



LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL *IUS PUNIENDI* Y LOS FENÓMENOS DE POLITIZACIÓN NORMATIVA

Nelly Calderón Navarro

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Doctorada en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales por la Universidad Ricardo Palma y Maestría en la Universidad Nacional Federico Villarreal, Catedrática en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega, ex Fiscal de la Nación.

Sumario:

I. Introducción. II. Marco referencial sociopolítico. III. Ejemplos del Derecho Penal Simbólico en el Código Penal Peruano.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho en general tiene por función esencial configurar la vida en sociedad, garantizando un ambiente de pleno respeto por la libertad e igualdad de los individuos. Y, en esta constelación normativa, al Derecho Penal se le asigna una función esencial: la tutela de los bienes jurídicos que posibilitan el desarrollo personal del individuo y su participación activa en los diversos procesos socioculturales. Empero, la intervención punitiva en una sociedad democrática debe estar sujeta a límites, pues el Derecho Penal es el medio de control social de mayor injerencia en la esfera de libertad de los ciudadanos; en tal medida, el *ius puniendi* en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho debe estar al servicio del ciudadano, mas no debe actuar como un mecanismo de represión y de control político, como una forma de dominación de una clase social sobre otra. En palabras de Roxin, el Derecho Penal debe asegurar una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos, en la medida que esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves. En efecto, se debe acudir al Derecho Penal únicamente cuando los otros mecanismos de control social son inoperantes para solucionar pacíficamente el conflicto social, siempre y cuando se identifique una esfera de lesividad material lo suficientemente significativa que amerite su intervención; *contrario sensu*, provocar la intervención del *ius puniendi* en cualquier ámbito social puede importar su desgaste nominal y que se convierta en una instrumento de restricción de libertades, contrario a los postulados que deben regir su utilización, como son los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad, de *ultima ratio* y de subsidiariedad. Ciertamente, de conformidad con los principios que recoge nuestra Constitución –que proclama el Estado Social y Democrático de Derecho (Art.43)–, al Estado se le asigna una función primordial, que es garantizar el bienestar social de la población, propiciando para tal fin mecanismos de participación ciudadana en la actividad social, económica y cultural del país, impidiendo la creación de procesos de exclusión social, y cuando éstos aparecen, primero se debe programar políticas sociales eficaces de contenido

preventivo, pues, como bien decía Von Liszt, la mejor política criminal es una buena política social. Ante este estado de cosas, diremos lo siguiente: el Derecho Penal es un medio de control social de naturaleza represiva, pero de finalidades preventivas, y su uso en el marco de una comunidad de gentes debe estar limitado con contornos precisos que sean de estricto cumplimiento por las agencias que detentan el poder penal, y estos límites vienen dados por la Constitución Política del Estado, que consagra en su artículo 1 que la defensa de la persona humana es el valor supremo de la sociedad y del Estado. Un Estado que no somete el poder penal a límites y a esferas precisas de intervención social, puede caer fácilmente en la arbitrariedad y en el abuso ciudadano. No podemos dejar de tener presente que cuando un Gobierno Nacional pretende ejercer mayor presión sobre el ámbito de libertad ciudadana, tiene como herramienta predilecta al Derecho Penal, y la historia nos ilustra sobre cómo el poder penal ha sido utilizado como un mecanismo de sometimiento, de subordinación y de discriminación, sobre todo, en Estados Policiales y Dictatoriales, muy llevados a la militarización.

El *ius puniendi* estatal tiene que estar en relación con el modelo de Estado consagrado en el art. 1 de la Constitución, donde el ontologismo humano es la piedra angular que sostiene todo el sistema jurídico-estatal y el sistema socioestatal; de esta forma se garantiza la legitimidad sustancial que debe guiar todo el orden jurídico. El poder soberano del Estado expresa el monopolio del uso legítimo de la fuerza hacia los ciudadanos, a través del Derecho Penal, pero esta legitimidad puede convertirse en mero formalismo, cuando la violencia punitiva desborda su ámbito legítimo de actuación, cuando vulnera los principios rectores que limitan su intervención. En otras palabras: cuando el Derecho Penal se desvía de los principios que consagra la Constitución Política del Estado. La Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también, el ordenamiento penal. La Constitución en este sentido debe ser entendida en dos planos axiológicos debidamente integrados entre sí: desde una perspectiva funcional, es el principio de legalidad que determina los límites de toda la actuación pública, que define el ámbito de intervención del poder penal (*nullum crimen nullum poena, sine lege praevia*); y, desde un prisma social, en tanto la Constitución reconoce como valores fundamentales a la persona humana, a su integridad personal, a su libertad e igualdad, no desde una visión atomista y valorativamente neutra, sino a partir de una concepción sistemático-funcional. De esta forma se fusiona el Estado de Derecho con el Estado Social; ello es válido, de modo particular, para el ámbito general del Derecho penal, en el cual han de compensarse con especial frecuencia los intereses jurídico-estatales y socioestatales; la idea programática del Estado Social y Democrático de Derecho se encuentra recogida en el artículo 43 de la Constitución. La Constitución entonces debe recoger los valores de una sociedad democrática, regida por el pluralismo político e ideológico, comprendido en el mandato de tolerancia. Por tanto, como apunta Laura Zúñiga, será el sistema de valores y principios contenidos en la Constitución sin duda el punto de referencia básico y fundamental de las valoraciones político-criminales que deben guiar cualquier programa de lucha contra la criminalidad. En tal sentido, todo el Sistema Penal debe ser concordante con los valores y principios consagrados constitucionalmente, como guía del legislador en su función criminalizadora y descriminalizadora, sostenida en la teoría del bien jurídico, como crítica y dinámica construcción del derecho positivo vigente.

Es preciso destacar que la actual ciencia del Derecho Penal (dogmática) se encuentra en discusión acerca de la legitimidad del ámbito de intervención del *ius puniendi*, en la medida que las necesidades de la sociedad moderna han propiciado un adelantamiento significativo de las barreras de intervención del poder penal, en ámbitos sociales carentes de percepción material, identificados como bienes jurídicos supraindividuales o macrosociales descritos normativamente bajo la técnica de los delitos de peligro abstracto; de ahí que una visión funcionalista-sistémica del Derecho Penal argumente la inconsistencia de la teoría del bien jurídico en razón de que éste describe un estado consolidado de cosas, inmutable y estático. En efecto, en este nivel es importante relevar que si

bien la Constitución se convierte en el marco fundamental, que contiene los valores y principios que deben orientar la dogmática jurídico-penal, no es menos cierto que en una sociedad dinámica y de constante movilidad, el Derecho debe recoger las nuevas demandas de la sociedad; y la actual sociedad viene comprendida por nuevos riesgos y peligros, que pueden ser dignos de tutela por el Derecho Penal, en tanto se identifique un objeto digno de protección en razón de su materialidad lesiva. Lo cierto y concreto es que la Constitución delimita los principios que deben reconducir la actividad criminalizadora, pero no supone una catálogo cerrado, ante la selección de los bienes a tutelar penalmente; en tanto, los objetivos de todo el sistema jurídico-estatal se reconducen a tutelar la esfera de libertad e igualdad del ciudadano. En efecto, la tutela penal debe extenderse a todos aquellos ámbitos que sean necesarios para garantizar la configuración del hombre en sociedad, desde un plano axiológico y personalista del individuo. La Constitución exige, pues, una dinámica de potenciamiento de los medios que haga posible estos objetivos igualitarios, en contra de los obstáculos que vayan apareciendo. Por lo sostenido aquí, la legitimidad del bien jurídico es indiscutible, en tanto se considere a estos valores desde una visión dinámica, funcional y axiológica, en el sentido de que la necesidad de tutela penal se dirija a propiciar espacios de participación social, económica, política y cultural del individuo. Esta extensión de la intervención punitiva va a ser legítima en tanto se identifique un objeto material susceptible de ser lesionado o puesto en peligro, y que se encuentre relacionado con los bienes comprendidos en la esfera de libertad del ciudadano, y que su tipificación o definición jurídico-estatal se sujete a los principios rectores del Derecho Penal Constitucional, v.g.r., de legalidad, de culpabilidad, de proporcionalidad, de resocialización y de humanidad. Dicho en otras palabras: si bien la Constitución Política del Estado se constituye en el referente obligado que debe guiar toda la construcción dogmática jurídico-penal desde una función político-criminal, ésta asimismo no puede considerarse como un valladar inexpugnable ante las nuevas demandas sociales de criminalización que surgen ante la proliferación de los nuevos riesgos que ponen en peligro las bases personalistas del individuo y del sistema social en su conjunto. Lo importante a este nivel es que estos nuevos ámbitos de intervención punitiva se sometan a los principios constitucionales del Derecho Penal, a efectos de garantizar su legitimidad sustancial en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, pues no debemos confundir legitimación con legitimidad.

Sin embargo, producto del divorcio entre la realidad social (criminología) y la norma (derecho penal), se aprecian algunos tipos penales que no cumplen estrictamente con los principios que guían toda la actividad político-criminal del Estado, es decir, algunos son caracterizaciones puramente criminológicas propias de un Derecho Penal de Autor, y otros despliegan únicamente un efecto simbólico; son *per se* fenómenos de politización normativa que serán analizados seguidamente.

II. MARCO REFERENCIAL SOCIOPOLÍTICO

Lamentablemente, el Derecho Penal ha sido utilizado por el poder político para mantener la hegemonía de una determinada clase socioeconómica, esto es, quienes asumen el poder definitorio del catálogo de conductas delictivas, se aseguran de no caer en las redes de represión penal, y criminalizan sobremedida comportamientos generalmente realizados por las capas marginales y pobres de nuestra estructura social. En puridad de la verdad, la conducta humana no es delictiva por naturaleza, es decir, desde una naturaleza ontológica, sino que adquiere este estatus legal, cuando las agencias criminalizadoras toman una decisión jurídica y política sobre aquella, y la elevan a la categoría de norma jurídico-penal; en tal virtud, el catálogo de conductas prohibidas no siempre ha sido coherente con los postulados de una verdadera democracia social-participativa, en la medida que la criminalización se ha dirigido fundamentalmente a reprimir los delitos cometidos por las capas sociales bajas, y los delitos socioeconómicos, cometidos generalmente por agentes poderosos, han recibido siempre un trato más benigno y dígase simbólico por parte de la ley penal, lo que ha originado la afectación del principio de igualdad constitucional, y, por ende, generándose espacios de exclusión

social que degeneran en focos de conflictividad social. Situación que en nuestra sociedad actual se observa ante los innumerables casos de violencia ciudadana, cuando los individuos al desconfiar del sistema jurídico-estatal toman el derecho de propia mano, y ejecutan sus propias sanciones, lo cual implica una degradación e involución de las bases racionales y humanistas de nuestra sociedad.

Son esas mismas contradicciones y posiciones encontradas de las capas sociales, identificadas por los partidarios de la Criminología Crítica y del *labelling approach*, las que fueron gestando toda una serie de movimientos sociales reivindicatorios. De esta forma, se fueron configurando estrategias ideológicas por parte de diversos sectores de la sociedad y de la actividad política, que encontraron en el Derecho Penal el instrumento perfecto para reforzar normativamente sus orientaciones ideológicas y su posición en el sistema social. Esto es así, en virtud de los efectos eminentemente cognitivos que despliega el derecho penal como medio de control social, efectos que se derivan de una relación comunicativa: norma y ciudadano. El derecho punitivo, al contar con las sanciones jurídicas más drásticas del ordenamiento jurídico (pena y medida de seguridad), provoca un ejercicio pleno de prevención; de esta forma, los sectores sociales del público así como los partidos políticos pretenden hacer uso del derecho penal como una meta de justicia y como una forma de configurar una nueva sociedad. Hemos sido enfáticos al recalcar que el derecho penal únicamente debe intervenir en aquellos hechos socialmente insoportables, donde se pone en peligro la coexistencia pacífica de la sociedad; de ahí que se acentúa el carácter de *ultima ratio* y el principio de subsidiariedad del derecho penal. Sin duda, el derecho penal no es el instrumento idóneo para reforzar creencias religiosas, para tutelar posiciones moralistas de determinados sectores, para reivindicar legitimaciones de los sectores sociales comprometidos en la lucha por la justicia social; si bien a veces estas pretensiones pueden cobijar aspiraciones materialmente legítimas de penalización, al control penal formal únicamente le interesa tutelar bienes jurídicos importantes –tanto para el individuo como para la sociedad–. Este nuevo contexto histórico-social propone una desintegración entre aquello que socialmente debe ser tutelado jurídico-penalmente y aquello que socialmente debe ser tutelado por las otras esferas del ordenamiento jurídico. Valgan verdades, el derecho penal sólo debe intervenir cuando las otras esferas del ordenamiento jurídico se vuelven inoperantes ante aquellas manifestaciones sociales que denotan intrínsecamente una suficiente lesividad social.

Los años convulsionados por las protestas sociales en razón de un orden social imperfecto para colmar las expectativas de todos los sectores sociales, traído a más por el sistema capitalista, propiciaron la formación de agremiaciones, de agrupaciones políticas, de movimientos sociales, especialmente constituidos para defender sus derechos supuestamente conculcados; en tal sentido, tenemos a los grupos feministas, los antibelicistas, los grupos de homosexuales, los ecológicos, etc. Entonces, la crítica al *status quo* existente, tendría que venir acompañado por las protestas sociales, que configuran una agitación social y pretenden poner en jaque el sistema sociopolítico en su conjunto. Así, por ejemplo se observa cómo a partir de los ochenta los movimientos progresistas se plantean estratégicamente el recurso al derecho penal, defendiendo su uso simbólico en determinados casos; el avance de los partidos de izquierda hace suponer que sus ideologías fuesen normativamente acogidas para reforzar su cuota de poder. De ahí para adelante, la actividad legislativa cobra gran relevancia, el poder político se tiende a la comunicación masiva de los medios, donde el derecho penal aparece como una parcela de especial importancia política, sobre todo, en épocas donde abundan las ofertas electoreras. Esta interrelación de fuerzas (políticas y sociales) se entremezclan conforme a las nuevas demandas de protección que surgen precisamente de esos sectores sociales. En este contexto es que ha adquirido todo su sentido la referencia a la existencia de "*atypische Moralunternehmer*", expresión con la que se designa a algunos gestores de la moral colectiva; es decir, de la posibilidad de instrumentalizar las dinámicas comunicativas que se producen en torno al sistema penal a favor de los sujetos desfavorecidos. Consecuentemente, el debate de la actividad legislativa propone un conflicto de intereses, del cual particularmente intervienen una serie de sectores representativos

de la sociedad; entonces, surge el fenómeno del Derecho Penal Simbólico, fuertemente atacado por un garantismo penal que propugna el principio del “derecho penal mínimo”, sin que ello suponga deslegitimar la pugna de intereses al momento de la definición jurídico-política, pues las mismas reglas democráticas legitiman las tensiones políticas de los grupos de poder que se aglutinan en el aparato definitorio del Estado.

Para entender esta clasificación –señala Cancio Meliá– es necesario tener en cuenta el trasfondo histórico de las legislaciones actuales, al menos en lo que es la idiosincrasia de los ideólogos (académico-críticos) de la disciplina; valgan aquí algunas palabras clave: Derecho penal mínimo, que aún hoy se enseña como paradigma esencial del Derecho penal moderno, origen de éste en el Estado abstencionista-liberal (...). Si bien la objeción de este paradigma, esto es, derecho penal mínimo, no debe ser objeto de profundización en esta investigación, es preciso señalar que al respecto existen dos posiciones confrontadas: unos que se oponen a la estructuración de un derecho penal moderno, pues señalan que aquello significa la ruptura de las garantías formales y materiales del derecho penal de la Ilustración y del Iluminismo; mientras, que otra segunda postura, considera legítimo que el derecho penal intervenga también en aquellas esferas sociales donde el bien jurídico objeto de tutela carece de esa entidad material y corporal clásica, identificada en los delitos convencionales o dígase comprendidos en el denominado “derecho penal nuclear”. Lo cierto es que el derecho penal debe intervenir, y está ciertamente legitimado para ello en aquellas esferas sociales donde se pone en riesgo una convivencia pacífica de los ciudadanos, donde la generación de determinadas conductas (que sobrepasen el Riesgo Permitido) puede poner en un riesgo concreto los bienes jurídicos más esenciales –tanto del individuo como de la sociedad–. Por lo tanto, la legitimidad de intervención del Derecho Penal es una realidad imparable que no puede ser desconocida a expensas de la supuesta afectación del “garantismo penal”. Consideramos, entonces, que las estructuras dogmáticas, tal como se encuentran hoy en día estructuradas, son idóneas para enfrentar político-criminalmente esta nueva criminalidad emergente, que supone también un grave riesgo para el soporte material de los bienes jurídicos esenciales. Dicho de otro modo: la necesidad es de construir un verdadero “Derecho Penal del Ciudadano”; que esto signifique un quebrantamiento del Derecho Penal mínimo es discutible, pero, a tal modo de ver las cosas, habría que proponer bajo esta nueva configuración social: un Derecho Penal que intervenga lo mínimo necesario, y esta última variable es la que va a definir la legitimidad de la intervención punitiva, siempre sometida a los principios rectores fundamentales.

Ciertamente, la propuesta restrictiva no puede suponer un relajamiento del derecho penal en su exclusiva función tutelar y promocional de bienes jurídicos.

Finalmente, habrá que señalar en este apartado, que a un Derecho Penal Simbólico le sigue el fenómeno del “Punitivismo”, que significa para la actividad legislativa una mayor demanda social de punición, que se plasma político-criminalmente en una inflación de los tipos penales, cada vez más intereses difusos menos tangibles, pero esta punición en algunos casos será legítima y en otros no, pues, en algunos lo único que va a desplegar es un efecto simbólico, es decir, únicamente dirigido a la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.

Paralelamente a este paradigma conceptual, tenemos que identificar un fenómeno de pura “normativización”, o si se quiere de un nominalismo represivo que recae sobre determinados comportamientos sociales, que si bien pueden ser calificados como “antisociales”, su abarcamiento por el derecho penal conlleva una magnificación de los problemas sociales, esto es, se supone que el Derecho Penal interviene cuando las otras esferas del ordenamiento jurídico o de la esfera sociales son inoperantes. De hecho, cuando el Derecho Penal, mejor dicho el legislador, legisla de espaldas a la realidad social hace de la norma penal un instrumento disfuncional para la solución del conflicto social producido por el delito; esto es, la intervención del derecho penal provoca un agravamiento del

problema, pues el legislador no es en realidad atento, al no penetrar en la génesis del problema. Y esta situación sucede, cuando el Derecho Penal es fuertemente arraigado por posiciones supuestamente moralistas y religiosas, matices que impiden la preservación de un Derecho Penal democrático. Dicho en otras palabras: el Derecho Penal no es un medio para construir segmentos parciales de la sociedad, para conservar una determinada ética de la sociedad, o para imponer las creencias de una determinada posición religiosa. En efecto, nuestra Constitución Política consagra un Estado Social y Democrático de Derecho. El Derecho Penal no puede servir de soporte para reivindicaciones puramente ideológicas; el Estado Constitucional de Derecho supone la menor intervención posible en la esfera de libertad de los ciudadanos, la democracia significa orden, pero también tolerancia mutua. La Ley Fundamental consagra que el Perú es un país laico, de conformidad con el artículo 2 inc. 3, que señala que toda persona tiene derecho: *“A la libertad de conciencia y de religión”*. Lamentablemente, a pesar de todo este crisol de garantías, algunos tipos penales comprendidos en la Parte Especial del Código Penal, manifiestan la fuerte raigambre de una determinada religión o de estigmas moralistas, lo cual empaña la dirección democrática de nuestro derecho penal, que únicamente debe reprimir aquellos actos jurídico-penalmente relevantes.

Definidas así las cosas, será importante remitirnos a nuestra legislación positiva, a fin de ubicar expresiones concretas del Derecho Penal Simbólico y del fenómeno del Normativismo.

III. EJEMPLOS DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

3.1. Los delitos de Discriminación

Nuestra Constitución no sólo reconoce el pluralismo político, sino también afirma la existencia plural en orden a la diversidad de razas y de etnias que conforman nuestra Nación. El Perú es un país rico en cultura, producto del mestizaje que se ha configurado desde la venida de los españoles a nuestros territorios. Lamentablemente, en países multirraciales se van a producir fenómenos negativos, como el “racismo”; el racismo concebido como una práctica social de discriminación hacia aquellos que pertenecen a determinados círculos étnicos y raciales. De ahí que este mal endémico impida que el Perú aparezca como una verdadera nación integrada, es decir, la falta de identificación social de unos hacia otros neutraliza la integración social que hace fuerte a un país y que lo impulsa al desarrollo socioeconómico. La Constitución Política del Estado consagra el principio de Igualdad en su artículo 2 inc. 2, cuando dice que toda persona tiene derecho: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”*.

Resulta que a fines de la década de los noventa, fueron de conocimiento público algunas prácticas discriminatorias, en concreto, la prohibición de entrar a determinados lugares de diversión privados. Esto es, se impedía el ingreso a determinados individuos que no se ajustaban a determinados perfiles antropológicos. Lo cierto es, que ya de siempre conocemos este tipo de prácticas malsanas, que se realizan en el seno de una serie de Instituciones (públicas y privadas). Ante este precedente sociológico, determinados sectores de la sociedad civil dieron su grito de protesta, y demandaron en concreto la punición de estos comportamientos antisociales. Y el legislador, muy atento en el reclamo ciudadano, procede a criminalizar este tipo de comportamiento, mediante la sanción de la Ley N° 27270 del 12 de mayo del año 2000. Ciertamente, el legislador simboliza mediante una norma penal un acto de pura reivindicación social, y esto es así, puesto que esta norma muy difícilmente será finalmente aplicada a un sujeto determinado; únicamente se dirige a tranquilizar a estos sectores de la sociedad y no despliega los efectos preventivos asignados teóricamente a la

norma penal. Y esto es así por los siguientes fundamentos: por lo general este tipo de actos (discriminación) no son denunciados por las víctimas, ora por razones de vergüenza, ora por razones de ignorancia; la pena con la cual se conmina estos actos es de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, es decir, ambas sanciones son penas limitativas de derecho, por lo tanto, no suponen una posible privación de la libertad. Consecuentemente, la prevención general de la conminación legal es casi nula, puesto que el infractor sabrá con precisión que no podrá ser encarcelado, por ende, no se produce el efecto disuasorio; más bien, la negativa de la víctima de denunciar estos hechos, lo único que provoca es la inflación de la “cifra negra de la criminalidad”.

Por lo expuesto, se redanda en que estas normas “simbólicas” no resuelven en nada el conflicto social, más bien promueven el desgaste del derecho penal. Nadie en su sano juicio duda que estas prácticas discriminatorias deben ser sancionadas, puesto que vulneran el principio de igualdad. Sin embargo, consideramos que el Derecho Penal no es el instrumento adecuado para combatir eficazmente este tipo de conductas, en razón de sus principios legitimantes básicos. Ante tal estado de cosas, propugnamos que la esfera idónea de ordenamiento jurídico es el derecho administrativo sancionador; es decir, la amenaza de un cierre del establecimiento o de la imposición de una alta multa pecuniaria sí podrán ejercer una función preventiva eficaz. En definitiva, al agente infractor más lo va a intimidar la posible afectación a su patrimonio, que una posible pena que no va a implicar una mayor afectación a su libertad personal.

3.2. El delito de Aborto

Nuestro ordenamiento jurídico-penal tutela todas las fases de desarrollo de la vida humana, esto es, desde su concepción hasta su muerte. Sin embargo, la vida humana va a recibir una mayor tutela por el derecho penal, cuando esta vida es ya una realidad insoslayable. A más aproximación al momento del nacimiento, el *nasciturus* es objeto de una mayor protección por el Derecho Penal. De ahí que nuestro Código Penal realice una división tipificadora entre los delitos de homicidio y los delitos de aborto.

Los bienes jurídicos que se tutelan en los delitos de aborto son: la vida del concebido y su normal desarrollo en el vientre de su madre, la intimidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Pues, en definitiva el ser concebido se desarrolla biológicamente en el seno materno de la gestante, por lo tanto, un embarazo puede fácilmente poner en riesgo la vida, el cuerpo y la salud de la madre gestante. La delimitación protectora va desde la concepción, es decir, desde la anidación del óvulo fecundado en la pared uterina, hasta antes de iniciado el proceso del parto, iniciación que puede ser natural, cuando las contracciones uterinas se hacen cada vez más frecuentes e intensas, y artificial, cuando el parto es inducido mediante prácticas quirúrgicas, como la cesárea. La intervención del Estado, en todo caso, no sólo debe orientarse a la tutela del que está por nacer, sino también debe tutelar los intereses de la gestante, que pueden verse comprometidos por el embarazo. En tal sentido, el Estado no puede desconocer una realidad social dramática y conmovible: un embarazo no deseado puede comprometer legítimos intereses de un proyecto de vida aspirado por la gestante, más aún, el curso de este embarazo puede comprometer otras subsistencias de vidas ya logradas. Son todas estas valoraciones que deben ser analizadas por el legislador, a fin de evitar una represión indiscriminada. La crítica de la legislación penal vigente es de proponer una punición arbitraria, sólo exceptuada en un caso, esto es, el aborto terapéutico. Para Gimbernat Ordeig, analizando la legislación vigente en su país, señala lo siguiente: “(...) que el aborto constituye delito es insostenible: entre otras razones, porque es hipócrita, discriminatoria y cruel. “No le faltan razones a este famoso penalista para denunciar una legislación excesivamente

represiva y de espaldas a la realidad social; situación parecida cunde en nuestra legislación positiva, donde el aborto es y sigue siendo objeto de apasionadas y acaloradas discusiones. En donde los argumentos esgrimidos vienen falazmente impregnados por matices moralistas, éticos y religiosos, donde se sesga el verdadero problema social que es el aborto; pues el aborto no puede ser abordado como una mera problemática político-criminal, de pretender solucionar este grave problema únicamente con el recurso al Derecho Penal. Y ello es así, porque el legislador se escuda en sus ideologías conservadoras, en sus dogmas cristianos, y no escucha o pretende ser ciego ante una realidad social realmente dramática, mujeres que son abandonadas por su pareja, quienes son dejadas a su suerte en una sociedad sin oportunidades, donde la mujer es objeto de maltrato físico y objeto de satisfacción de las más bajas pasiones, donde la adolescente sin ni siquiera haber culminado la escuela, inicia y desarrolla sus actividades sexuales sin la más mínima información o cultura de los alcances de su acto y de las consecuencias que de ellas pueden resultar. Una familia disgregada, con padres en continuo conflicto, donde la violencia familiar es el pan de cada día, el sexo puede resultar una válvula de escape a las frustraciones existentes. Qué decir de la Escuela estatal, con maestros mal pagados, en huelga y con niveles de enseñanza muy bajos, donde a duras penas se dictan determinadas materias, muy difícilmente se va dictar un curso de "Educación Sexual". Por último, el Estado, quien finalmente decide el proceso criminalizador, es también un gran responsable de esta dramática situación. La ausencia de verdaderas políticas de educación sexual, de planificación, de paternidad responsable, pues no hay una información precisa sobre la sexualidad y los métodos anticonceptivos. A mediados del 2005, políticos nacionales "tradicionalistas" amenazaron a la Ministra de Salud, de denunciarla constitucionalmente si aprobaba el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia como método de Planificación Familiar (anticonceptivo); intimidaciones y amenazas que finalmente no fueron lo suficientemente eficaces para disuadir a las agencias gubernativas competentes de incluir este anticonceptivo, pues, el Ministerio de Salud, ha presentado con fecha 03 de agosto del 2005, las Guías Nacionales de Salud Sexual y Reproductiva, que incluyen entre los métodos anticonceptivos a la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) o "píldora del día siguiente". Es inconcebible entonces que en vez de buscar fórmulas político-sociales adecuadas para enfrentar esta grave problemática, algunos legisladores pretendan afectar los derechos a la sexualidad y a la reproducción que tienen todos los peruanos. ¿Es que acaso estos políticos tienen el derecho de obligar a una pareja a concebir un hijo, o de que se les impida mantener una actividad sexual plena y preventiva? Sin duda, esta tozudez es el manifiesto de toda una regresión en el campo ideológico y cultural.

Nuestras leyes –como apunta Peña Cabrera– no distinguen ni reconocen en la maternidad el carácter de función social merecedora de una seria protección, y en tal virtud, todos los costos económicos de alimentación y educación se cargan exclusivamente sobre los hombros de la madre, y agravan este panorama con la irritante discriminación laboral de las mujeres en estado de gestación. Entonces, quienes penalizan estas conductas, son en mayoría hombres, que en definitiva no se ponen en el lugar de la gestante y hacen oídos sordos a los grupos feministas, no identifican los conflictos que un embarazo no deseado puede representar para los intereses de la madre. De esta forma, se pretende obligar a la mujer a llevar un embarazo no deseado o problemático, lo cual implica una restricción a la intimidad y a la libertad de la mujer gestante. La represión indiscriminada del aborto, entonces, no se condice con una realidad social que provoca el clamor de nuevas orientaciones políticas.

Siguiendo a Peña Cabrera A., de una represión del aborto así concebida, sobrevienen las siguientes consecuencias: 1.- Se promueve la discriminación. Para las clases más favorecidas económica y culturalmente no representa ningún problema procurarse medios

anticonceptivos; al poder controlar más fácilmente la natalidad, es menor el número de mujeres de esos sectores sociales que quedan embarazadas en contra de su voluntad y que se ven obligadas a buscar en el aborto el último remedio. Y si quedan embarazadas y no desean tener un hijo, tampoco supone mayor problema para ellas desplazarse a un país europeo donde el aborto no constituye delito para poder interrumpir allí el embarazo con la más completa impunidad. Por lo expuesto, cabe afirmar que los tentáculos represivos del derecho penal únicamente recaen sobre las clases sociales marginales. 2.- La aparición de una verdadera industria del aborto, compuesta por sujetos empíricos que muchas veces ni siquiera son médicos, sujetos que realizan las prácticas abortivas con providencias médicas mínimas, en condiciones de pésima higiene y salubridad, donde al actuar en estas condiciones, fácilmente se pone en riesgo la vida y la salud de la gestante; de estas inobservancias puede también sobrevenir la muerte de la mujer o la provocación de lesiones graves. Estos empíricos, que únicamente actúan impulsados por la obtención de lucro, abultan su patrimonio a costa de las necesidades de las mujeres. 3.- La cifra negra de la criminalidad es cada vez más abundante en nuestro país; conforme se agudiza la pobreza y el desempleo en nuestro país, más serán las mujeres que acuden a estos centros clínicos clandestinos a fin de interrumpir un embarazo no deseado; y, muchas de estas mujeres son adolescentes; pues, en vez de que el Estado asuma políticas de planificación reproductiva de corto y mediano alcance, el entramado discusional se entrapa en políticas exclusivamente político-criminales, es decir, en vez de prevenir se cae en el equívoco de pretender solucionar esta grave problemática mediante una nefasta represión. Esta situación es una manifestación palpable del divorcio que existe entre la norma y la realidad social. Los datos que proporcionan la criminología sociológica y la criminología estadística son ignorados por algunos de los Poderes del Estado, por lo tanto, en vez de conciliar ambas esferas, lo que se produce es un alejamiento de la factibilidad de la norma, que a la larga conlleva a su desgaste nominal.

Actualmente, el Perú afronta una regresión en el campo de los derechos sexuales y reproductivos, pues, en vez de avanzar nos encontramos en un franco retroceso producto de políticas pseudoconservadoras y enraizadas de matices morales y religiosos. Las elevadas cifras de mortalidad materna en el Perú no hacen sino demostrar que mantener vigente la sanción del aborto al margen de la realidad implica un costo social y humano tan elevado que contradice en la práctica el fundamento de una represión: “la defensa de la vida”.

Alrededor de 410 mil abortos clandestinos se practican anualmente en nuestro país. De este número, el 30 por ciento, es decir, 120 prácticas clandestinas, se debe al desabastecimiento de métodos anticonceptivos en los centros de salud del país. Mientras que el 56 por ciento de todos los embarazos que se producen cada año en el país son no deseados y de ellos el 53 por ciento termina en un aborto clandestino. La inaccesibilidad de todos los sectores de la población a una información sexual y reproductiva adecuada, sumada al hecho de que se ignoren los derechos de salud reproductiva de las personas, es un manifiesto latente de una negación de los derechos que tienen los individuos de decidir cuántos hijos deben tener; en concreto, se vulnera la libertad como valor intrínseco que se deriva de la condición humana, sustrato ontológico que se supone un Estado Constitucional de Derecho debería respetar y garantizar.

Ante esta dramática realidad, no basta hacer un diagnóstico crítico de la situación, sino hay que enrumbar el norte hacia una serie de propuestas. En el plano político-social, el panorama es claro, esto es, se deben implementar verdaderas políticas sexuales y reproductivas de acuerdo a una realidad social que demuestra que muchas de las mujeres de la población se encuentran desinformadas sobre los métodos de planificación familiar, en concreto, sobre los métodos anticonceptivos. Se debe, asimismo, orientar toda una política sobre estos métodos, orientación educacional que no sólo debe dirigirse a las mujeres, sino también a los hombres,

en suma, hacia las parejas sexualmente activas, y en los colegios se deben impartir cursos al respecto. Ciertamente, esta política planificadora no puede estar sometida a directrices ideológicas conservadoras y extremadamente religiosas; la ciencia médica es la que debe guiar esta directriz, obviamente en respeto de los derechos fundamentales de la persona y de su dignidad. En tal sentido, es vulneratorio a los derechos humanos forzar a los ciudadanos a una esterilización no voluntaria o defectuosamente informada en el sentido de su verdadera autocomprensión, tal como sucedió en el decenio pasado.

En el campo penal se necesita de una verdadera reforma penal, reforma penal que sea congruente con la realidad social. En efecto, nuestro derecho positivo únicamente prevé la impunidad del aborto terapéutico, y una penalidad mínima para el caso de los abortos ético-sentimental y eugenésico. Entonces, nuestra política criminal con respecto al aborto es de respetar al máximo la vida del concebido, es decir, Pro-life, con algunas excepciones, cuando el desarrollo del embarazo entra en conflicto con bienes jurídicos de la gestante. Un sistema llevado a la solución de las Indicaciones, es decir, en principio, el aborto consentido es punible cualquiera sea la etapa de la realización del mismo, de ahí que se conozca como el de regla excepción. Pero, en nuestra consideración es un sistema indicativo restringido, puesto que desconoce otros indicadores que podrían también justificar la interrupción del embarazo. En tal sentido, se tiene el aborto por indicación “económico-social”; en el derecho comparado se viene desarrollando un paulatino progreso en la adopción de esta indicación. Esta indicación no viene sino a reconocer una dramática realidad, el sometimiento de una dura represión sobre estratos sociales empobrecidos, que a duras penas pueden satisfacer sus necesidades básicas; tal como lo señalamos en líneas anteriores, son las mujeres de clases bajas las que más acuden a estos centros clandestinos a fin de practicarse un aborto. En muchos de los casos, son familias que ya cuentan con una prole numerosa, donde el sostenimiento económico de la unidad familiar es cada vez más difícil. Consideramos que no se puede traer al mundo hijos bajo condiciones infrahumanas, no es una cuestión de moral sino una cuestión de sobrevivencia. De seguro, que es mejor que se prevengan estos embarazos no deseados en vez de interrumpirlos, pues, siempre va a existir una probabilidad de riesgo para la vida y la salud de la gestante, pero, ante una situación ya preexistente deben tomarse medidas idóneas para solucionar el problema. Esta indicación se condice plenamente con la realidad social de nuestro país, donde cada vez son más profundos los niveles de pobreza y de pobreza extrema. Cómo le podemos exigir a una adolescente de 13 años, que ni recién ha comenzado la secundaria, perteneciente a una familia pobre, que siga con un embarazo que en definitiva va a significar la frustración de su proyecto de vida, de su realización como persona humana; hacerlo es un manifiesto de una torpe política estatal que desconoce la libertad humana, como portadora esencial de los demás bienes jurídicos de la persona humana. Gimbernat Ordeig enfatiza esta situación del siguiente modo “A la mujer que, por la amenaza penal, desiste de practicar un aborto, se le impone un hijo que no desea y se introduce con ello un cambio tan radical y permanente en las circunstancias sociales y económicas de su vida que puede acabar, irreversiblemente, con sus pocas o muchas posibilidades de felicidad”.

Sin embargo, esta indicación social no puede cubrir toda la etapa del embarazo; su permisón únicamente debe prolongarse hasta el tercer mes de gestación, y esta interrupción al no estar amenazada con pena, sería realizada por galenos especializados y con todas las providencias de seguridad médica, de tal modo que se disminuiría enormemente los riesgos para la vida y salud de la gestante. Para tal cometido debe sancionarse una Ley de Ayuda a la embarazada, tal como se ha hecho en Alemania, una ayuda asistencial que representa un camino intermedio entre la represión absoluta y una holgada permisibilidad. Las indicaciones para abortar deben ir certificadas por un médico, donde antes de adoptar esa decisión, debe

brindarse un asesoramiento social destinado a generar en la mujer una responsabilidad individual, de modo que sea ella finalmente quien tome la decisión más acertada conforme a una serie de variables. El asesoramiento está entonces orientado a darle una serie de opciones a la embarazada, entre las cuales está también la figura de la adopción, donde lo que se pretende es en realidad generar una autoconciencia de la planificación, de la sexualidad, de la reproducción y de sus consecuencias.

3.3. El Rufianismo

La figura delictiva es una caracterización eminentemente criminológica, esto es, la desvaloración jurídico-penal no se remite a un acto que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado, sino lo que se penaliza en concreto es un determinado status social del autor, en concreto, un determinado modelo de vida, por eso se dice con acierto que el delito de “Rufianismo” es un vestigio anacrónico del positivismo criminológico que era objeto de referencia sistemática en el Código Penal de Maúrtua. Se suponía que un nuevo Código Penal (1991), caracterizado por una nueva metodología dogmática, y sobre todo por su basamento democrático, no debía acoger un delito de esta naturaleza; pues, valgan redundancias, nuestro Derecho Penal proclamado en el texto punitivo actual es un “derecho penal del acto”. En efecto, el presupuesto de punibilidad de una conducta humana es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico penalmente tutelado, que se expresa en la comisión de un hecho, que puede ser una acción o una omisión. En cambio, lo que se penaliza en el delito de Rufianismo, es en realidad una conducción de vida, un status social que merece una reprobación tal vez ético-social, pero, tal como he sostenido en esta investigación, no todo acto que es reprobado ético-socialmente merece *per se* un reproche jurídico-penal. En este caso, la caracterización criminológica no debe ser usada para una definición jurídico-política, es decir, para proceder a una criminalización.

La penalización de la figura del Rufián obedece tal vez a una sociedad que define como “delincuente” a este sujeto que evidencia peligrosidad social; es, entonces, producto de un etiquetamiento o de rotulación social que previene la necesidad de penalizar este modo de vida; una definición definitivamente social, pues son los miembros de la sociedad quienes rotulan a estos individuos como antisociales. En tal sentido, el castigo severo que se impone a este desdichado, imagen de la corrupción, según las difusas representaciones sociales, es bastante severo, y, cuando no, de dudosa constitucionalidad. El rufianismo no es más que uno de los múltiples modos de vida que ocurren en la sociedad; la inmoralidad de tal *modus vivendi* no lesiona el derecho de terceros; por tal razón, si dos personas adultas, hombre y mujer, deciden llevar tal forma de vida, ello en absoluto debe interesar al Derecho Penal. La determinación de una persona (rufián) a una estrechamente vinculada a él a prostituirse, debe ser reconducida a los delitos de favorecimiento a la prostitución. Pues, en el marco del Estado Constitucional de Derecho, se debe respetar las conducciones conductuales, el *modus vivendi*, es decir, la esfera de libertad que únicamente le compete al titular del bien jurídico; el derecho penal sólo está legitimado para intervenir, cuando los valores fundamentales se encuentran en peligro de ser vulnerados, cuando se pone en riesgo la coexistencia pacífica de la sociedad, esto es, cuando se neutraliza la posibilidad participativa de los ciudadanos en los procesos sociales. Nadie niega que la figura del “rufián” puede provocar una desvaloración ético-social, pero, dicho de este modo: de una desvaloración ético-social de una configuración de vida no puede necesariamente derivarse una desvaloración jurídico-penal, de ahí que el meretricio como oficio de la meretriz no sea penado; pues sólo son penalizadas las conductas periféricas a esta actividad, ora quien la determina a prostituirse, ora quien mediante actos positivos favorece la realización de esta actividad (Arts. 179° y 181° CP).

Recientemente, mediante la Ley N° 28251 del 08 de junio del 2004, los delitos sexuales han sido objeto de una sustancial modificación, modificación que puede haber quebrado la sistemática que deben guardar los tipos penales conforme a las estructuras dogmáticas y a las valoraciones sociológicas. Con respecto al delito de Rufianismo, se ha incluido una mayor delimitación del sujeto pasivo conforme a su edad cronológica, esto es, cuando es mayor de catorce años y menos de dieciocho años, merece una pena mayor que cuando la víctima es mayor de dieciocho años; de tal forma que el legislador hace un paréntesis, reprimiendo con una pena más drástica según una graduación regresiva de la edad de la víctima, y, en el último párrafo, exaspera el marco penal imponible, esto es, cuando la víctima es su cónyuge, descendiente, hijo adoptivo. En esta última modalidad, una sanción más grave se deriva de una mayor gravedad del reproche culpable.

En definitiva, en esta oportunidad, el legislador recoge las demandas de una mayor penalización conforme a las pretensiones de determinados sectores sociales, acudiendo al normativismo de acuerdo a sus innegables efectos cognitivos y de aseguramiento de un “estado de cosas”. Si bien, algunas de estas modificaciones son plausibles y recogen una realidad social, que con la anterior legislación conducían a interpretaciones restrictivas, otras son manifestación latente del fenómeno del “Punitivismo”, de apelar siempre a los efectos de la prevención general negativa, es decir, al efecto contramotivador producto de la acción disuasoria de la amenaza legal, extendiéndose ámbitos de punibilidad a conductas socialmente adecuadas que deben quedar al margen del derecho penal. No sólo con penas se combate el delito y las conductas desviadas, sino también con mejores políticas sociales, educacionales, culturales, etc.; propiciando mayores oportunidades a la población para participar en los procesos sociales y en el reparto de la riqueza. Son las propias disfunciones sociales las que provocan conductas irregulares del sujeto; de ahí la necesidad de identificar en primer término las instituciones tutelares que no están cumpliendo su rol, a fin de conciliar la realidad social con la norma. La integración del normativismo con el empirismo es el único mecanismo viable para la conformación de un orden social más justo, en la medida de una comprensión comunicativa amplia de los ciudadanos hacia los efectos cognitivos de la norma. Empero, el derecho penal sólo podrá cumplir esta labor o rol preponderante, en la medida que se oriente a tutelar los espacios de libertad de los ciudadanos y a fomentar una coexistencia pacífica entre sus miembros sobre la base de la igualdad, como valor fundamental en el marco del Estado Constitucional de Derecho. El ser humano como unidad bio-psico-social inescindible y como portador de la dignidad personal debe ser respetado en sus ámbitos de libertad; en tal sentido, al Derecho Penal únicamente le es legítimo ingresar a la esfera de libertad de los ciudadanos, cuando se afecte o se pongan en peligro los bienes jurídicos de mayor significancia social, o en palabras de Baratta “(...) los comportamientos socialmente negativos, en relación a las más significativas necesidades individuales y colectivas”. Dicho de otro modo: la eficacia de las normas no debe medirse según sus niveles de comunicación social de trascendencia cuantitativa, sino en razón de su factibilidad aplicativa, esto es, de que éstas estén en posibilidad de solucionar los conflictos sociales más insoportables, pero, lo más importante, de una manera pacífica, como ordenación positiva imperada por la razón humana. El Estado, a través de sus políticas sociales y criminales, debe aparecer en el mundo social como señala Kant “como postulado absoluto de la razón”. Cuando el Estado es gobernado por móviles ajenos a la fenomenología social, se adentra en un nefasto gobierno de los fines políticos e inmediateistas que no se condicen con las verdaderas necesidades de la sociedad actual.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA EN ESTE ARTÍCULO

- ROXIN, CLAUS; *Problemas actuales de Dogmática Penal.*
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JOSE RAMÓN; *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal.*
- ZIPE, HEINZ; *Introducción a la Política Criminal.*
- ZÚÑIGA, LAURA; *Política Criminal.*
- DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L.; *Sociología Jurídico-Penal y actividad legislativa.*
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales.*
- CANCIO MELÍA, MANUEL; *Dogmática y Política Criminal en una teoría Funcional del Delito.*
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE; *Por un aborto libre.*
- PEÑA CABRERA, RAÚL; *Estudios de Derecho Penal. Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud.*
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO R.; *Delitos contra la Libertad e Intangibilidad Sexual.*
- BARATTA, ALESSANDRO; *Criminología Crítica del Derecho Penal.*