicidad de la mayoría (bien común). Desde una lógica limitada únicamente a la preponderancia del bien común sobre el bien particular, podría ejecutarse al ciudadano negro inocente de la muerte de un blanco, siguiendo el ejemplo de McCloskey,⁶ pues con ello se consigue preservar al resto de ciudadanos negros de una masacre de los blancos.

No obstante, está claro que la pena de muerte no se puede asimilar a la legítima defensa, pues, por un lado, no es tan sencillo aplicar este instituto para la defensa de intereses colectivos y, por el otro, no se da el requisito de inminencia de la agresión que resulta esencial para justificar la defensa del agredido. Por esta razón, resulta comprensible que se acuda a la lógica del peligro actual del estado de necesidad, de manera tal que con la simple perversión del criminal se pueda sustentar una situación de peligro del resto de la sociedad que autorice una reacción de defensa.

Si bien podría cuestionarse ya en el plano conceptual la fusión de los elementos constitutivos de la legítima defensa y el estado de necesidad, considero de mayor relevancia analizar un elemento común de ambas formas de justificación; me refiero concretamente a la necesidad racional de la defensa. En efecto, la defensa que se ejerce ante una agresión o una situación de peligro no puede ser de cualquier tipo, sino que debe ajustarse a aquello que resulta racionalmente necesario para evitar la materialización de la agresión. En este sentido, siempre debe buscarse la reacción que resulte menos lesiva para el agresor. En este orden de ideas, la pregunta que habría que hacerse es si la pena de muerte resulta una defensa necesaria ante el peligro que manifiesta el delincuente perverso.

La respuesta a la cuestión de la necesidad de la pena de muerte para defender la sociedad debe hacerse en atención de las condiciones sociales. Puede que la pena de muerte sea necesaria en una sociedad que no cuenta con recursos mínimos para hacer viables otros mecanismos de defensa. No obstante, en la actualidad resulta

5 Cf., sobre este elemento de la normatividad pura, JAKOBS 2003: 197 s.; PAWLIK 2002: 86.

6 H.J. McCLOSKEY 1972: 119 ss., en particular 127: «Suppose a utilitarian were visiting an area in which there was racial strife, and that, during his visit, a Negro rapes a white woman, and that race riots occur as a result of the crime, white mobs, with the connivance of the police, bashing and killing Negroes, etc. Suppose too that our utilitarian is in the area of the crime when it is committed such that his testimony would bring about the conviction of a particular Negro. If he knows that a quick arrest will stop the riots and lynchings, surely, as a utilitarian, he must conclude that he has a duty to bear false witness in order to bring about the punishment of an innocent person».

difícil que el Estado no pueda dedicar una parte de su presupuesto a financiar mecanismos alternativos a la pena de muerte, como la cadena perpetua o la castración química. Si el Estado puede gastar tanto dinero en asesores de los congresistas o en publicidad para sus obras, por qué no gastar en mantener medidas que permitan a otras personas seguir viviendo.

2. La posición de la Iglesia Católica

Muy en sintonía con el argumento de la defensa necesaria de la sociedad está la doctrina católica de la pena de muerte. En el catecismo se señala textualmente lo siguiente: «La enseñanza tradicional no excluye, supuesta la plena comprobación de la identidad y de la responsabilidad del culpable, el recurso de la pena de muerte, si este fuere el único camino posible para defender las vidas humanas eficazmente del agresor injusto. Pero si los medios incruentos bastan para proteger y defender del agresor la seguridad de las personas, la autoridad se limitará a estos medios, porque ellos se corresponden mejor con las condiciones concretas del bien común». Como puede verse, la doctrina de la iglesia católica no autoriza un uso discrecional de la pena de muerte, sino que solamente de manera excepcional se puede acudir a la pena capital, siempre que sea el único camino para preservar el bien común. La duda que se me presenta es si en la actualidad la sociedad no cuenta con mecanismos alternativos de reacción frente a los delincuentes incorregibles como para entender que la pena de muerte es la única forma de protección de la sociedad.

3. El test de proporcionalidad

Pero no hay que recurrir, en todo caso, a la doctrina social de la Iglesia para someter a un juicio de necesidad la imposición de la pena de muerte. En la actual doctrina constitucional ha adquirido gran importancia el llamado test de proporcionalidad al que debe someterse toda medida restrictiva de derechos fundamentales para afirmar su constitucionalidad.⁷ En este sentido, la pena de muerte debe ser sometida a dicho test para poder considerarla proporcional. El proyecto de reforma de la célula aprista hace mención al principio de razonabilidad, pero la define de una forma excesivamente subjetivista, pues la hace depender de lo que la sociedad entiende como adecuado. En efecto, en dicho proyecto de reforma se dice: «[...] la razonabilidad exige que los actos deben cumplir el requisito de ser

⁷ Sobre los criterios del Tribunal Constitucional en la aplicación del test proporcionalidad para las penas, cf. GARCÍA CAVERO 2005: 153 ss.

generalmente aceptados por la colectividad como adecuada respuesta a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante».

El principio de proporcionalidad, tal cual como ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, implica la realización de tres juicios. En primer lugar, hay que hacer un juicio de idoneidad de la pena de muerte. Aquí habría que determinar previamente cuál es el fin por el que se implanta la pena de muerte para los violadores de niños. Si la finalidad es preventivo-general, habría que demostrar que la pena de muerte realmente tiene la capacidad de disuadir a los violadores de niños. Del argumento de la mayor fuerza disuasiva de la pena de muerte me ocuparé más adelante. En todo caso, lo que sí resulta indiscutible es que la pena de muerte evita que el violador de niños vuelva a cometer este delito, pues ya no tendrá una segunda oportunidad. No obstante, hay que tener en cuenta que la pena no tiene solamente una finalidad preventiva, sino que otro fin del derecho penal es el mantenimiento de las garantías jurídico-penales, de manera tal que la pena no solamente debe ser idónea para prevenir futuros delitos, sino también para mantener la vigencia de determinados principios penales.⁸ En este contexto, cobra importancia la finalidad resocializadora de la pena, reconocida constitucionalmente, la cual es una garantía a la que el derecho penal debe apuntar al igual que la prevención de delitos. En este orden de ideas, la pena debe no solo prevenir, sino también respetar las garantías jurídico-penales. Si bien la pena de muerte es idónea para prevenir, no lo es para resocializar.

Los proyectos de reforma han intentado pasar por encima de esta garantía limitadora del ejercicio del *ius puniendi* señalando que los violadores de niños son incorregibles. Así, el proyecto de Unidad Nacional señala lo siguiente: «Nos encontramos ante criminales incorregibles o irredimibles que delinquirán nuevamente a la primera oportunidad que se les presente y cualquiera de nuestros hijos o hijas podría ser su próxima víctima». Más adelante señala: «La pena de muerte se aplicará a estos mal nacidos violadores de menores, sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en prisión resulta en vano intentar corregir». Posteriormente se insiste de nuevo en esta idea en el mismo proyecto señalando: «Nos encontramos ante seres que son irrecuperables e irredimibles al estar desprovistos de todo sentido moral al demostrar su total menosprecio por la vida, por lo que resulta en vano cualquier tipo de rehabilitación».

Las alegaciones del proyecto de Unidad Nacional parten de una comprobación al menos no demostrada: «la irrecuperabilidad del violador sexual». Ya Platon⁹ había sustentado la pena de muerte en la irrecuperabilidad del delincuente,

8 Sobre la función garantista del derecho penal, cf., SILVA SÁNCHEZ 1992: 241 ss.

9 *Las leyes*, III-XII.

siendo la muerte la única alternativa. Si aplicamos esta lógica a los delitos de violación sexual de menores, habría que demostrar, cuando menos, que una persona que comete este delito resulta irrecuperable, de manera tal que de todas maneras va a volver a cometer este delito a la primera oportunidad que se le presente. Al respecto, solamente quisiera señalar que la Asociación de Psiquiatras de los Estados Unidos afirmaba en 1982 que «el amplio conjunto de las investigaciones indica que, incluso en las mejores condiciones, las predicciones psiquiátricas sobre peligrosidad futura o a largo plazo están equivocadas en, por lo menos, dos de cada tres».¹⁰ Ya simplemente con la existencia de un cierto grado de falibilidad de la predicción, parece suficiente para no admitir la posibilidad de aplicar la pena de muerte a quien ha violado un niño. Si bien podría recurrirse a la figura de reincidencia como prueba de la inclinación del violador a cometer nuevamente este tipo de delito, este requisito no se ha exigido en ninguno de los proyectos de reforma analizados.

Ahora bien, aun asumiendo que por la irrecuperabilidad del violador la pena de muerte resulta idónea para prevenir nuevas violaciones sexuales de niños, hay que hacer todavía un juicio de necesidad. Si la misma finalidad preventiva se puede alcanzar con otras medidas menos restrictivas o drásticas, entonces no podrá legitimarse la pena de muerte. En este sentido, adquieren relevancia la cadena perpetua e incluso la tan citada castración química. No obstante, se ha dicho que estas medidas demandarían mucho gasto para el Estado. Así, por ejemplo, el proyecto del Partido Aprista señala que: “[...] la sanción que se otorga a los autores de tan execrable delito finalmente los beneficia considerando que al condenarlos a cadena perpetua conforme a la Constitución y la legislación penal vigente, se establece que el Estado peruano a través de su sistema carcelario debe proveerle seguridad, alimentación, educación, vestido, recreación y esparcimiento por el resto de su vida». A su vez, el proyecto de Unidad Nacional señala que «En consecuencia, al ser imposible rehabilitar a los violadores, el mantenerlos de por vida en un establecimiento penitenciario, el darles tratamiento psiquiátrico y un trato humano y digno, es un mayor costo que beneficio para el Estado».

Ante las alegaciones de gasto para el Estado, solamente creo que hay que responder señalando que la sociedad debe asumir también los costos de su injusta estructuración y distribución de la riqueza. No pretendo caer en la ingenua afirmación de que la pobreza origina el delito, pues no podría explicar por qué hay tanto pobre honesto y tanto rico delincuente. Pero es un factor que incide en las posibilidades de que una persona opte libremente por un camino delincencial. Una persona que crece rodeado de criminalidad, de consumidores de drogas, de

10 Cf., la referencia en NEUMANN 2004: 59 s.

pandillas, de marginación social, tiene mayores «oportunidades» para optar por el delito. La sociedad debe tomar en cuenta esta situación y ponderarla para decidir cómo reaccionar frente a la delincuencia de estratos bajos. En el caso concretamente de los violadores, la sociedad debe reconocer que este tipo de delincuencia encuentra caldo de cultivo en una sociedad que favorece la perversión y el manejo publicitario de la sexualidad o que no elimina las condiciones de hacinamiento en las que viven las personas. Esta corresponsabilidad de la sociedad debe justificar el gasto económico que requiere la privación de la libertad o el tratamiento de las personas con tendencia pedófila y no desligarse simplemente del problema con la implantación de la pena de muerte.

Finalmente, la pena de muerte debe someterse a un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que significa una relación de correspondencia valorativa entre el delito y la pena. No cabe duda de que la violación de niños con subsiguiente muerte es un hecho gravísimo que exige la imposición de la pena más grave. Sin embargo, es necesario determinar cuál es la pena más grave que se puede imponer en un Estado de Derecho. Solo siguiendo la lógica del talión, podría considerarse proporcional la pena de muerte frente a un delito que produce la muerte. Es evidente que significaría un retroceso en la evolución social volver a la lógica de la equivalencia de daño, pues el proceso de humanización del derecho penal ha llevado a excluir la pena de muerte y la tortura como formas de reacción penal, llegándose incluso a cuestionarse hoy la propia humanidad de la cadena perpetua.

V. EL AUMENTO DE LA EFICACIA PREVENTIVA DE LA PENA DE MUERTE

El proyecto del Ejecutivo ha señalado que «como es de público conocimiento, los casos de violencia infantil, y especialmente los casos de violación seguida de muerte contra menores de edad vienen incrementándose aceleradamente en nuestra sociedad, causando una alarma generalizada en la población, lo cual exige del Estado y de las instituciones que lo representan la inmediata imposición de drásticas medidas que repriman este grave delito». Por su parte, el proyecto del Partido Aprista señala textualmente que «Es aberrante el incremento de casos de violación y muerte de menores de edad en nuestro país». Si se sigue esta lógica de las propuestas de reforma, la cadena perpetua resultaría ya insuficiente para revertir la tendencia creciente de la criminalidad sexual, por lo que habría que acudir a una pena más drástica como la pena de muerte.

Por mi parte, tomaría con ciertas reservas las afirmaciones reproducidas. Para determinar el aumento de la tasa de incidencia de un delito hay que tener en cuenta otros factores más que la simple comparación de cifras. En efecto, podría ser que el número de casos reales fuera el mismo y que hubieran aumentado

solamente el número de casos conocidos por la prensa o por lo órganos de persecución penal. La cifra oscura de criminalidad (es decir, el número de delitos cometidos sobre los que no se tiene conocimiento) puede efectivamente haber disminuido sin que ello implique un aumento de las tasas reales de criminalidad. Los criminólogos estudian adecuadamente estos factores de medición, de manera que sin un estudio científico que lo demuestre no puede llegarse a la conclusión, por una simple percepción intuitiva, de que la tasa de incidencia de un delito ha aumentado. Podría ser que los medios de comunicación están dando mayor cobertura a estos casos simplemente porque hay una especial sensibilidad con el tema.

Lo que no puede negarse es que existe una sensación social de ineficacia del sistema penal frente a la criminalidad violenta. Hay un serio déficit en la persecución y sanción de los delincuentes, y no solo de los violadores de niños. La ciudadanía toma conocimiento de los delitos cometidos por estos delincuentes y constata que la represión penal no se hace efectiva contra los mismos. A muchos de ellos no se les llega a condenar y, si se hace, las penas terminan siendo benignas o menores a las impuestas a causa de algún beneficio penal. No sorprende que ante esta situación la gente haga justicia por sus propias manos. Pero debe quedar claro que el problema no está en la severidad de las penas, sino en la certeza del castigo. Con aumentar la severidad de la pena no se genera un mayor efecto intimidatorio sobre los delincuentes si las probabilidades de ser descubierto y castigado severamente siguen siendo bajas. Por ejemplo: si tenemos un delito con una pena de diez años y una posibilidad de castigo efectivo de cero, la conjugación de ambos factores daría como resultado cero. Si yo aumento la pena a 30 años y la posibilidad de castigo sigue siendo cero, la conjugación de ambos factores sigue siendo cero. O sea: el incremento de penas no genera necesariamente una mayor intimidación del delincuente, por lo que habría que poner el énfasis en mejorar la persecución penal.

VI. LA SATISFACCIÓN DE LAS VÍCTIMAS

Muy recurrente se ha hecho invocar el dolor de las madres o familiares de las víctimas para fundar la pena de muerte. La justicia de la pena de muerte se nutriría del clamor de los afectados por las violaciones sexuales. Así, en el proyecto del Partido Aprista se dice: «[...] no por un acto de economía, sino por un acto de justicia, así como recogiendo el clamor popular y el clamor silencioso de las víctimas menores de edad, incluso de niños y niñas inocentes de escasos dos años, es urgente que se restaure la pena de muerte para aquellos que violen sexualmente y le ocasionen la muerte a un menor de catorce años de edad». Por su parte, el proyecto de Unidad

Nacional concluye así: «Por ello, recogiendo el clamor social y su voz de protesta, resulta necesario reimplantar la pena capital como justo y legítimo castigo para los violadores de niños y adolescentes».

En mi opinión, sustentar la pena de muerte en el clamor o dolor de las víctimas sería, de alguna manera, devolver el conflicto penal a las manos de las víctimas, es decir, el resurgimiento de la venganza privada. Como se sabe, la razón de ser del origen del derecho penal fue precisamente evitar que la reacción por el delito estuviese guiada por el espíritu de venganza de los afectados. Si hay un Código Penal que tipifica previamente los delitos y establece las penas, así como un juez imparcial que aplica la ley sin tener en cuenta el irracionalismo al que puede llevar el ánimo de venganza del afectado, no se puede colocar como fundamento de la reacción penal el dolor de las víctimas. Si decidimos hacerlo, entonces habría que suprimir el Poder Judicial y otorgar el derecho a los afectados a reaccionar ante los autores del delito como más les satisfaga. Para canalizar la venganza no se necesitaría del Estado.

VII. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO PERUANO

Como última cuestión habría que mencionar que los proyectos de reforma restan importancia a la vulneración que produciría la implementación de la pena de muerte en relación con los tratados internacionales de Derechos Humanos. El proyecto del Ejecutivo llega a señalar que no es ni siquiera necesario denunciar el Pacto de San José de Costa Rica, pues en julio de 1978, cuando se ratificó este tratado por el Perú, estaba todavía vigente el Decreto Ley N° 20583 promulgado en abril de 1974, el cual castigaba con pena de muerte la violación de menores de siete años. En este orden de ideas, la pena de muerte no se habría extendido a nuevos casos, sino que se mantendría en aquellos que estaban vigentes al momento de la ratificación del pacto.

El argumento esbozado podría constituir, aunque con serias dudas, una interpretación que se ajusta al tenor literal del punto 2 del artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica, pero no cabe duda de que va contra el sentido de este dispositivo. En el ámbito internacional, se conoce a este principio como el principio de progresiva supresión de la pena de muerte, lo que significa que la pena de muerte debe ir progresivamente eliminándose. Así, se entiende incluso el propio artículo 4 si se lee con una visión de conjunto el punto 3, que establece que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido. En este sentido, si la pena de muerte se eliminó para ciertos casos, como sucedió con la Constitución Política de 1979 respecto de la violación sexual de niños, no podrá volverse nuevamente a la pena de muerte para estos casos. La implementación de la pena

de muerte para los violadores de niños constituye un restablecimiento de dicha pena contrario al principio de progresiva supresión de la pena de muerte recogido en el Pacto Interamericano de Derechos Humanos.

El proyecto de Unidad Nacional es más radical en cuanto a las consecuencias internacionales de la reimplantación de la pena de muerte para violadores de niños, pues propone al Congreso de la República la denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Con esta decisión, el Perú saldría de la jurisdicción supranacional para la protección de los derechos humanos en todos los otros casos, lo cual tendría que ser sopesado también en el análisis prelegislativo. Creo que desde la lógica de la protección de los derechos humanos, habría que considerar seriamente lo que implica para los ciudadanos una salida de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una decisión del momento no puede dejar de considerar las consecuencias futuras que dicha decisión traería consigo.

VIII. CONCLUSIÓN

La pena de muerte no va a solucionar en lo absoluto el problema de la delincuencia violenta y menos la delincuencia sexual. Lo que creo que hay que hacer es mejorar los órganos de persecución penal, dotarles de mejores recursos, apoyar la reforma procesal penal, darles a los fiscales y magistrados óptimas condiciones de trabajo y mejorar enormemente el sistema carcelario. Es decir que el Estado invierta más dinero para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos y no pretenda solucionar simbólicamente el problema con una poca costosa reforma constitucional y legal. Fuera del derecho penal hay también mucho por hacer: evitar el hacinamiento familiar que lleva a la promiscuidad, evitar el acceso a la pornografía a los menores de edad, fomentar una cultura de respeto a la sexualidad, etc. En una sociedad sexualmente tan violenta, no debe sorprender este tipo de degeneraciones de la sexualidad. Pero en este contexto, la pena de muerte no es más que una adición irracional de un mal a otro mal.