

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA

**ESCUELA DE POST GRADO
DOCTORADO EN DERECHO**



**“EFECTOS DE LAS SENTENCIAS
CONDENATORIAS DEL 2004, 2005 Y
2006 DE LOS 06 JUZGADOS PENALES
DEL DISTRITO DEL CUSCO, EN
CUANTO A LOS FINES DE LA PENA: LA
PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL”**

**Tesis presentada por el
Magíster: Uriel Balladares
Aparicio, para optar el Grado
Académico de Doctor en
Derecho.**

AREQUIPA – PERÚ

2009

Dedicado a mis padres Lesmes y Adelina, con eterna gratitud.



ÍNDICE

RESUMEN

SUMMARY

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO I

| | Pág. |
|--|------|
| I.- EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA FUNCION DEL DERECHO | 1 |
| 1.- EL ESTADO. | 1 |
| 1.1.- PODER Y DERECHO | 1 |
| 1.2.- ESTADO Y ESTADO DE DERECHO | 1 |
| a.- Estado | 1 |
| b.- Estado de Derecho | 2 |
| 2.- FUNCION DEL DERECHO PENAL. | 7 |
| a.-) Función represiva. | 8 |
| b.-) Función preventiva. | 8 |
| II.- LAS TEORIAS DE LA PENA. | 8 |
| 1.-) TEORÍAS ABSOLUTAS. | 9 |
| a.-) LAS TEORIAS DE LA RETRIBUCION Y EXPIACION | 9 |
| a.1.-) Las teorías de la retribución. | 9 |
| a.2.-) La teoría de la expiación. | 9 |

CAPITULO II

| | |
|---|----|
| TEORIAS RELATIVAS (PREVENTIVAS) DE LA PENA | 11 |
| I.-) CONCEPTO | 11 |
| 1.-) DIFERENCIAS ENTRE LAS TEORÍAS ABSOLUTAS Y LAS TEORÍAS RELATIVAS. | 11 |
| 2.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL. | 12 |
| 3.-) FORMAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL. | 13 |
| a.-) LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA. | 13 |
| a.1.-) Origen de su Enunciación. | 13 |
| a.2.-) Tránsito a una Prevención General de | |

| | Pág. |
|---|------|
| Integración Social. | 13 |
| a.3.-) Prevención General Negativa: Defensores y Crítica | 14 |
| b.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA. | 14 |
| c.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (ESPECIAL REFERENCIA A LAS DOCTRINAS DE HEGEL Y DE JAKOBS). | 15 |
| d.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA DIRECTA E INDIRECTA. | 15 |
| d.1.-) Prevención General Positiva Directa. | 16 |
| d.2.-) Prevención General Positiva Indirecta. | 17 |
| e.-) PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA. | 17 |
| 4.-) CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PREVENCIÓN GENERAL. | 18 |
| 5.-) ARGUMENTOS CONTRA LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA REVENCIÓN GENERAL POSITIVA. | 18 |
| 6.-) LIMITACIONES A TODAS LAS MODALIDADES DE PREVENCIÓN GENERAL. | 19 |
| CAPITULO III | |
| LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y OTRAS MIXTAS DE LA PENA | |
| I.-) TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL. | 21 |
| 1.-) CONCEPTO. | 21 |
| 2.-) LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL. | 21 |
| 3.-) MISIÓN DE LAS TEORÍAS DE PREVENCIÓN ESPECIAL. | 24 |
| 4.-) LAS TEORÍAS DE PREVENCIÓN ESPECIAL. | 24 |
| a.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA O RESOCIALIZACIÓN. | 24 |
| a.1.-) La Función de Prevención Especial Positiva. | 25 |
| a.2.-) La Idea de Resocialización de Hegel. | 26 |
| b.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA. | 27 |
| b.1.-) La función de prevención especial negativa. | 27 |
| 5.-) LA PENA COMO PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA. | 28 |
| 6.-) CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PREVENCIÓN ESPECIAL. | 28 |
| a.-) Defensores. | 28 |

| | Pág. |
|--|------|
| b.-) Libertad y resocialización. | 30 |
| c.-) Límites de la resocialización. | 31 |
| 7.-) EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESOCIALIZACIÓN. | 31 |
| II.-) LAS TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN. | 32 |
| a) Diversas formulaciones de las mismas. | 33 |
| 1') La culpabilidad como «fundamento» de la pena. | 34 |
| 2') La culpabilidad como «límite» de ésta. | 34 |
| b) Objeciones a las teorías de la unión. | 34 |
| III.- LA TEORÍA «DIALÉCTICA» DE ROXIN | 35 |
| a.-) Etapa de la conminación legal abstracta (la pena en la ley) | 36 |
| b.-) Etapa de la medición judicial de la pena (la pena en la Sentencia) | 36 |
| c.-) Etapa de la ejecución de la pena (su cumplimiento en el establecimiento penitenciario) | 37 |
| d.-)Crítica a las teorías de la unión, a las teorías diferenciadora y dialéctica. | 38 |
| | |
| CAPITULO IV | |
| CONTRASTACION DE HIPOTESIS | |
| I.-) ANALISIS E INTERPRETACION DE DATOS | 42 |
| A.- INFORMACIÓN ESTADÍSTICA. | 43 |
| a.1.-) Carga Procesal. | 43 |
| a.2.-) Producción Judicial de los 6 Juzgados penales del cusco año 2004, 2005 y 2006. | 45 |
| a.3.-) Población de Internos durante los años 2004, 2005 y 2006 | 46 |
| a.4.-) Sentencias Condenatorias Expedidas en los 6 Juzgados Penales en Cusco en los Años 2004, 2005 y 2006 | 48 |
| a.5.-) Información Estadística de Talleres del Establecimiento Penitenciario Cusco-Varones | 53 |
| B.-ENCUESTA REALIZADA A CIUDADANOS Y ABOGADOS DEL DISTRITO DE CUSCO | 53 |
| II.-) CARGA PROCESAL Y LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS | 57 |
| 1.-) CARGA PROCESAL | 57 |
| 2.-) LA PUBLICIDAD DE LAS LEYES PENALES. | 60 |

| | Pág. |
|---|------|
| a.-) EL FINALIDAD DE LA CONMINACION PENAL. | 60 |
| 3.-) PARTICIPACION DE LA SOCIEDAD EN LA PREVENCION DEL DELITO. | 61 |
| 4.-) LA PREVENCION ESPECIAL (REEDUCACION). | 62 |
| CONCLUSIONES. | 64 |
| SUGERENCIAS. | 69 |
| BIBLIOGRAFIA. | 68 |
| ANEXO: PROYECTO DE INVESTIGACION | |



RESUMEN.

Proponer un programa basado en las Teorías Mixtas o de la Unión, que son las absolutamente dominantes en la actualidad, al permitir una solución menos polémica (penas justas y penas útiles -prevención general y especial), para acrecentar el conocimiento de la población del Distrito del Cusco, de las leyes penales y de las sentencias condenatorias dictadas en los 06 Juzgados Penales del Cusco y de esa forma controlar de mejor manera la criminalidad, tomando en cuenta para ello las leyes penales y las sentencias condenatorias dictadas en los 06 Juzgados Penales del Distrito del Cusco durante el 2004, 2005 y 2006.

El Estado es un orden que regula la conducta de los hombres. La legalidad es el factor esencial del Estado de derecho, en el que los órganos administrativos y jurisdiccionales deben respetar las reglas generales establecidas mediante las leyes, para garantizar el respeto de las libertades individuales y el normal desarrollo de la vida de la comunidad. El Estado de Derecho ha venido evolucionando, para erigirse en el Estado Moderno como el gobierno de la norma constitucional que sustituye al gobierno de los hombres.

La lucha contra la criminalidad es deber del Estado, que debe desarrollarse con la participación directa de la sociedad. La Constitución Política peruana de 1993, establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. El Tribunal Constitucional ha tomado partido en el manejo de los fines de la pena, por los lineamientos de la teoría dialéctica de la unión.

La Judicatura del Distrito del Cusco al imponer las penas establecidas en el Código Penal de 1991 en los diversos procesos, se sujeta a los alcances de la norma constitucional y por tanto, la ejecución de las sanciones busca la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, evitando de esa manera que vuelva a delinquir (prevención especial). Las personas que no han delinquido, viendo que los seis Jueces penales del Distrito del Cusco sancionan a los que cometen delitos, nunca lo hagan (prevención general).

De acuerdo a la prevención general, se pune para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, para que se abstengan de delinquir en el futuro. La Prevención general negativa, significa que la pena impuesta sirve de pura

intimidación negativa, para que no se delinca. La Prevención general positiva, busca la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.

En la Prevención especial la pena se dirige al que ha cometido delito, para que no vuelva a delinquir. En la Prevención especial positiva, la pena sirve a una finalidad de resocialización, para evitar que ese delincuente vuelva a delinquir. En la Prevención especial negativa la finalidad de la pena, es eliminar o neutralizar al sentenciado (reo).

Las Teorías mixtas o de la unión persiguen formulas que sirvan de puente entre unas y otras teorías. Postulan que la pena se legitima en la medida que sea, al propio tiempo, justa y útil; son absolutamente dominantes en la actualidad. En esa línea se ubica la teoría dialéctica de la unión de Roxin, que propugna que la pena cumple tres funciones: En el momento de la norma penal (prevención general); en la imposición judicial de la pena (retribución) y en el momento de la ejecución penal (Prevención especial).

En el presente trabajo se demuestra que la ciudadanía no concurre a las audiencias y a otros actos procesales públicos, porque no le llama la atención hasta que el delito le toca sus puertas. En la gran mayoría de casos, a las audiencias solamente asisten las partes (acusado y agraviado), a veces sus familiares y algunas veces el periodismo y los estudiantes de derecho. El común ciudadano a veces se entera de las penas impuestas, por noticias periodísticas. El Estado interviene mediante el sistema penal, después de cometido el delito. La población desconoce que se ejerzan acciones preventivas, por no existir información al respecto ni ella es parte activa. Las penas impuestas en los 06 Juzgados Penales del Cusco en los años 2004, 2005 y 2006, tienen pequeña importancia en la prevención de delitos.

Es necesario que el Estado mediante las instituciones públicas dependientes del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial desarrolle en cada Distrito, Provincia y Región los mecanismos preventivos frente a la criminalidad, con la activa participación de los Gobiernos Regionales, Municipales y la sociedad civil toda.

SUMMARY

Suggest a program based on the Mixed or of the Union Theories that they are the absolutely dominant ones in today, when allowing a least polemical solution (fair pains and you punish useful general prevention and special), to increase the knowledge of the population of the District of the Cusco, of criminal laws and of the dictated judgments of conviction in the 06 Criminal Courts of the Cusco and of that way control of better way criminality, Taking in bill for it criminal laws and the dictated judgments of conviction in the 06 Criminal Courts of the District of the Cusco during the 2004, 2005 and 2006.

The State is an order that controls the men's conduct. Legality is the essential factor of the State of right, in which the administrative and jurisdictional organs must respect the established general rules by laws, to guarantee the individual freedom respect and the normal community life development. The Right State has come developing, to set up as the Modern State like government of the constitutional rule that replaces the men's government.

The fight against criminality must is the State, that has to develop with society's straight participation. The Political Constitution Peruvian of 1993, sets that "the penitentiary period has object re-education, rehabilitation and reincorporation from that punished to " society. The Constitutional Tribunal has taken match in the handling of the ends of the pain, by the positions of the dialectical theory of the union.

The Judicature of the District from the Cusco to that imposing the established pains in the Criminal 1991 in the different ones process Code, holds one to the scopes of the rule constitutional and therefore, the sanction execution looks for re-education, rehabilitation and reincorporation of that punished society, avoiding of that way that gets back to commit an offence (prevention special).

According to the general prevention, he punishes one so the delinquent's punishment serves as punishment the other citizens, so they refrain from committing an offence in the future. The general Prevention negative, means that the imposed pain serves as negative pure intimidation, so one does not commit an offence. The general Prevention positive, looks for the positive assertion of the Criminal Right as assertion of the

fundamental juridical convictions, of the social awareness of the rule, or of an attitude towards respect for the Right.

In the special Prevention the pain goes to what has committed misdeed, so he does not get back to commit an offence. In the positive special Prevention, the pain serves to a purpose of reintegrating society, to avoid that that delinquent gets back to commit an offence. In the negative special Prevention the pain purpose, is to eliminate or neutralize to the sentencing (culprit).

The mixed or of the union Theories pursue you formulate that they serve as bridge between everybody theories. They postulate that the pain legitimates one in the measured that is, to the own time, fair and useful; they are dominant in today absolutely. In that line one the dialectical theory of the union of Roxin, who supports who the pain fulfils places three functions: At the moment of the criminal rule (general prevention;) in the judicial imposition of the pain (retribution) and at the moment of the criminal execution (special Prevention).

In the present work demonstrates that the citizenship does not concur to the audiences and to other public procedural acts, because he does not call him the attention until the misdeed touches him his doors. In the big most of cases, to the audiences only right journalism and the students are present the parts (denounced and offended,) sometimes his familiar and some times. The common citizen sometimes finds out about the pains imposed, by journalistic news. The State supervises by the criminal system after task, the misdeed. The population is unknown that practice one preventive actions by not exist information, to the concerning nor she is current part. The pains imposed in the Cusco's Criminal 06 Courts in years 2004, 2005 and 2006, feel sad small in the misdeed prevention.

That the Been by the public institutions dependent on the executive power, Legislative and Judicial develop in each District, Province and Region the preventive mechanisms opposite to criminality is necessary, with her everything activates participation of Regional, Municipal Governments and civil society.

INTRODUCCION

El Derecho Penal, esta orientado a cumplir en la sociedad la función de protección de los bienes jurídicos.

La pena es un juicio de valor público de carácter ético-social, que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica. La pena implica un acento negativo, posee también el carácter de un mal y en última instancia debe poder servir para el bien del condenado. El mal inherente a la pena consiste en que la imposición afecta la libertad, patrimonio, tiempo libre, etc. del culpable.

La justificación de la pena reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento coactivo.

Los fines de la pena, explican las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías mixtas o de la unión.

La idea de la «retribución» («*Vergeltung*») alude a la necesidad de sancionar al autor de un hecho delictivo precisamente por haberlo realizado.

La idea de la «prevención» («*P'ravenlzon*») amplía más el ámbito de finalidades perseguidas por la pena. Ésta no se impone porque el sujeto ha delinquido, sino para que el mismo no vuelva a delinquir en el futuro (*prevención «especial*»: referida a un sujeto en especial, el propio delincuente), o como ejemplo testimonial para que en la Sociedad no se vuelvan a cometer más delitos (*prevención «general*»: referida a todos los componentes de la Sociedad en general).

La prevención general: Se pune para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos y se abstengan de delinquir en el futuro. a) Prevención general negativa: La pena impuesta sirve de

pura intimidación negativa, para evitar que delincan. b) Prevención general positiva: La pena se orienta a afirmar en la sociedad, una actitud de respeto hacia el Derecho incluido el Derecho Penal.

La Prevención especial: la pena se dirige al que ha cometido delito, para que no vuelva a delinquir. a) Prevención especial positiva: La pena sirve a una finalidad de prevención especial o resocialización, para evitar que vuelva a delinquir. b) Prevención especial negativa (o inocuización): La finalidad de la pena, es eliminar o neutralizar al sentenciado (reo) y comprende la pena de muerte, la cadena perpetua y otros.

Las condenas impuestas en los seis Juzgados Penales del Cusco, son elementos de poca eficiencia en la prevención del delito, a lo que se suman la falta de acciones coherentes del Estado y de la sociedad, en esa perspectiva.

La ciudadanía cusqueña no conoce que se desarrollen acciones preventivas. De estas, si las hay, no se proporciona el informe adecuado. La prevención no deben ejecutarse aisladamente sin la participación activa del principal interesado en la protección de los bienes jurídicos, que es la propia ciudadanía.

El común ciudadano no asiste a las audiencias, por que lo siente ajeno a la delincuencia, hasta que sea víctima. Ese desinterés, es otro de los favores que se le concede a la criminalidad. La mayoría de las penas impuestas, desconoce y casi nunca, lo sabrá. Al asistir a los Juzgados y Salas donde se vienen imponiendo penas a los autores del delito, se enteraría de los pormenores de la comisión del delito, para que en base a ese conocimiento, provea de mejor manera la protección a sus bienes jurídicos.

Se percibe la ausencia de difusión de las leyes penales en la colectividad. Ignora el pueblo que conductas están penalmente prohibidas. Se esfuerce en la labor educativa de las leyes, en forma continua y simultánea a su puesta en vigencia.



CAPITULO I

EL ESTADO Y EL DERECHO PENAL.

I.-) EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

1.-) EL ESTADO

El Estado es una forma determinada de organizar la colectividad basada en la institucionalización del poder político. La mayoría de los estados se configuran, básicamente, en torno a tres aspectos esenciales:

- a.-La subordinación del poder político al Derecho y su control por éste (Estado de Derecho).
- b.-Las relaciones entre Estado y Economía (Estado Social).
- c.-La participación de los ciudadanos en la organización política (Estado Democrático).

La Constitución ha sido instrumento inseparable en la evolución del Estado, desde las primeras manifestaciones de formas políticas estatales.

1. 1.-) Poder y Derecho.

Poder y Derecho son dos elementos del Estado que se encuentran presentes en toda organización humana. Normalmente enfrentados como elementos difícilmente conciliables. Sin embargo, de su equilibrio y armonía depende en gran medida la organización de la sociedad.

1. 2.-) Estado y Estado de Derecho.

a.-) ESTADO:

Kelsen señala que el Estado es "...un orden que regula la conducta de los hombres, [...] este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar constituido por dos órdenes diferentes". "El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un Estado".¹

Para Vanossi Jorge Reinaldo A., el "Estado es un instrumento de que se vale la

¹ Kelsen, Hans. Teoría Pura del Estado. Ed. Tachu. Lima, pág.150-151.

sociedad para organizar una parte del poder, que es el poder público, a fin de asegurar el orden de convivencia, que es como decir el predio de la libertad. Entendemos al Estado como organización, que ordena, distribuye, aplica y controla el poder político en busca de la armonía social”².

b.-) ESTADO DE DERECHO:

La expresión “Estado de Derecho” aparece por primera vez al principio del s. XIX en el derecho alemán (Rechtsstaat) y en 1832 la formula nítidamente Robert Von Mohl.

b.1.-) NOCIÓN DE ESTADO DE DERECHO.

Cuando nos referimos a Estado de Derecho, lo hacemos con relación a una forma de Estado muy concreta, que nace en el siglo XVII en Inglaterra y a finales del XVIII en los EE.UU. y en el continente europeo. «Se trata pues de una categoría histórica de Estado, de un Estado caracterizado por contar con un orden jurídico cuyo fin básico es la libertad, igualdad y felicidad del individuo»³.

b.2.-) CONDICIONES DEL ESTADO DE DERECHO.

La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, al alumbrar la nueva forma de Estado, nos proporciona las condiciones esenciales que deberá reunir todo Estado que pretenda ser un auténtico Estado de Derecho: división de poderes, garantía de los derechos individuales, sometimiento a la ley e independencia judicial.

b.3.-) EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO I. EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO.

El Estado constitucional o de Derecho ha sufrido cambios importantes, que nos permiten hablar de dos modalidades específicas dentro de la forma general: el Estado liberal de derecho y el Estado social de Derecho. Estas fases corresponden a fases históricas sucesivas, donde las carencias de la primera propician la aparición de la segunda, pero que en modo alguno constituyen dos modelos contrapuestos.

El Estado liberal de Derecho nace bajo una marcada inspiración individualista: defiende bienes individuales, como son la libertad, la igualdad y la propiedad, y se desentiende prácticamente de los demás. Se constituyen a través de una constitución

² Vanossi Jorge Reinaldo A., citado por Dalla Via Alberto. Graña Eduardo. Sisinni Nicolás. Basterra Marcela. Ed. De Belgrano. Manual de Teoría del Estado y del Gobierno, Pág.24.

³ Santaolalla López, F. (2004). *Derecho Constitucional*, Ed. Dykinson, Madrid, Pág. 79.

escrita, pero precedida o incorpora un declaración de derechos humanos. El estado se hace abstencionista, en el sentido de que no se considera competente para resolver los numerosos problemas sociales que depara la nueva sociedad industrial y urbana. Otro principio es la igualdad, pero en sentido formal, ante la ley, que debe dispensar a todos el mismo trato. El Estado liberal se apoya también en el principio democrático, en la necesidad del consentimiento para el ejercicio del poder.

b.4.-) EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO II. CRISIS DEL ESTADO LIBERAL.

El desarrollo económico y social trajo consigo una fuerte emigración del campo a la ciudad y la aparición de un extenso proletariado urbano. Con ello se produjo una profunda inestabilidad social y, a la larga, la crisis de este primer tipo de Estado de Derecho.

Se van a plantear dos grandes respuestas, aunque de finalidad muy distinta que significó la sustitución de ese modelo estatal por otro distinto.

La primera respuesta es la representada por el marxismo y el socialismo extremo, que van a denunciar ese Estado como una organización puesta al servicio de los intereses de la burguesía.

La segunda respuesta, es la que va a determinar la evolución desde el Estado liberal de Derecho a un nuevo modelo caracterizado por mantener los elementos básicos del Estado constitucional, pero corregidos en mayor o menor medida por unas nuevas exigencias. A su vez se perciben dos actitudes distintas dentro de este bloque: el socialismo moderado y la de un cierto conservadurismo. Todo esto propició la aparición del Estado social de Derecho, también conocido como Estado del bienestar, *welfare State* o Estado providencia.

b.5.-) EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO III. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Se presenta como una superación o corrección del Estado liberal. Los cimientos se mantienen prácticamente inalterados. Hay un cambio por la vía de la adición que de supresión. Estas alteraciones son varias entre ellas la quiebra de la anterior separación entre el Estado y la sociedad. El primero abandona su anterior distanciamiento de la segunda. El Estado se hace intervencionista: se manifiesta en la propiedad y la libertad comercial. La libertad y la igualdad dejan de ser principios

formales, lo que significa que el Estado queda comprometido en su disfrute efectivo por los súbditos. Por otro lado, se produce la consolidación del principio democrático, con la admisión del sufragio universal, de un hombre, un voto, abandonándose así el sistema de sufragio censitario, que reservaba a las clases poseedoras la participación en el gobierno del Estado. Esta forma de Estado se insinuó en la Constitución mejicana de 1917 y con la alemana de 1919.

b.6.-) EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO IV. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Pero también el Estado social de Derecho ha sufrido una crisis que ha llevado a una redefinición más o menos matizada de su función. En la medida que su obligación de proporcionar bienestar a toda la población le llevó a convertirse en el protagonista principal de la vida económica y, con ello, en el responsable de la buena marcha de esta última.

«El Estado del bienestar se vio atrapado en una especie de círculo vicioso: la prestación de servicios sociales podía conducirle a afectar negativamente a la economía y esto último hacía peligrar los objetivos con los que nació. En particular, la imposición de una presión fiscal muy fuerte o el establecimiento de cotizaciones sociales elevadas, indispensables para financiar todas esas prestaciones, provocaba una disminución de la inversión y, con ello, las posibilidades de crear nuevos puestos de trabajo. Y al ocurrir esto último, bajaba la actividad económica y el Estado recaudaba menos recursos»⁴.

En todo caso, la tendencia del Estado social de Derecho es hacia la disminución de su dimensión.

b.7.-) EL PERÚ Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

El Perú es un Estado democrático y social, insertado dentro de la concepción del Estado Constitucional de Derecho, en el que todos los habitantes se encuentran sometidos a la ley y no a la voluntad de quien ostenta el poder (art.43 de la Constitución Política).

De acuerdo a la Constitución, Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general

⁴ Santaolalla López, F. (2004). *Derecho Constitucional*, Ed. Dykinson, Madrid, Pág. 88.

que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (art.44).

El deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y el de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, se desarrolla evitando que las personas cometan delitos o habiéndolo hecho, no vuelvan a hacerlo.

Si no se cometieran delitos, no habría necesidad de acudir a la imposición de sanciones. Para que en la sociedad no se perpetren delitos, se exige una adecuada ordenación de la conducta de las personas, que acepten las normas de convivencia pacífica. El fenómeno criminal es connatural a la sociedad humana, siendo anormal su crecimiento o decrecimiento. No se pretende eliminar la presencia de la criminalidad en la sociedad, sino hacer que sea un fenómeno controlable. Desarrollar estrategias definidas y realizables, para que se evite se cometan delitos (prevención) y sancionando a los que lo hicieron, para que no vuelvan a hacerlo. El objetivo de la sociedad, es materializar la convivencia pacífica.

La lucha contra la criminalidad es deber del Estado, que debe desarrollarse con la participación directa de la sociedad. Es obligación del Estado desplegar una permanente lucha contra el delito, con el propósito de garantizar la seguridad jurídica. El Estado peruano mediante el Derecho Penal, ejecuta la función de protección de los bienes jurídicos del individuo y de la sociedad, para lo que acude a los medios preventivos y represivos. Si en el Estado (en todos los Estado del mundo) recae el deber de controlar la delincuencia, evitando su comisión y haciendo que disminuya, entonces le corresponde fijar estrategias seguras y posibles de llevar a la práctica. Se implementen los mecanismos idóneos en la sociedad, a fin de que esa obligación estatal no sea incumplida y la diligencia estatal se imponga. Faúndez hace bien al señalar «que la negligencia en la prevención del delito y en el castigo del delincuente constituye una violación de las obligaciones que el Estado ha asumido en materia de derechos humanos, debiendo garantizar el derecho de toda persona a vivir sin el temor de verse expuesta a la violencia criminal, y debiendo evitar -por todos los medios a su alcance- la impunidad de tales actos»⁵.

Los bienes jurídicos pertenecen al hombre y a la sociedad, quienes son los directos interesados en que se mantengan incólumes. Hay la necesidad de que tanto el

⁵ Faúndez Ledesma, H. (1999). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. (2ª Ed). San José, Costa Rica, pág.31.

individuo y la sociedad toda, intervengan en forma activa al lado del Estado, en la lucha contra la delincuencia. Sin la presencia de la sociedad y de la persona, esa lucha sería (es) deficitaria.

Desde el primer Código Penal Peruano de 1863, la evolución que ha experimentado nuestro derecho positivo, en materia del manejo de las penas, ha seguido las tendencias que en su momento la legislación penal europea, ha tenido. El Código Penal Peruano de 1863, tuvo como fuente el Código Penal español de 1848-50. Tenemos hasta la fecha tres Códigos Penales, el primero de 1863, el segundo de 1924 y el tercero, el vigente desde el 26 de abril de 1921. El Código penal de 1863 se basaba, en el eclecticismo de los juristas europeos Rossi y de Pacheco que aunaban las ideas de la retribución y de la prevención general. A partir del Código de 1924 y en las posteriores reformas, se fueron introduciendo paulatinamente instituciones que se orientan en la prevención especial.

Las variaciones que ha experimentado la teoría de la pena en el Código penal peruano no han supuesto cambios radicales. Han limitado a otorgar preponderancia a la prevención general sobre la especial y viceversa, o bien a tratar de armonizar ambas. Debe destacarse que a consecuencia del debate científico que ha tenido lugar en los medios doctrinarios, se observa una pugna de las concepciones preventivas de la pena por desplazar a la idea de la retribución de la teoría de la pena.

El inc.22 del art.139 de la Constitución peruana de 1993 (vigente desde el 30 de diciembre de 1993), establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Este precepto constitucional, no puede ser interpretado en el sentido de que la prevención especial tenga que ser el fundamento de la pena ni tampoco que la prevención especial, sea el único de sus fines. El Tribunal Constitucional al respecto ha establecido que “al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto de Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que señala el régimen penitenciario”.

El invocado precepto constitucional (inc.22 del art.139) y la opinión del Tribunal Constitucional, determinan que el aspecto re socializador de la prevención especial

tiene que ser uno de los fines de la pena. A parte de que el aspecto re socializador de la pena instituida por la Constitución debe entenderse, que ese es el fin a que debe atender la ejecución de la pena. La norma constitucional no excluye que la pena pueda perseguir también los fines de la prevención general.

Si la pena encuentra su *fundamento* en el delito cometido, pero habrá de ser, además, *necesaria* para evitar la comisión de delitos en el futuro. La pena habrá de ser ante todo justa, es decir, proporcionada a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad del autor y las exigencias de la prevención general y de la prevención especial únicamente podrán desempeñar una función limitadora de la aplicación de la pena justa, en el sentido de que ésta deberá ser reducida o dejar de ser aplicada cuando no sea necesaria a partir de consideraciones preventivas.

La Constitución peruana, no impone de modo expreso una determinada teoría de la pena, ni podría haberlo hecho. Lo que nos anima, es buscar que consecuencias positivas o negativas, genera en la sociedad cusqueña la imposición de las penas. La prevención y la retribución deben ir de la mano, en la lucha contra la criminalidad.

2.-) FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

El Derecho se desenvuelve en el contexto de la sociedad, por ser un fenómeno social, solo puede existir en la sociedad y para ella. El Derecho Penal, como una de sus ramas se orienta a regular la conducta de las personas para garantizar la convivencia pacífica en la sociedad, previniendo y reprimiendo la lesión o puesta en peligro los bienes jurídicos.

La convivencia del ser humano en sociedad origina una serie de relaciones, las que varían de acuerdo al tiempo y lugar donde se suscitan. Hay relaciones sociales que generan conflictos, al afectar la convivencia pacífica y dentro de esos conflictos, pueden existir conflictos de naturaleza penal, o sea la comisión de delitos, que requieren ser sancionados por el Estado para que garantice la convivencia.

La problemática de la función del Derecho Penal está relacionada a la función de la pena, sin abordar esta vinculación no se lograría alcanzar las dimensiones de tan importante tema.

Bacigalupo⁶, expone que la “función de Derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho penal. De una manera simplificada en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el Derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el Derecho penal tiene una función social, caracterizada por unos como la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos) y por otros como la prevención mediante la ratificación de la norma vulnerada a través de la desautorización del comportamiento infractor de la misma”.

Jescheck⁷, señala que la misión del Derecho penal es la protección de la convivencia humana en la comunidad, mediante la represión y prevención de las conductas delictuales.

a.-) Función represiva: el Derecho penal realiza su tarea de defensa de la Sociedad, castigando las infracciones jurídicas ya cometidas.

b.-) Función preventiva: El Derecho penal cumple la misión de defensa de la Sociedad, previniendo infracciones jurídicas de comisión futura. Sin embargo, las funciones represiva y preventiva del Derecho penal no son contradictorias, sino que deben entenderse como una unidad: mediante la conminación, la imposición y la ejecución de la pena justa, el derecho penal sirve a la finalidad de prevenir infracciones jurídicas en el futuro.

Jakobs explica que la función del Derecho Penal reside en la «*confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la Sociedad*»⁸

II.-) LAS TEORÍAS DE LA PENA. Se clasifican en teorías absolutas, relativas y mixtas o de la unión.

⁶ Bacigalupo, E. (2004). Derecho Penal Parte General. (1ª Ed). Lima, Pág.29.

⁷ Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich. (1993). Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducción del Dr. Manzanares Samaniego, José Luís. Granada. Pág. 2 y 3.

⁸ Jakobs Günther, citado por Polaino Navarrete, Miguel. Instituciones de Derecho Penal Parte General, pág.100.

1.-) TEORÍAS ABSOLUTAS. Sostienen que la pena no es más que la retribución al delito cometido. La pena no se orienta a fines ulteriores.

Polaino Navarrete⁹ afirma que estas teorías conciben la pena como retribución o castigo por el mal delictivo realizado y tradicionalmente suele expresarse mediante la Ley del Talión: "Ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre".

La doctrina de estas teorías absolutas pueden resumirse en el siguiente postulado: la pena "retribuye" el delito, es decir, la pena es únicamente "castigo" al delincuente por su delito: no desempeña ni persigue otra función (preventiva o social) ulterior.

a.-) LAS TEORÍAS DE LA RETRIBUCIÓN Y EXPIACIÓN. En la agrupación de estas teorías, Gunther Jakobs¹⁰ ubica dentro de las teorías absolutas, a las teorías de la retribución y a las teorías de la expiación.

a.1.-) Las teorías de la retribución.

1. Los contenidos de las teorías de la pena se reducen, en general, a dos fórmulas: *Punitur, quia peccatum est* (teoría absoluta) y *punitur, ne peccetur* (teoría relativa). A partir de ese contenido no cabe confrontar ya naturalmente, la mayor parte de las teorías más recientes. En la actualidad puede considerarse demostrado que sólo se castiga para mantener el orden social, de modo que todas las teorías se insertan en el *ne peccetur*, o, más precisamente: en el interés por la estabilización de la norma. La polémica sólo gira ya en torno a si (y en qué medida) la pena ha de determinarse en virtud de esta función o de si tiene un contenido independiente de su función.

2. Según el modelo de la prevención general positiva acabado de exponer, la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad. El modelo no facilita una justificación de por qué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma. En contra se esgrimen dos objeciones: Por una parte, lo que debe garantizarse no es el estado real de la sociedad, sino la justicia; por otra, la garantía no debe verificarse de modo que se utilice al autor como medio para fomentar el bien de los demás. Es difícil de evaluar el peso de ambas

⁹ Polaino Navarrete Miguel. Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas. Ed. Grijley Lima-Perú 2004, pag.115.

¹⁰ Jakobs, Günter. (1997). Derecho Penal Parte General. Traducción de Joaquín Cuello Contreras. Serrano González de Murillo, José Luís. (2ª. Ed). Corregido. Madrid. pág.20.

objecciones, pues ya no se defiende en la doctrina penal el fomento de la justicia como fin independiente, e incluso históricamente sólo se ha propugnado en casos aislados. Pero si en el fondo está fuera de duda que el Derecho penal debe servir para el mantenimiento del orden social digno de mantenerse, ya no se trata de una legitimación absoluta de la pena, sino sencillamente de una delimitación absoluta de una pena definida relativamente o del respaldo relativo de una legitimación absoluta que se percibe como insuficiente. Así, incluso el principio retributivo más conocido, el del talión -es decir, el principio de la retribución de un mal con otro igual-, es cuando menos una limitación de la pena: El principio «ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie», etc., limita la venganza a la medida de la pérdida del bien ocasionada por el hecho.

a.2.-) La teoría de la expiación.

La expiación como comprensión por parte del autor del injusto realizado, así como de la necesidad de pena, con la consecuencia de una reconciliación con la sociedad, ya no se propugna hoy en día como función principal de la pena. En parte se afirma que es legítimo que la pena posibilite la expiación, pero sin que se pretenda la expiación con carácter forzoso. En tanto que se quiere decir que el fenómeno de la punición, incluida la ejecución de la pena, ha de configurarse de modo que se fomente la disposición del autor a la expiación, no se trata ya de un problema de la teoría de la pena.

CAPITULO II

TEORÍAS RELATIVAS (PREVENTIVAS) DE LA PENA.

I.-) CONCEPTO.

Estas teorías son las que postulan que la pena es un medio, para obtener determinados fines: la prevención general (positiva y negativa) y la prevención especial (positiva y negativa).

García-Pablos de Molina¹¹ explica que son genuinas teorías sobre el «fin» de la pena. En caso de conflicto entre la retribución y las exigencias de la prevención, conceden primacía a estas últimas. Las tesis prevencionistas no constituyen, novedad alguna en el mundo de las ideas político-criminales. Podríamos reconducir, incluso, su formulación clásica hasta Séneca y Protágoras. Pero hasta Feuerbach no se distinguieron con nitidez, probablemente, sus dos orientaciones básicas: la de la prevención «general» y la de la prevención «especial». La primera, se llevaría a cabo a través de un efecto contra motivador, psicológico, sobre la comunidad, sobre la criminalidad potencial o latente: bien mediante la conminación penal abstracta, bien mediante la ejecución de la pena en el delincuente concreto. El criminal debe ser intimidado, el ciudadano honrado ha de ser fortalecido en sus buenos propósitos, el ciudadano dubitativo tiene que decidirse por el bien de la amenaza y el miedo a la pena.

1.-) DIFERENCIAS ENTRE LAS TEORÍAS ABSOLUTAS Y LAS TEORÍAS RELATIVAS.

García-Pablos de Molina¹² describe que para las Teorías Absolutas o Teorías Retribucionistas “la pena es retribución, un mal que se infringe al culpable para compensar el mal que éste causó previamente: es pura «compensación», sin que la valoración del hecho culpable pueda ser interferida por consideración extrañas al mismo, utilitarias o de diversa índole, ajenas a la idea de justicia. Estas teorías apelan a exigencias «incondicionadas» de justicia, exigencias «absolutas». De ahí la denominación de las mismas”.

García-Pablos de Molina acudiendo a Hassemer traza la distinción entre teorías «absolutas» y teorías relativas:

¹¹ García-Pablos de Molina, Antonio. (2000) Derecho Penal: Introducción. Madrid pag. 130, 136-137.

¹² *Ibidem*.

«La nueva determinación del carácter de la pena da lugar a que se fijen, también, de nuevo los presupuestos bajo los cuales se puede justificar la pena. Los presupuestos de legitimación de la pena concebida absolutamente son de naturaleza conceptual y sistemática, y están situados en la frontera del in put: si el autor ha delinquido, si es necesaria una pena por imperativo de la justicia, si la voluntad contraria al Derecho en sí misma causa un mal, el delito debe ser negado y el orden jurídico restablecido mediante la pena. Por el contrario, los presupuestos de legitimación de la pena concebida relativamente, son de naturaleza empírica, y se sitúan en la frontera out put, en las consecuencias de la pena: si la amenaza penal, la imposición y ejecución de la pena son útiles para evitar perjuicios, conseguir bienestar y reforzar la justicia.

Si en las teorías «absolutas» coincidían concepciones idealistas, liberales e individualistas, en las «relativas» son, fundamentalmente, pensamientos de carácter humanitario, social, racionalista y utilitario los que se entrecruzan.

2.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

Cuello Contreras Joaquín¹³ dice que la pena sirve a una finalidad de prevención general del delito. Se pune para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, para que se abstengan de delinquir en el futuro.

"Pero, ¿cuáles serán las penas convenientes a estos delitos? La muerte, ¿es una pena verdaderamente útil y necesaria para la seguridad y el buen orden de la sociedad? La tortura y los tormentos ¿son justos y obtienen el fin que se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen sobre las costumbres?".- "Es mejor prevenir los delitos que punirlos": Cesare BECCARIA, De los delitos y de las penas, 1764.

"Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía si hubiese algún hombre sobre la tierra, que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias": Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Discurso sobre las penas, 1792.

"La amenaza penal frente al posible infractor por medio del temor a la ejecución del mal amenazado por la lesión del Derecho es la finalidad de la pena": Paúl Anselm

¹³ Cuello Contreras, Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid. Y (1ª Ed). Dykinson. pág. 85.

VON FEUERBACH, Crítica del Proyecto-Kleinschrod de CP para los Estados bávaros. Chur-Pfale, 3ª parte, 1804.

3.-) FORMAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

Son la prevención general positiva y la prevención general negativa.

a.-) LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA. García-Pablos de Molina¹⁴ señala que la de la prevención general mantiene que la pena lleva a cabo sus objetivos de prevención del crimen operando en la colectividad a través de unos mecanismos motivadores (contra motivadores) que se supone frenan y contrarrestan la delincuencia latente o potencial. Parte, pues, de la idoneidad de la «pena» para llevar a la práctica tales fines y de la viabilidad de éstos.

a.1.-) Origen De Su Enunciación. García-Pablos de Molina¹⁵, expone que la formulación moderna de la prevención general negativa “se debe a Feuerbach (1275-1833). Según Feuerbach, misión del Estado es impedir la violación del Derecho, lo que no puede conseguir exclusivamente con un omnipresente poder «físico»: para anticiparse a aquélla tiene que acudir a unos resortes coactivos de naturaleza «psicológica». El recurso básico sería la «conminación penal» -no la ejecución de ésta, como se había pensado en otros tiempos-; el mal futuro que la previsión legal anunciaría al ciudadano indeciso, caso de llevar a cabo el acto prohibido, al ser mayor que el deseo que éste debía de satisfacer, lógicamente funcionaría como contramotivo y decidiría a aquél a favor de la ley. Lo importante, pues, sería que todo el mundo conociera las leyes. La efectiva aplicación de la pena desempeñaría un papel secundario: serviría sólo para confirmar la seriedad de la conminación legal, para ratificar que se trataba de una «efectiva» conminación.

Para Feuerbach, el que la pena, además, pudiera cumplir otros fines como el de la corrección del delincuente es algo accidental, casual.”

a.2.-) Tránsito A Una Prevención General De Integración Social. (referencia a la construcción de Zipf). Polaino Navarrete¹⁶ al abordar la prevención general positiva, explica que: “Modernamente, Heinz ZIPF parte de la teoría de la prevención general (en la que -a su juicio- se ha producido el desarrollo más notable dentro de la teoría de

¹⁴ García-Pablos de Molina, Antonio. (2000). Derecho Penal: Introducción. Madrid, Pág. 139.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Polaino Navarrete, Miguel. (2004). Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas. Ed. Lima. Grijley. pág.134.

los fines de la pena), pero no se estanca en sus principios tradicionales, sino que desarrolla una "teoría preventivo general de integración social" o - más abreviadamente de integración' ("Integrations prâvention").

En virtud de esta modalidad de prevención, se pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del Derecho en la integración social, por tanto a través del cumplimiento de la prevención de integración.

a.3.-) Prevención General Negativa: Defensores y Crítica. Cuello Contreras Joaquín¹⁷ postula que las modernas teorías de la prevención general negativa, que surgieron a mediados de los años sesenta, al hilo de la reforma del Derecho penal alemán (Proyecto oficial versus Proyecto alternativo), con gran fuerza y como complemento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, entendían que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia (no valorados conforme a una determinada concepción ética), la pena debía cumplir una función puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de entonces se entendían, alejándose de toda concepción de la pena que sugiera la idea de castigo o expiación. Desde el primer momento, es cierto, en esto se diferenciaban las modernas teorías de la prevención general negativa del terror absolutista, la pena preventiva estaba sometida a controles constitucionales como los de proporcionalidad entre el mal del delito y la cantidad de pena, respeto a la dignidad del condenado y orientación resocializadora del cumplimiento, capacidad de responsabilidad por los propios actos, etc.- Ahora bien, lo que estas teorías no han logrado nunca ha sido fundamentar la pena en una teoría general de la sociedad dentro de la cual el Derecho penal sea un instrumento más entre otros.

b.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA. Es la afirmación de una actitud de respeto por el derecho. García-Pablos¹⁸ explica que según Armin Kaufmann a la prevención general le corresponde tres cometidos: a) una misión informativa, advirtiendo al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer. b) La misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y

¹⁷ Cuello Contreras, Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid y (1ª Ed). Dykinson, pág.93.

¹⁸ García-Pablos de Molina, Antonio. Derecho Penal: Introducción. Pág.148

triunfar; y c) la tarea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el Derecho.

c.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (ESPECIAL REFERENCIA A LAS DOCTRINAS DE HEGEL Y DE JAKOBS). Polaino Navarrete¹⁹ señala que, la concepción hegeliana de la pena suele incluirse en las teorías absolutas de la pena. A nuestro juicio, este proceder es parcial, porque si bien es cierto que en HEGEL la pena tiene un incuestionable ingrediente retributivo, no es ése -en su concepción- el único objetivo que justifica la pena.

Creemos que es preferible estudiar esta tesis en el marco sistemático de las teorías relativas de la prevención general positiva, junto a la construcción del máximo impulsor contemporáneo de la Dogmática penal Günther Jakobs, cuya inspiración en la teoría hegeliana por lo demás es manifiesta y auto reconocida.

El insigne filósofo y pensador Georg Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831) incluye, en su obra cumbre *Grundlinien der Philosophides Rechts* (1820), la formulación de una "teoría de la pena", que ejerció gran influjo en la literatura penalista clásica, y modernamente ha inspirado la construcción del sistema penal de JAKOBS, quien a su vez, por su originalidad y creatividad, ha revolucionado la moderna Dogmática jurídico-penal.

La "construcción hegeliana" configuraba el "delito" como la negación del Derecho, y la "pena" como la negación de la negación del Derecho, doble negación que determinaba la reafirmación del Derecho o el restablecimiento del ordenamiento jurídico.

Cuando se realiza un delito (máxima contradicción a Derecho), ha de imponerse una pena, consecuencia jurídica que está llamada -por su parte- a anular aquella contradicción, constituyendo una negación de la negación que implica reafirmación del Derecho.

Para HEGEL, la pena tiene como fin la retribución del delito, y a su vez, proteger el Derecho, esto es, el mantenimiento de la vigencia de la norma jurídica, con lo que objeto de protección del Derecho es el propio Derecho.

¹⁹ Polaino Navarrete, Miguel. (2004). *Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas*. Ed. Lima. Grijley. pág.136.

d.-) PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA DIRECTA E INDIRECTA. Según Cuello Contreras Joaquín²⁰, en la prevención general, se resalta una de carácter directo y otra indirecta.

d.1.-) *Prevención General Positiva Directa.* Cuello Contreras explica que la prevención general positiva se puede entender de diversas formas. Una muy característica y extendida, la entiende como ejercicio del ciudadano en la fidelidad al Derecho, recordándole con la amenaza de la pena que se deben respetar las normas de convivencia. Lo que también es una forma de prevención general, pese a su aparente paralelismo con la retribución justa (relación de causa a efecto: puesto que no has sido fiel al Derecho resultas castigado)". A esta teoría se la puede denominar teoría de la prevención general positiva directa (o absoluta). Positiva, porque entiende que la pena y su imposición reafirman el Ordenamiento, impidiendo que éste se resquebraje como consecuencia del delito. Directa o absoluta, porque sostiene que el delito, y sólo el delito, exige ya la imposición de la pena como forma primigenia de afianzamiento del Ordenamiento jurídico.

Una de las versiones más modernas y mejor desarrolladas (también la más criticada en la actualidad) de esta teoría, es la de Günther JAKOBS: El pensamiento de JAKOBS sobre el significado de la pena y, en íntima relación con él, de la culpabilidad, está muy bien caracterizado entre nosotros en FEIJÓO SÁNCHEZ, Injusto penal, y, para ambos, seguimos leyendo en FEIJÓO SÁNCHEZ, la pena es réplica, retribución, por haber desautorizado el autor, con el delito, la norma que debe ser mantenida como modelo de orientación para el contacto social, frente a quien es reconocido como igual, de forma no individualizada (imposible en sociedades complejas como las actuales) sino estandarizada, a través del reconocimiento (o no reconocimiento: culpabilidad) de las normas. "Si en toda persona se presupone el respeto a las normas o, al menos, el deber de respetarlas, la culpabilidad es una falta de respeto al Derecho". "Lo que se retribuye es haber puesto en entredicho las normas como reglas vinculantes del comportamiento y haber atentado así contra la confianza de la población en las mismas (nota bene)". "El Derecho penal cuando impone una pena restablece la lesión que el autor ha producido con su hecho. No se trata de una lesión fáctica o empírica, sino normativa o comunicativa (una lesión de valores)". "El delito es un `ejemplo

²⁰ Cuello Contreras Joaquín.(2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid y (1ª Ed). Dykinson, pág.94.

insoportable que desorienta a los ciudadanos que están dispuestos a tener en cuenta las reglas básicas de convivencia".

d.2.-) *Prevención General Positiva Indirecta.* La prevención general positiva debe entenderse como seguridad colectiva o prevención general positiva indirecta (o relativa). Indirecta (o relativa) porque se pune debido a que, así, el ciudadano normal (todos), que no tiene la intención de delinquir (e, incluso los delincuentes, por lo que respecta a sus bienes), se siente más seguro de que determinados comportamientos antisociales no se van a producir, o al menos no en tan alta medida, debido a que están amenazados con penas. De la importancia de este último planteamiento prevencionista da cuenta la relevancia política de la pena. Precisamente la seguridad ciudadana y la Política criminal están cada vez más presentes en los programas electorales de los Partidos, al tiempo que los debates parlamentarios de índole penal son muy seguidos por la opinión pública (aborto, terrorismo, tráfico de drogas, etc.). Esta fundamentación de la pena representa, frente a las de la prevención general negativa y frente a la de JAKOBS, lo más parecido (si no fuese algo de lo que tanto se ha-abusado) a un cambio de paradigma: No se trata de comprobar si la pena motiva al posible infractor. No se trata de asegurar la fidelidad al Ordenamiento jurídico. Aunque ambos, sin duda, son fines del Derecho penal. No se trata, en suma de buscarle una utilidad a algo existente en la realidad (la pena ha existido en todas las culturas y los que han variado han sido los fundamentos más o menos humanos y civilizados que se han traducido en mayor benignidad y eficacia). Se trata, más bien, de desplazar la fundamentación de la pena desde la realidad social existente, en la que se entiende como algo imprescindible para la convivencia, para situarla dentro de la esfera de los individuos que la establecen y mantienen: Ninguna sociedad tendría penas si no lo quisiera (lo más parecido a rehusar tener que fundamentar la pena es argumentar que ésta es precisa).

e.-) PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA. Cuello Contreras Joaquín²¹ postula que las modernas teorías de la prevención general negativa, que surgieron a mediados de los años sesenta, al hilo de la reforma del Derecho penal alemán (Proyecto oficial versus Proyecto alternativo), con gran fuerza y como complemento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, entendían que, de la misma forma que el Derecho penal había de proteger eficazmente bienes jurídicos necesarios para la convivencia (no valorados conforme a una determinada concepción ética), la pena debía cumplir

²¹ *Ibíd*em pág.93.

una función puramente social, esto es, que verdaderamente sirviera para evitar que se realizaran comportamientos lesivos de los bienes jurídicos tal como a partir de entonces se entendían, alejándose de toda concepción de la pena que sugiera la idea de castigo o expiación.

4.-) CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PREVENCIÓN GENERAL.

Cuello Contreras Joaquín²² describe que la teoría de la prevención general, formulada por primera vez por BECCARIA, de ahí la importancia de su libro, y reformulada por FEUERSACH cuando se preguntó si no sería cruel castigar por el solo hecho de haber delinquido, como quería KANT, en respuesta al utilitarismo beccariano (iniciándose, así, una dialéctica culpabilidad/prevenición que dura hasta hoy), tiene muchos partidarios en la actualidad, pues es muy realista: El Derecho penal no persigue una finalidad de justicia en sí misma sino, más bien, una finalidad práctica con medios justos. Por eso, casi todos sus defensores admiten que, aunque la pena sirve de escarmiento y evitación de futuros delitos, debe encontrar un límite en la culpabilidad del autor, no pudiendo ir más allá la prevención del delito.

Ejemplo: Si la sociedad está muy sensibilizada por la frecuencia de pequeños robos en un momento dado, el Derecho no puede imponer penas muy severas a sus autores, porque la prevención general -tranquilizar a la sociedad- no puede ser el único criterio de determinación de la punibilidad.

5.-) ARGUMENTOS CONTRA LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

Cuello Contreras Joaquín²³ sostiene que la prevención general positiva, que paulatinamente gana adeptos en la Ciencia penal alemana y española, ha sido recientemente objeto de radical crítica por parte de ZUGALDÍA ESPINAR, para quien esta teoría, heredera de la de la retribución, (1) no fundamenta la pena en la prevención de la protección de bienes jurídicos, sino que se conforma con saberla útil para reforzar la confianza del ciudadano en las instituciones, (2) acepta acríticamente el sistema social que trata simplemente de mantener, (3) no se basa, ya se ha dicho, en la protección de bienes jurídicos, de los que prescinde en favor de la abstracta

²² Cuello Contreras, Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid y (1ª Ed). Dykinson, pág.91.

²³ Ibídem, pág.104.

confianza en el sistema, (4) sacrifica la resocialización a la "defensa del ordenamiento jurídico", desentendiéndose de las causas de los conflictos sociales, (5) resiste mal la tentación de hacer intervenir al Derecho penal frente a una teoría que se oriente a la protección de bienes jurídicos, (6) siendo menos susceptible de fundamentación, empleo y control que ésta, (7) con el pretexto de defender el Ordenamiento jurídico, lo que mal puede hacer si ni siquiera se preocupa de proteger (incluso penalmente) esenciales derechos sociales, defendiendo, más bien, la opinión social media, no la transformación del sistema, (8) siendo así que basta con principios limitadores del Derecho penal, como los de legalidad, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad e intervención mínima, sin que sea necesario una especie de sustrato de esos principios constituido por la necesidad de afirmar el Derecho.

6.-) LIMITACIONES A TODAS LAS MODALIDADES DE PREVENCIÓN GENERAL.

Cuello Contreras Joaquín²⁴ afirma que Cualquiera que sea la modalidad de prevención general que se siga, todas ellas se caracterizan por la finalidad de prevenir el futuro delito, amenazando con penas, motivando, así, a posibles infractores, razón por la cual debe admitirse que la capacidad de amenaza del Estado no es ilimitada, entre otras, por las causas siguientes: 1. Porque el delincuente no puede ser utilizado sólo como medio para prevenir el delito (KANT). 2 Porque amenazas penales draconianas llegan a perder todo el efecto intimidante sobre posibles infractores, al tiempo que corrompen la vida social. La reinstauración de la pena de muerte en España, p. ej., no motivaría más que las penas ya existentes a los autores de delitos a los que se aplicase y, sin embargo, heriría gravemente la sensibilidad de los ciudadanos que la repudian (y que, sin duda, no se quedarían de brazos cruzados, movilizándose en su contra) y embrutecería aún más a quienes confían en su eficacia. 3°. Porque la responsabilidad por el delito no es sólo del delincuente, sino también de la sociedad que, con sus injusticias, ha contribuido poderosamente a las desigualdades que coadyuvan al delito (no es casual que en las estadísticas de criminalidad las clases sociales marginadas están mucho más representadas que las clases medias y altas), lo que haría injusto que todo el peso de la prevención de futuros delitos recayera sobre el delincuente.

Esta última consideración explica el rechazo de una tendencia a la que el legislador histórico era muy proclive (lo que hoy, acertadamente, se trata de corregir) consistente en determinar la punición (más frecuentemente la graduación de la pena) única y

²⁴ Ibídem, pág.106.

exclusivamente en la necesidad de prevención general, a menudo bajo los términos de “alarma social provocada por el delito”.



CAPITULO III

LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y OTRAS TEORÍAS MIXTAS DE LA PENA.

I.-) TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

1.-) CONCEPTO.

Cobo del Rosal y Vives Antón²⁵ postulan que La prevención especial consiste en impedir u obstaculizar la repetición del delito por parte de quien ya lo cometió y respecto al que, por lo tanto, no fueron suficientes los mecanismos preventivo-generales. Tal clase de prevención se halla fundamentalmente ligada a la fase ejecutiva de la pena (aunque incluso el legislador, a la hora de configurar el sistema penal pudiera tener presente la finalidad de prevención especial) y tienen lugar a través de la intimidación o escarmiento resultante de la ejecución de la pena, de la educación, o corrección del delincuente para adaptarse a una vida social respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico, y, por último, cuando tales expedientes resulten fallidos, por medio del aseguramiento o inculización del delincuente por tiempo más o menos largo.

En la doctrina anglosajona, aunque los conceptos de prevención general y especial no son, ni mucho menos, desconocidos se prefiere generalmente hablar de la intimidación y de la corrección como fines de la pena. Pero esa variación no cambia los términos del problema de los fines de la pena, ya que ésta, para alcanzar sus finalidades preventivas, ha de tener efectivamente como objetivos los de intimidar y corregir.

2.-) LA PROBLEMÁTICA GENERAL DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL en el pensamiento de Jakobs.

GUNTHER JAKOBS²⁶, aborda el tema precisando los puntos en cuestión.

a) Cuando se considera misión de la pena desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se habla de prevención especial. No es que se afirme que el contenido del Derecho penal alemán vigente esté concebido a la medida de la prevención especial por entero o si acaso sólo en sus piezas esenciales; lo que sí se postula es que el Derecho penal debe configurarse de *lege ferenda* de modo que sirva a la prevención especial, o sustituirlo por medidas de seguridad idóneas. La

²⁵ Cobo del Rosal, Manuel. y Vives Antón, Tomas S. (1999). Derecho Penal: Parte General). Valencia. Pag. 803.

²⁶ Gunther, Jakobs. (1997). Derecho Penal Parte General: Traducción de Cuello Contreras, Joaquín. y Serrano González de Murillo, José Luís. (2ª Ed). Corregido. Madrid, pág.29.

exigencia mínima consiste en prescindir de aquellas penas con cuya ejecución incluso se eleva la probabilidad de que el autor cometa ulteriores delitos.

b) La influencia sobre al autor debe realizarse de modo que se le impida por la coerción física cometer otros hechos o que se le impulse a no cometerlos por su propia voluntad. Esto último sucede por la vía de la corrección (*Besserung*) del autor, sea esta vía la educación o el adiestramiento, la intervención corporal (por ejemplo, castración), o la intimidación mediante una pena admonitoria. La función de la pena y de las medidas de seguridad que la acompañan o la sustituyen se puede, por tanto, caracterizar, siguiendo a v. *List*, así: «1. Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella. 2. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. 3. Inocuidación del delincuente no susceptible de corrección».

c) a') La respuesta a la cuestión de si funciona en absoluto un modelo así y por qué, no es evidente. Las dudas sobre su funcionamiento no son oportunas mientras que en el tratamiento que se aplica al autor, corrigiéndole, intimidándole o inocuidándole surja tanto padecimiento que se marque de ese modo al autor como titular de los costes de la infracción ocurrida, pues mientras se asigne un padecer como consecuencia aún siguen siendo posibles los efectos de la prevención general positiva. Incluso la circunstancia de que al autor se le atribuya algo y se reaccione contra él le señala como causa del conflicto, reafirmandose así la norma. Estos efectos se basan en la impresión que suscitan en la generalidad el juicio penal de imputación y el tratamiento preventivo, y por ello no tienen nada que ver con las singularidades de la prevención especial; son más bien efectos secundarios de cuño preventivo-general.

- Lo específicamente preventivo-especial no es definir como conflicto la lesión efectiva de la validez de la norma mediante la infracción, sino tomar a la infracción de la norma como mero síntoma de futuros delitos del propio autor; el peligro de que se produzcan tales delitos es el conflicto desde un punto de vista preventivo-especial. Ha de renunciarse, por tanto, a la solución de la decepción de la expectativa normativa en favor de la solidez frente a decepciones de futuras expectativas cognoscitivas. Esta renuncia podría producirse si la solución cognoscitiva promete tener éxito y si además los decepcionados pueden definir al autor como diferente, no normal, necesitado de ayuda o algo similar, en todo caso como una

persona que -por lo que se refiere a la norma ocupa una posición especial. En tales casos no se altera la vinculatoriedad de la norma que rige para todos, porque el autor difiere de ese «todos» en un aspecto relevante. El principal caso en que se aplica tal solución de decepciones cognoscitivas es el tratamiento preventivo de aquellos en que resulta verosímil tanto la educabilidad como un déficit de educación, concretamente: el tratamiento de jóvenes y adolescentes. Por ello el Derecho penal juvenil es el reino de la prevención especial, y su sustitución por medidas no punitivas (que en el caso ideal ni siquiera han de sentirse como un mal), es una consecuencia preventiva especialmente conveniente, pero sólo si el déficit educativo se pone de manifiesto claramente y cabe solucionarlo en la práctica, pues de lo contrario también el Derecho penal juvenil se suma al modelo de la prevención general positiva.

- Sin embargo, si no se puede determinar en el autor ninguna singularidad, la interpretación preventivo-especial del conflicto en el ámbito cognoscitivo tiene como consecuencia necesaria que para el que ha resultado decepcionado también su propio comportamiento se convierte en un asunto de carácter meramente cognoscitivo. Si el comportamiento desviado que cualquiera lleva a cabo constituye una decepción de expectativas cognoscitivas, como lo es una enfermedad, la cuestión de cómo hay que comportarse se transforma para todos en la cuestión de cómo se comporta de hecho la gente. La vida social (así como la vida humana individual) ya no podría ser organizable de producirse esa abstención de la norma, desde luego no si se parte de una sociedad de las características de la actual.

b') Así pues, existe al menos la sospecha de que la prevención especial sólo funciona mientras vaya acompañada de efectos secundarios de naturaleza preventivo-general. El propio *v. Liszt* tiene en cuenta, incluso en los casos de personas que no muestran particularidades frente a la generalidad, consideraciones tácita aunque claramente preventivo-generales: En los supuestos de adultos reincidentes se trataría no tanto de corrección (lo que en todo caso no sólo le acarrea un mal al autor como de aseguramiento, y no en una jaula dorada, sino en «sujeción penal»). Probablemente tampoco la insistencia de *v. Liszt* en el principio del hecho se base sólo en los motivos de Derecho público por él ensalzados, sino en la eficacia intimidante de carácter preventivo-general propia de este principio.

3.-) MISIÓN DE LAS TEORÍAS DE PREVENCIÓN ESPECIAL.

Como explican Calderón Cerezo-Choclan Montalvo²⁷, para estas teorías, misión de la pena es hacer desistir, al autor que ha demostrado una prognosis criminal, deducida del delito cometido, en orden a la comisión de futuros delitos. Por tanto, la prevención es especial, esto es, frente al autor individual. Esta tesis adquiere el perfil de teoría independiente por el impulso de la «escuela jurídico penal sociológica» de Franz v. Liszt.

4.-) LAS TEORÍAS DE PREVENCIÓN ESPECIAL.

Presentan dos vertientes, la prevención especial positiva y prevención especial negativa.

a.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA O RESOCIALIZACIÓN.

Cuello Contreras Joaquín²⁸, afirma que la pena sirve a una finalidad de prevención especial o resocialización, es decir, para evitar que ese delincuente vuelva a delinquir en el futuro al menos mientras esté privado de libertad- y obtener su reinserción social.

"La pena es coacción. Se dirige contra la voluntad del delincuente que lesiona o destruye los bienes jurídicos en los que' la voluntad se realizó. Como coacción la pena puede ser de doble naturaleza:

a'.-) Coacción psicológica o motivación indirecta, mediata. La pena proporciona al delincuente los motivos que le faltan para impedir la comisión de delitos; los motivos existentes se ven aumentados y robustecidos. Ella aparece como adaptación impuesta del delincuente a la sociedad bien:

- a través de la corrección, es decir, mediante implantación y reforzamiento de motivos altruistas, sociales; bien
- a través de intimidación, es decir, mediante implantación y reforzamiento de motivos egoístas que, en sus efectos, coinciden con los altruistas.

b'.-) Coacción mecánica, directa, inmediata o violencia. La pena es secuestro del delincuente; inocuización provisional o duradera, exclusión de la sociedad o interna-

²⁷Calderón Cerezo, Ángel. y Choclan Montalvo, José Antonio. (2001). Derecho Penal Tomo I: Parte General (2ª Ed). España, Pág.447.

²⁸ Cuello Contreras, Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid y (1ª Ed). Dykinson, pág.85.

miento, la pena aparece como selección natural de los individuos socialmente inadaptados": Franz VON LISZT, La idea de fin en Derecho penal, 1882.

a.1.-) LA FUNCIÓN DE PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA. Zaffaroni²⁹ expone la función de la prevención especial positiva.

1. Siguiendo primero el modelo moral y más tarde el médico-policial, se intentó legitimar el poder punitivo asignándole una función positiva de mejoramiento sobre el propio infractor. En la ciencia social está hoy demostrado que la criminalización secundaria deteriora al criminalizado y más aún al prisionizado. Se conoce el proceso interactivo y la fijación de rol que conlleva requerimientos conforme a estereotipo y el efecto reproductor de la mayor parte de la criminalización. Se sabe que la prisión comparte las características de las instituciones totales o de secuestro" y la literatura coincide en su efecto deteriorante, irreversible en plazos largos. Se conoce su efecto regresivo, al condicionara un adulto a controles propios de la etapa infantil o adolescente y eximirle de las responsabilidades propias de su edad cronológica. No se sostiene la pretensión de mejorar mediante un poder que hace asumir roles conflictivos y que fija los mismos a través de una institución deteriorante, en la que durante tiempo prolongado toda su población es entrenada recíprocamente en el continuo reclamo de esos roles. Se trata de una imposibilidad estructural que no resuelve el abanico de ideologías de: resocialización, reeducación, reinserción, re personalización, re individualización, reincorporación. Estas ideologías se hallan tan deslegitimadas frente a los datos de la ciencia social, que se esgrime como argumento en su favor la necesidad de sostenerlas para no caer en un retribucionismo irracional, que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración.

2. Los riesgos de homicidio y suicidio en prisión son más de diez veces superiores que en la vida libre, en una violenta realidad de motines, violaciones, corrupción, carencias médicas, alimentarias e higiénicas y difusión de infecciones, algunas mortales, con más del cincuenta por ciento de presos preventivos. De este modo la prisionización se ejerce sin sentencia, en forma de pena corporal y eventualmente de muerte, lo que lleva hasta la paradoja la imposibilidad estructural de la teoría. La regla es que cuando una institución no cumple su función no debe empleársela. En la realidad paradoja; de la región, no debieran imponerse penas si se sostuviese coherentemente la tesis preventivista especial positiva. La circunstancia de que ni

²⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio. Y Alagia Slokar, Alejandro. (2002). Derecho Penal: Parte General. (2ª Ed). Buenos Aires, pág.62.

siquiera se mencione esta posibilidad prueba que la prevención especial es sólo un elemento del discurso.

3. En el plano teórico este discurso parte del presupuesto de que la pena es un bien para quien la sufre, sea de carácter moral o psicofísico. En cualquier caso, oculta el carácter penoso de la pena y llega a negarle incluso su nombre, reemplazándolo por sanciones y medidas. Si la pena es un bien para el condenado, su medida será la necesaria para realizar la ideología re que se sostenga y no requerirá de otro límite. El delito sería sólo un síntoma de inferioridad que indicaría al estado la necesidad de aplicar el benéfico remedio social de la pena. Si el delito es sólo un síntoma, la ideología re debe postular que, a partir de ese síntoma, el estado debe penetrar en toda la personalidad del infractor, porque la inferioridad lo afecta en su totalidad. Por ello, estas ideologías no pueden reconocer mayores límites en la intervención punitiva: el estado, conocedor de lo bueno, debe modificar el ser de la persona e imponerle su modelo de humano. Como la intervención punitiva es un bien, no sería necesario definir muy precisamente su presupuesto (el delito), bastando una indicación orientadora general. De igual modo, en el plano procesal no sería necesario un enfrentamiento de partes, dado que el tribunal asumiría una función tutelar de la persona para curar su inferioridad. La analogía legal y su correlato procesal -el inquisitorio-serían instituciones humanitarias que superarían los prejuicios limitadores de legalidad, acusatorio y defensa, que perderían sentido como obstáculos al bien de la pena, que cumpliría una función de defensa social al mejorarlas células imperfectas del cuerpo social, cuya salud como expresión de la de todas sus células es lo que en último análisis interesaría. Es claro que, con este discurso, el estado de derecho es reemplazado por un estado de policía paternalista, clínico o moral, según que el mejoramiento sea policial biológico materialista (positivismo criminológico) o ético idealista (correcionalista). En definitiva, se trata de una intervención del estado que, en caso de ser factible contra todos los datos sociales- consistiría en una imposición de valores en que nadie cree, privada de todo momento ético, desde que desconoce la autonomía propia de la persona.

a.2.-) LA IDEA DE RESOCIALIZACIÓN DE HEGEL. De acuerdo a Cuello Contreras Joaquín³⁰ "La lesión que afecta al delincuente no sólo es justa en sí" (fundamento absoluto de la pena: es el delito el que la fundamenta). "Es también un derecho del delincuente en su voluntad existencial, en sus manos. Pues en sus manos está que,

³⁰ Cuello Contreras Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3ª Ed). Madrid y (1ª Ed). Dykinson, pág.89.

como ser racional, pueda subsumir bajo su derecho lo que la ley ha establecido y él reconoció en ella para sí (Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, Filosofía del Derecho, párrafo 100). Con esta finalidad, añadida por HEGEL a la teoría penal de KANT, muestra que la pena justa retributiva es límite más allá del cual no puede ir el Estado frente al delincuente. Con la pena se salda la "cuenta pendiente" entre la sociedad y el infractor a través del Estado; expiada la culpa, el delincuente puede aspirar a recuperar su posición dentro de la sociedad previamente agredida, pues se ha producido la resocialización; por no hablar del principio de culpabilidad inherente a toda teoría de la retribución, ya que para retribuir por algo hace falta comprobar, previamente, que la retribución se ha merecido; ideas, todas ellas, que hoy inspiran al Derecho penal a pesar de no basarse ya la pena en un fundamento puramente retributivo.- En cambio, su postulado fundamental no puede compartirse hoy, porque para que el fundamento de la pena pudiera residir únicamente en el delito cometido, haría falta: 1°. Tener la certeza de que cuando el hombre actuó, fue plena y absolutamente libre; principio indeterminista no demostrable científicamente. 2°. Tener la certeza de que lo que la sociedad define como delito es absolutamente injusto; lo que los profundos cambios que el Derecho penal experimenta con el tiempo desmienten`. 30. Que el Derecho penal castigara todo injusto; lo que, como se vio al estudiar el bien jurídico, no ocurre en el Derecho penal actual, que selecciona de entre todos los injustos posibles algunos de ellos, conforme a criterios no sólo de justicia sino también de utilidad y oportunidad (carácter fragmentario del Derecho penan). Así pues, no existe la certeza de que el castigo sea absolutamente justo, razón por la cual la pena no se puede basaren la pura retribución.

b.-) TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA.

b.1.-) La función de prevención especial negativa. Zaffaroni ³¹ postula que la función de la prevención especial negativa en los siguientes términos.

1. Para la prevención especial negativa la criminalización también se dirige a la persona criminalizada, pero no para mejorarla sino para neutralizar los efectos de su inferioridad, a costa de *un mal para la persona*, pero que es *un bien para el cuerpo social*. En general, no se enuncia como función manifiesta exclusiva, sino en combinación con la anterior: cuando las ideologías re fracasan o se descartan, se apela a la neutralización y eliminación. En la *realidad social*, como las *ideologías re*

³¹ Zaffaroni Raúl Eugenio. Alejandro Alagia Alejandro Slokar. Derecho Penal.. Parte General. 2ª Edición Buenos Aires 2002, p,64.

fracasan, la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria. Sin duda que tienen éxito preventivo especial: la muerte y los demás impedimentos físicos son eficaces para suprimir conductas posteriores del mismo sujeto.

2. A *nivel teórico* es incompatible la idea de una sanción jurídica con la creación de un puro obstáculo mecánico o físico, porque éste no motiva el comportamiento sino que lo impide, lo que lesiona el concepto de persona (art. 1° de la DUDH y art. 1° de la CADH), cuya autonomía ética le permite orientarse conforme a sentido. Por ello, cae fuera del concepto de derecho, al menos en el actual horizonte cultural.

3. La *defensa social* es común a todos los discursos legitimantes, pero se expresa crudamente en esta perspectiva, porque tiene la peculiaridad de exponerla de modo más grosero, pero también más coherente: como no es posible esgrimir una defensa frente a una acción que no se ha iniciado y no se sabe se iniciará, la forma coherente de explicarla es a través de la metáfora del organismo social. Por otra parte, cuando se observó que la pena no beneficia a todos sino a una minoría detentadora de poder, no se lo negó sino que se respondió que la pena siempre beneficia a unos pocos.

5.-) LA PENA COMO PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA.

Para Zaffaroni³², la teoría del derecho penal mínimo (minimalismo o reduccionismo penal) ha expuesto un concepto de pena de clara inspiración liberal, que constituye uno de los más acabados esfuerzos contemporáneos desde esta posición y según ese concepto, con la pena se debiera intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada. De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el de la pena.

6.-) CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA PREVENCIÓN ESPECIAL. Cuello Contreras Joaquín³³, explica que la prevención especial, presenta consideraciones críticas:

³² *Ibidem.*

³³ Cuello Contreras Joaquín. *El Derecho Penal Español. Parte General.* 3ª Ed. Madrid 2002 (1ª Ed. en Dykinson), pág.108.

a.-) Defensores.

El pensamiento de la prevención especial (hoy, mejor, de la resocialización), que goza de una gran tradición en España por una influencia senequista y cristiana, reactualizada secularmente por el Krausismo en el siglo XIX y principios del siglo XX: Francisco GINER DE Los Ríos, Concepción ARENAL, Luís SILVELA, Pedro DORADO MONTERO, etc., es el planteamiento penal que parece menos controvertido, porque se le supone amigo del propio delincuente como hombre, a quien trata de ayudar, no suscitando especiales reservas en el Estado de Derecho. DORADO MONTERO llegó, incluso, a pedir la sustitución del Derecho penal represivo por un "Derecho protector de los criminales (en este sentido hablaba ANTÓN ONECA, en 1941, de la "utopía penal" de DORADO MONTERO).- Continuando una tradición hispano-americana (DORADO MONTERO, José INGENIEROS, JIMÉNEZ DE ASÚA) patrocina en la actualidad una teoría de la prevención especial (sólo esbozada, dada la orientación del Derecho positivo en otra dirección) Enrique BACIGALUPO. BACIGALUPO parte de la crítica al libre albedrío como base del Derecho penal actual [18]; a lo que se añade la negación de que las normas penales puedan fundamentarse en un consenso que evite el subjetivismo [20]. Con ello, niega, acertadamente, en la conclusión, que la pena deba orientarse a la retribución. Y, puesto que tal finalidad se contrapone al principio resocializador, niega que éste pueda satisfacerse en el sistema penal actual [16 ss.]. En su lugar, propone reconstruir el sistema, sustituyendo él principio ético-retributivo por un sistema del tratamiento (cuyas bases legislativas están aún por definir). BACIGALUPO quiere ver sustituidas las categorías dogmáticas actuales por otras dos: "el hecho socialmente dañoso" y "el autor personalmente asocial", necesitado de tratamiento [22].- El planteamiento de BACIGALUPO, importante en lo que tiene de llamada de atención sobre la necesidad de contemplar más de cerca al autor de la infracción como persona, suscita inmediatamente dos preguntas: ¿Es necesario y conveniente perseguir estas finalidades? ¿Se distancia mucho este planteamiento del actualmente seguido? Comenzando por la segunda pregunta: El hecho antisocial consistirá, al menos así lo parece, en un ataque a bienes jurídicos (no en un estado peligroso). También BACIGALUPO, por tanto, como el Derecho penal actual, parte de la necesidad de proteger bienes jurídicos. BACIGALUPO, además, admite que la amenaza penal (conocida) puede motivar a sus destinatarios [27], es decir, a alguien para quien el Ordenamiento jurídico aparece como un criterio de su conducta, tal como pretende el Derecho penal actual de la culpabilidad, que también parte de la base de que quien conoce el mandato jurídico puede motivarse a cumplirlo. Mayor importancia tiene la primera pregunta: El Derecho penal actual concibe los presupuestos de la

responsabilidad como garantías frente al poder coactivo del Estado, aunque lo ordenado sea "producto de la voluntad subjetiva de quien detenta el poder". Esas mismas garantías deberán acompañar a la intervención del Estado por el "hecho antisocial" de BACIGALUPO. Por lo que respecta al tratamiento del autor del "hecho antisocial" caben dos alternativas: O bien que quien no necesita tratamiento no se vea sometido a ningún control estatal, sea cual sea el hecho antisocial realizado, lo que no parece ser la opinión de BACIGALUPO [22 ss.] que también existe un tratamiento (valga la paradoja) para quien no necesita tratamiento. Ahora bien, ¿cabe mejor tratamiento para quienes no necesitan tratamiento que el brindado por los recursos del Derecho penal actual?- En cualquier caso, pese a las simpatías que hoy por hoy suscita el pensamiento de la resocialización, sin embargo, existe el peligro de que se produzcan abusos, en su nombre si lleva a negar la capacidad de libertad y autonomía del individuo sistemáticamente, como ocurrió a finales del siglo pasado con el Positivismo antropológico italiano (LOMBROSO) y su figura del "delincuente nato", condenándole a un tratamiento propio de "enfermo mental" que puede ser más severo que el mismo cumplimiento de la pena. Precisamente, para evitar tales abusos, se entiende hoy que también la prevención especial permite atender a las peculiaridades individuales del delincuente, pero con las limitaciones que el principio de culpabilidad y proporcionalidad de la penas a la gravedad del delito (prevención general) imponen cuando se trata de delincuentes no necesitados de resocialización

b.-) Libertad y resocialización.

Según Cuello Contreras Joaquín³⁴ La idea de libertad cierra el paso, en derecho penal a toda consideración de las teorías de la prevención especial como posible fundamento de la pena. Las teorías de la prevención especial, entendidas como corrección del delincuente tenido por mejorable, intimidación de los todavía intimidables e inocuización de los incorregibles, presentan todas las características de una teoría relativa de la pena, la relativa de las teorías de la prevención, en el sentido de que, si se entiende que una teoría de la pena es relativa cuando solo persigue que se evite el delito, la prevención especial sólo alcanza al autor que ya lo ha cometido. Una teoría de la pena que exclusivamente persiguiera la prevención especial sólo haría ocuparse al Derecho penal de quienes ya han cometido un delito. Evidentemente, puede fundamentar, así, la pena, en el sentido de que quien, p. ej., es privado de libertad por el anterior delito, no cometerá uno nuevo, al menos durante el tiempo que esté privado de libertad; pero al precio de confundirse con la prevención

³⁴ Cuello Contreras Joaquín. El Derecho Penal Español. Parte General. 3ª Ed. Madrid 2002 (1ª Ed. en Dykinson), pág.110.

general, de la que únicamente se diferenciaría en que mientras la prevención general espera eso de la pena frente a todos, la prevención especial lo hace frente a quien haya delinuido y ha sido condenado', Lo que en realidad ocurre es que todas las teorías de la pena, en la actualidad, aspiran a más. Incluso cuando el propio Franz VON LISZT afirmaba, en el Programa de Marburgo, que la pena persigue intimidar a los intimidables se aproximaba, de nuevo, mucho a la prevención general, salvo que la quisiera entender como exclusiva intimidación posterior al cumplimiento de la condena.

c.-) Límites de la resocialización.

Cuello Contreras Joaquín³⁵ postula que bajo ningún concepto estará justificada una pena excesivamente larga, desproporcionada a la gravedad del delito, por el simple hecho de que su autor sea alguien necesitado de resocialización (los Positivistas italianos llegaron a proponer la "sentencia indeterminada", que permitiría mantener encerrado al condenado indefinidamente, hasta obtener su total reinserción, lo que es una aberración jurídica).

7.-) EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RESOCIALIZACIÓN.

De acuerdo con Cuello Contreras Joaquín³⁶, con las anteriores limitaciones y sentido, pues, el principio re socializador es perfectamente viable en el Derecho penal moderno, y un ideal al que tender en el ámbito penitenciario, como exige la propia Constitución en su Artículo 25. 2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social".

ÁLVAREZ GARCÍA (LH-Torio López) ha hecho recientemente una magnífica interpretación del Art. 25. 2 CE, en la que, partiendo, más acertadamente que otros autores (y él mismo en alguna ocasión anterior), que también quieren derivar el Derecho penal de la Constitución, de la abstracción de la norma constitucional [5: "indeterminada"] y la ausencia de meta normas conforme a la que interpretarla, y de los planteamientos "realistas" del propio TC, según el cual el término "orientación" no fundamenta un recurso de amparo y se dirige al legislador ordinario y a la ejecución de la pena, siendo compatible la resocialización con otros fines, le lleva a la conclusión de que tanto la configuración de la pena de prisión por el legislador como su ejecución deben orientarse en la dirección re socializadora, que es un objetivo meramente a perseguir,

³⁵ Cuello Contreras Joaquín. El Derecho Penal Español. Parte General. 3ª Ed. Madrid 2002 (1ª Ed. en Dykinson), pág.112.

³⁶ *Ibidem*, pág.113.

y no uno que, de no estar plenamente garantizado, obligase a no imponer pena privativa de libertad.

II.-) LAS TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN.

En las palabras de García-Pablos de Molina Antonio¹⁰ estas teorías “buscan formulas que sirvan de puente entre unas y otras teorías. Postulan que la pena se legitima en la medida que sea, al propio tiempo, justa y útil; son absolutamente dominantes en la actualidad”.

Ángel Calderón Cerezo. José Antonio Choclan Montalvo³⁷, argumentan que las llamadas teorías de la unión son las que permiten una solución menos polémica y son las mayoritariamente aceptadas en la actualidad, con variantes según se dé preponderancia al elemento de la justicia o al de la utilidad (así se habla de teorías unificadoras retributivas o teorías unificadoras preventivas). Representan una fórmula de compromiso sobre los fines de la pena, partiendo de la base de que ninguna de las teorías de la pena, por sí sola, ofrece resultados totalmente aceptables. Es de resaltar, en este sentido, la concepción «dialéctica» de la pena propuesta por ROXIN que trata de alcanzar una síntesis de los diferentes puntos de vista mediante la diferenciación de distintos momentos de la dinámica de la pena. Para Roxin, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad, y en el momento de la ejecución, adquiere, especial significación el fin de la resocialización. Sin embargo; resulta necesario no limitar la función de la prevención general a la fase de la conminación penal abstracta, ni la de la prevención especial a la fase de ejecución, pues ambas deben ser tenidas en cuenta en la fase de determinación de la pena. Así, dice ZIPF que el principio de culpabilidad (retribución del hecho antijurídico), prevención individual (adaptación de la sanción a las condiciones de motivabilidad propias del autor concreto) y prevención general (necesidades de afirmación del orden jurídico en su conjunto) constituyen el triángulo mágico de la determinación de la pena, si bien, debe tenerse en cuenta que la distribución de los fines de la pena que se halla en la clasificación que adscribe la prevención general a la legislación, la retribución de la culpabilidad al juez y la realización de la prevención especial a la ejecución, es falsa en la medida que con ella

¹⁰ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.164.

³⁷ Calderón Cerezo Ángel. Choclan Montalvo José Antonio. Derecho Penal Tomo I. Parte General 2ª Ed.2001-España, Pág.449.

se dé a entender una clasificación excluyente. Ello quiere decir que no puede prescindirse de ninguna de las funciones tradicionales atribuidas a la pena. Por ello, la doctrina ha intentado ponerlas en contacto bajo un principio común como el principio de responsabilidad llamado a cumplir una función de coordinación en el proceso de determinación de la pena (ZIPF).

García-Pablos de Molina³⁸, dice que la pena «es» retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se “orienta” a la realización de otros «fines» de prevención general y de prevención especial: a la prevención de futuros delitos, y a la re socialización del autor.(...) Dicho de otro modo, la pena se legitima según estas teorías en la medida que sea, al propio tiempo, justa y útil.(...) Las teorías de la unión buscan fórmulas que sirvan de puente entre unas y otras teorías. Las teorías de la unión, son absolutamente dominantes en la actualidad.

El mismo Profesor Español, explica que las teorías eclécticas de la «unión» son el resultado de la lucha de escuelas, fruto de una actitud de compromiso, conciliadora, que trata de armonizar las aportaciones valiosas de las teorías absolutas y de las relativas, reconduciéndolas a un modelo o marco «cerrado». Pero, como afirma Jescheck, no intentan llegar a éste mediante una mera «adición» de principios de diverso origen y, a menudo, contradictorios, sino a través de una reflexión práctica y de una experiencia atenta al fenómeno «global», «total» del fenómeno de la pena; y de un método: el método dialéctico.

a) Diversas formulaciones de las mismas: opciones u modos de combinar los distintos fines de la pena.

En el marco de las teorías de la unión, cabe apuntar según esto dos orientaciones fundamentales, una conservadora y otra progresista. Tendrían ambas en común dos características: el reconocimiento de que el fin o función básica del Derecho Penal no es hacer «justicia» sobre la tierra, sino proteger a la sociedad y prevenir futuros delitos; y el admitir que la culpabilidad, al menos, ha de operar como «límite» de la injerencia estatal, sin que dicho límite pueda ser rebasado por razones de prevención general o especial. Las principales diferencias existentes entre la dirección conservadora y la progresista residen en tres datos, la función que se asigna al Derecho Penal; la relación entre proporcionalidad de la pena con el delito y

³⁸ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pàg.164.

necesidades de prevención; y modo en que la articulan; y, por último, prioridad de la prevención general o de la especial, en el marco de una política prevencionista.

1') La culpabilidad como «fundamento» de la pena.

La dirección conservadora, que encuentra -en Alemania- encaje en el Proyecto Oficial de 1962, ve en la retribución el «fundamento» de la pena. La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que «además» pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y -de forma más duradera- mediante la recuperación del delincuente.

2') La culpabilidad como «límite» de ésta.

La dirección progresista, en la doctrina alemana, se refleja en el Proyecto Alternativo de 1966, que fundamenta la pena en la necesaria defensa de la sociedad, en la protección de bienes jurídicos, operando la retribución y la culpabilidad como mero «límite» de las metas de prevención. La pena es «una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son los hombres», y no un «proceso metafísico» para realizar la justicia sobre la tierra.

Dicho más brevemente: para la dirección conservadora, la culpabilidad es «fundamento» de la pena, mientras para la progresista es. mero «límite». Para la primera, la función del Derecho Penal es retributivo-preventiva; para los segundos, esencialmente preventiva, protectora de bienes jurídicos.

Por último, el binomio: prevención general-prevención especial, permite apuntar un matiz diferencial ulterior entre ambas orientaciones: la conservadora, acentúa las exigencias de la prevención general, como finalidad inherente a la retribución o por considerar que sólo a través de la pena justa pueden conseguirse eficaz y duraderamente los resultados intimidatorios apetecidos; mientras la orientación progresista, pone el acento en la prevención especial, como exigencia derivada de un Derecho Penal humanitario que persigue la reincorporación del penado a la comunidad jurídica y su voluntaria resocialización como consecuencia derivada de la «función tutelar» y no meramente «defensista» del Derecho Penal.

b) Objeciones a las teorías de la unión.

García-Pablos expone las dificultades que exhiben las teorías de la unión y puntualiza que “las teorías de la unión no representan ninguna panacea sino una fórmula de compromiso. Su punto más débil reside en el «ámbito metodológico». Porque el intento de paliar los defectos de las teorías absolutas y relativas a través de la mera «yuxtaposición» o «adición» de los fines de cada una de ellas -sin ningún otro criterio rector- conduce necesariamente al fracaso-. La mera acumulación, por otra parte, destruye la lógica interna y la coherencia de cada una de las teorías que inútilmente tratan de armonizarse, con lo que en lugar de subsanarse los defectos que presentaban, se multiplican éstos". No se puede reconciliar lo irreconciliable-, ni tratar de reconducir a un sistema fracciones «disfuncionales» entre sí: presupuestos de la pena determinados por criterios propios de las teorías retributivas y ejecución penal dirigida a un tratamiento resocializador; límite de la pena en la culpabilidad del autor, por un lado, y exigencias del tratamiento, por el otro; Derecho Penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad. Las teorías de la unión -se ha dicho, también- fracasan en la práctica donde significarían un serio peligro si se aplicaran hasta sus últimas consecuencias, ya que aumentan el ámbito de aplicación de la pena y convierten a ésta -que siempre se justificaría en un medio de reacción para todo uso. Por último, un sector doctrinal objeta a las teorías de la unión intenten explicar inútilmente la problemática de la pena en el estrecho marco de la alternativa: retribución-prevención, alternativa que, a juicio de quien así opina, no capta la función social de la pena, la esencia de la pena, en cuanto institución o fenómeno total”³⁶.

III.- TEORÍA DIALÉCTICA DE ROXIN.

El Profesor español García-Pablos expone la teoría dialéctica (unificadora) de Roxin, señalando que “parte de una consideración «gradual» de los fines de la pena distinguiendo tres etapas en la vida de la misma: la conminación legal abstracta (la pena en la ley), la medición judicial de la pena (la pena en la sentencia) y la ejecución de la pena (su cumplimiento en el establecimiento penitenciario). En cada una de estas fases, la pena estaría llamada a cumplir un fin distinto, si bien ninguna de ellas sería absolutamente independiente de la anterior o anteriores, sino que asumiría los fines de éstas. De tal modo trata de subsanar Roxin los vicios metodológicos de las teorías

³⁶ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pàg.170.

monistas, atentas sólo a manifestaciones parciales de la potestad punitiva del Estado y los de las teorías de la unión, que adicionan, sin orden ni sistema las diversas perspectivas del fenómeno «total» de la pena»³⁵.

a.-) Etapa de la conminación legal abstracta (la pena en la ley). Roxin explica que «el fin de la conminación penal es de pura prevención general, conserva su función motivadora»³⁶. García-Pablos señala que según Roxin, en esta etapa, la pena sirve, fundamentalmente, al fin de la «prevención general», ahora bien, con ciertas matizaciones. En primer lugar, el término «prevención general» debe entenderse en un sentido amplio, y no como sinónimo de intimidación, afirma Roxin. Encerraría la idea de que el Estado, a través del Código Penal, establece un marco de protección para todo ciudadano, garantizándole las condiciones esenciales de su existencia y advirtiéndole, bajo la amenaza de una pena, de qué conductas ha de abstenerse. En segundo lugar, la idea de prevención general está enmarcada en el Estado social de Derecho, por dos límites que precisan el ámbito de ingerencia penal: la protección de bienes jurídicos y el cumplimiento de ciertas prestaciones públicas y de asistencia social indispensables para el individuo. Es decir, en el momento de la conminación legal, el fin de la pena es el de la prevención general, si bien sólo justificada en cuanto conminación subsidiaria dirigida a la protección de bienes jurídicos y prestaciones vitales³⁷.

b.-) Etapa de la medición judicial de la pena (la pena en la sentencia). Roxin sostiene que «en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales. La persecución simultánea del fin preventivo general y especial no es problemática donde la pena declarada en la sentencia concreta es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible»³⁸. Al respecto García-Pablo explica que «La pena operaría respaldando la seriedad de la conminación legal típica dentro del marco de la culpabilidad del autor, límite de la retribución. Por decirlo con palabras de Roxin: «...la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva -general e individual- de los bienes jurídicos y demás prestaciones estatales, a través de un mecanismo respetuoso para la autonomía de la personalidad y que, al dictarse aquélla, se limite a la medida de la culpabilidad... De esta forma se

³⁵ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.174.

³⁶ Roxin Claus. Derecho Penal Pare General Tomo I, Traducción de la 2ª Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Red. Civitas S.A. Madrid 1997, pág.97.

³⁷ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.174.

³⁸ Roxin Claus. Derecho Penal Pare General Tomo I, Traducción de la 2ª Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Red. Civitas S.A. Madrid 1997, pág.97.

mantiene el principio de prevención general, si bien reducido a las exigencias del Estado de Derecho, complementado con los ingredientes de prevención especial de la sentencia, pero, al propio tiempo, a través de la función limitadora de los conceptos de libertad y de culpabilidad... evitándose los reparos que se esgrimen contra la ponderación de dicho principio en la fijación del quantum de la pena».

Roxin, que niega al principio de culpabilidad su supuesto carácter de «fundamento» de la pena, advierte, sin embargo, que ha de operar como «límite» de ésta. La pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad: puede quedar por debajo de ésta, contra lo que mantienen planteamientos retribucionistas, pero no puede rebasarla, porque sólo así se respeta una «imagen del hombre», acorde con la máxima kantiana que prohíbe utilizarlo como »instrumento» de fines preventivos.

Roxin justifica así la contradicción que implica admitir la «culpabilidad» como «límite» pero no como «fundamento» de la pena: «Hay una diferencia fundamental entre utilizar la idea de culpabilidad para entregar al individuo en manos del poder del Estado, y utilizarla para defenderlo precisamente de los abusos de tal poder. Si la culpabilidad faculta al Estado para la retribución, o si -por el contrario- es el modo de mantener dentro de unos límites las demandas de la colectividad frente a la libertad individual». Sólo en el segundo caso deja de ser utilizado el hombre como «medio» al servicio de «fines» de terceros: el principio de «culpabilidad» - concluye Roxin- si se le desconecta de la teoría de la retribución, con la que erróneamente se le suele vincular, es un resorte poderoso, en un Estado de Derecho, para limitar la potestad penal pública»³⁹.

c.-) Etapa de la ejecución de la pena (su cumplimiento en el establecimiento penitenciario). Roxin sostiene que «en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial» El mismo autor señala refiriéndose a las tres fases de la vida de la pena «ahora bien, esto no puede interpretarse en el sentido de que los fines de la pena sobre los diferentes estadios de la aplicación del Derecho Penal permitan dividirse con una nítida separación. No se trata de una tajante distinción por fases, sino de una ponderación diferenciada. Pues si la conminación

³⁹ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pàg.174.

penal debe conservar su función motivadora, al ejecución tampoco puede perder totalmente el efecto preventivo general»⁴⁰.

Sobre la función de la pena en la etapa de su ejecución, García-Pablos describe que «esta fase presupone una pena dictada con arreglo a las exigencias de la prevención general, y dentro de los límites de la culpabilidad, debería llevarse a cabo de forma que posibilite la resocialización del delincuente, conforme al principio de la prevención especial. Interesa, aquí, la «recuperación» del penado, si bien no es ésta una meta que deba entenderse con independencia de los fines de prevención general ni de retribución -y sus respectivas limitaciones- porque los presupone. La resocialización, implica un acto culpable. Y, por eficaces que pudieren ser, no admite tratamientos coactivos que interfieran la personalidad del penado, ya que lesionan la dignidad del hombre, cuya imagen como ser autónomo y libre, debe respetarse en la ejecución de la pena". Pero el programa resocializador no puede ser más que una «oferta», válido y eficaz si coopera el propio penado y se concibe en beneficio del mismo: una consecuencia de la actitud solidaria de la sociedad, que no se desentiende de la suerte del penado»⁴¹.

d.-) Crítica a las teorías de la unión, a las teorías diferenciadora y dialéctica.

García-Pablos explica que estas teorías son duramente criticadas en la actualidad, desde perspectivas de política criminal. Estas últimas censuran los presupuestos dogmáticos e ideológicos de unas y otras y el sistema dualista: pena-medida, propugnando, fundamentalmente, una absoluta racionalización del vigente sistema punitivo, con miras democráticas, que potencie las exigencias de la prevención «especial» y sustituya la pena por intervenciones de corte resocializador.

Se ha objetado, tanto a quienes ven en la culpabilidad el «fundamento» de la pena (teorías de la unión en sentido estricto, directriz, «conservadora»), como a quienes estiman que la misma es sólo «límite» de aquélla (directriz progresista, tesis del Proyecto Alternativo alemán) que partan de un presupuesto «metafísico», ideológico, pero en todo caso, no verificable ni demostrable, irracional, por tanto", acientífico como todas las «ficciones». Y como no se pueden obtener deducciones científicas de premisas indemostrables -se añade- tampoco es lícito operar con el concepto de culpabilidad. En consecuencia, dado que la pena es la respuesta a una conducta

⁴⁰ Roxin Claus. Derecho Penal Parte General Tomo I, Traducción de la 2ª Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Red. Civitas S.A. Madrid 1997, pág.97.

⁴¹ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.175.

culpable, la indemostrabilidad de la culpabilidad ha de conducir, a la supresión de la pena y sustitución de la misma por un sistema de «medidas». A esta objeción se ha respondido con diversos contra argumentos. Unos autores, negando la supuesta indemostrabilidad del libre albedrío o su incompatibilidad con los descubrimientos de las ciencias empíricas. Otros, estimando que no interesa al Derecho Penal el problema metafísico del libre albedrío en cuanto tal, sino un aspecto negativo del mismo: la ausencia de determinados impedimentos en el caso concreto que viciaría la capacidad de autodeterminación que se presupone en todo hombre. Se propugnaría, entonces, un concepto «normativo» y no «ontológico» acorde con la experiencia de libertad y culpabilidad personal, que nos permite atribuir a todo individuo psíquicamente normal la posibilidad de orientar su comportamiento a valores objetivos. Por qué exigir -afirma algún autor que el reconocimiento del libre albedrío se supedite a su verificación necesariamente por los métodos empíricos.

A estos razonamientos añade Roxin uno ulterior, basado en consideraciones de política criminal que estima el autor definitivo" la distinción entre culpabilidad como «fundamento» de la pena y culpabilidad como «límite» de la pena, o lo que es lo mismo: la idea de la libertad, como prejuicio metafísico indemostrable, utilizada para fundamentar la «retribución» del individuo -tesis que rechaza- y la idea de culpabilidad, separada de la retribución y entendida para limitar la potestad del Estado, y en beneficio del individuo, a quien se le defendería de los posibles excesos de los postulados de la prevención general y de la prevención especial. La objeción de la indemostrabilidad del libre albedrío, dice Roxin, se comprende si con la idea de culpabilidad trata de fundamentarse el castigo: si es en perjuicio del delincuente; pero si se concibe como principio, imitador, de la injerencia estatal, carecería de sentido tal objeción. No continuaré aquí analizando la polémica doctrinal sobre este extremo.

Una segunda objeción contra el Derecho Penal de culpabilidad hoy dominante puede resumirse así: el principio de culpabilidad no puede operar como fundamento ni como límite de la pena, porque no es viable calcular con certeza y seguridad la pena adecuada a la medida de la culpabilidad. Es dudoso, al menos, que la «justa retribución» sea determinable. Dicha objeción, que en realidad puede hacerse extensiva a cualquier teoría de la pena, desde el momento en que ésta y el delito son cantidades heterogéneas, se ha rebatido con dos ideas fundamentales. En primer lugar, se ha dicho, porque el principio de culpabilidad cumple su importante función político-criminal sin necesidad de que se consiga -y evidentemente no puede

conseguirse- un cálculo exacto de la pena que merece cada delito. Pues si lo que importa es evitar los abusos en que se puede incurrir en nombre de la prevención y en perjuicio del individuo, aquéllos son tan evidentes que basta con el principio de que la pena no debe superar la culpabilidad del sujeto para cerrar el paso a los mismos, sin necesidad de que se formulen unas ecuaciones perfectas. Pero éstas, se advierte en segundo lugar, se irán perfeccionando progresivamente, conforme continúe ganando en autonomía la teoría de determinación de la pena, que ha padecido de un tradicional abandono y falta de elaboración científica. Y es un ideal, difícil pero alcanzable en teoría, que los tribunales de justicia vayan concretando y puliendo una teoría de la pena, con criterios racionales, basada en el principio de culpabilidad.

Una tercera objeción se formula contra el principio de culpabilidad, invocando la existencia de las medidas de seguridad con todo lo que éstas significan. ¿De qué le sirve al delincuente -se advierte- el principio de culpabilidad, en cuanto límite de la injerencia estatal, si el propio Estado puede acudir al expediente de las «medidas», que no están sujetas a las restricciones que derivadas del principio de «culpabilidad»?; ¿no sería preferible, entonces, un sistema unitario de «medidas», sobre todo si se tiene en cuenta que éstas ganan terreno progresivamente a la «pena» y que empieza a imponerse el ideal de un Derecho Penal resocializador de corte preventivo? Porque cuanto menor sea la culpabilidad, por ejemplo, del enfermo psíquico, mayor puede ser su peligrosidad; y si cabe renunciar a la pena, no cabe, sin embargo, renunciar al tratamiento. Y cuanto mayor sea la alteración de la personalidad con tendencia a delinquir, tanto menor será la culpabilidad, y la necesidad de pena, pero no la del tratamiento, del que tampoco se deberá prescindir. Es más, se ha llegado a invocar la conveniencia de un sistema monista de «medidas» con el argumento de que éste, a través de la idea de proporcionalidad, podría conseguir los mismos resultados e idéntica «limitación» del poder estatal; sobre todo, contando con la evidente aproximación de la «pena» y la «medida», operada a través de la progresiva potenciación del sistema «vicarial», con el reconocimiento de la identidad de «fines» de una y otra, y la identidad de la temática de la ejecución de las restrictivas de libertad. Ambos argumentos se han rebatido. El primero, por cuanto -se dice- las medidas sólo son admisibles en determinados supuestos, mientras en todos los demás la pena sigue siendo el único resorte utilizable, debidamente limitado por el principio de culpabilidad. Y el que la medida sea inevitable en los casos legalmente determinados es sólo una excepción que confirma la regla: el principio de culpabilidad no se puede manipular y sólo sirve para favorecer al delincuente sin doblegarse al

principio del «interés público» rector del sistema de «medidas»". En cuanto a la segunda objeción se ha apuntado que si bien tanto la pena como la medida deben armonizarse para lograr la mejor defensa de los fines de prevención de la sociedad y de protección del propio individuo, dicha armonización se lleva a cabo con arreglo a principios completamente distintos: el criterio limitador -en la «culpabilidad»- se vincula retrospectivamente a un hecho antijurídico concreto; mientras que la categoría de la «proporcionalidad», en las «medidas», se determina, por el contrario, prospectivamente, atendiendo tan sólo al peligro objetivo que puede esperarse del delincuente en el futuro. Con lo que, como se ha dicho, provocaría una enorme confusión teórica, y no pocos peligros prácticos, mezclar estos dos conceptos delimitadores y reducirlos al común denominador del principio de «proporcionalidad»⁴².



⁴² García Pablos de Molina, Antonio. (2000). Derecho Penal: Introducción. Madrid, pàg.176.

CAPITULO IV

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

I.-) ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS.

El Distrito Judicial del Cusco consta geográficamente de 13 Provincias (Acomayo, Anta, Calca, Canas, Canchis, Cusco, Chumbivilcas, Espinar, La Convención, Paruro, Paucartambo, Quispicanchi y Urubamba) y 108 Distritos. Desde el punto de vista jurisdiccional, de 14 Provincias (a las anteriores se suma la Provincias de Cotabambas-Tambobamba, del Departamento de Apurímac). Cusco es uno de los 08 Distritos de la Provincia del Cusco. El Distrito del Cusco abarca 116.22 kilómetros cuadrados, ubicada en una altitud de 3,339 metros sobre el nivel del mar y con una población de 101,000 habitantes. Este es el único ámbito territorial, en el que existen el mayor número de Juzgados Penales (06 Juzgados) a comparación de las restantes 12 Provincias. Por esta razón, se optó en seleccionar para la investigación, los 06 Juzgados Penales. De aquella población, proviene la carga procesal a analizar.

INSTRUMENTOS: Se ha realizado el siguiente trabajo de campo:

A.-) Información estadística de los años 2004, 2005 y 2006 de:

a.1.-) La carga procesal*

a.1.1.-) Carga procesal histórica.

a.1.2.-) Carga procesal nueva: Constituido por los procesos penales, que anualmente se inician en cada Juzgado.

a.2.-) La producción jurisdiccional total de los 06 Juzgados Penales;

a.3.-) La población de internos.

a.4.-) Las sentencias condenatorias expedidas en los 6 juzgados penales del Cusco que despachan en la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que viene a ser el Distrito del Cusco, a la que se agregado 15 sentencias condenatorias dictadas por la Primera y Segunda Sala Penal.

* LA CARGA PROCESAL, está constituido por los siguientes grupos de procesos penales: 1.-CARGA PROCESAL HISTÓRICA. A su vez comprende procesos: a.-) En trámite con plazo de instrucción vigente, que al culminar cada año judicial están en plena etapa de investigación. b.-) En trámite con orden de captura de los acusados contumaces y ausentes. Estos no pueden ser resueltos de oficio por el Juez hasta que la Policía los capture y los ponga a disposición de los Juzgados; y, c.-) En ejecución de sentencia. Estas se ejecutan dentro del plazo máximo de 10 años, desde la fecha en que quedó consentida o ejecutoriada. La ejecución completa de la sentencia, termina con el pago de la reparación civil. Estas ejecuciones no dependen de los jueces sino exclusivamente del sentenciado que tiene obligación de pagar. Al cabo de los 10 años, en caso de que no abone la reparación el Juez tiene facultad de declarar prescrita el derecho de ejecución de sentencia y ordenar el archivamiento definitivo. En un alto porcentaje durante esos 10 años, los procesos continúan en el estado de tramitarse la ejecución hasta su culminación.

a.5.-) Los talleres del Establecimiento Penitenciario Cusco – Varones.

B.-) Encuesta realizada entre el público en general y los Abogados, que hacen un total de 50 encuestados.

A.-INFORMACIÓN ESTADÍSTICA.

a.1.-) CARGA PROCESAL: Las cantidades se hallan expresadas en el primer cuadro global y para los fines de una interpretación mejor, su contenido se ha disgregado en dos cuadros: a.1.1.- Carga procesal histórica y a.1.2.- Carga procesal nueva.

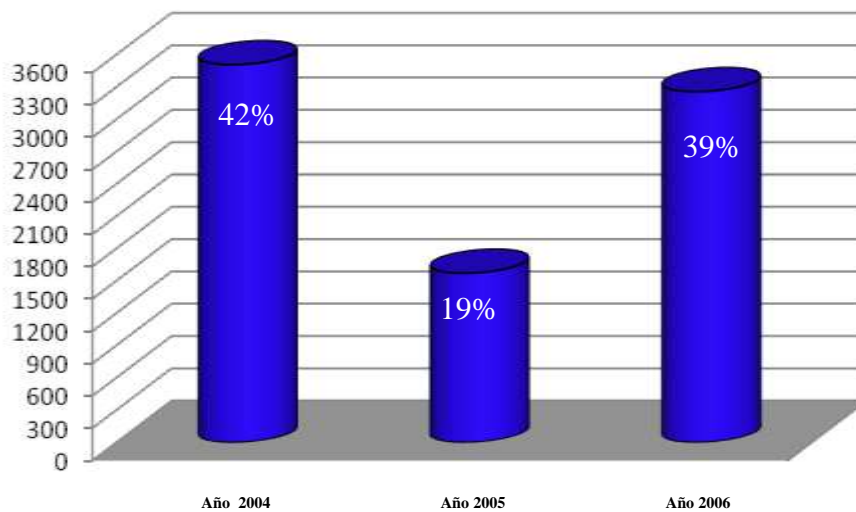
Carga procesal global: carga procesal histórica y carga procesal nueva del 2004, 2005 y 2006.

| ÓRGANO JURISDICCIONAL | expedientes pendientes al inicio del 2004 | ingresados el 2004 | carga procesal total | expedientes pendientes al inicio del 2005 | ingresados el 2005 | carga procesal total | expedientes pendientes al inicio del 2006 | ingresados el 2006 | carga procesal total |
|------------------------|---|--------------------|----------------------|---|--------------------|----------------------|---|--------------------|----------------------|
| 1° JUZ.PENAL DE CUSCO | 741 | 330 | 1071 | 303 | 308 | 611 | 480 | 261 | 741 |
| 2° JUZ.PENAL DE CUSCO | 459 | 224 | 683 | 212 | 169 | 381 | 406 | 206 | 612 |
| 3° JUZ.PENAL DE CUSCO | 625 | 305 | 930 | 286 | 375 | 661 | 606 | 241 | 847 |
| 4° JUZ. PENAL DE CUSCO | 1001 | 299 | 1300 | 446 | 341 | 787 | 803 | 259 | 1062 |
| 5° JUZ. PENAL DE CUSCO | 682 | 282 | 964 | 325 | 414 | 739 | 572 | 293 | 865 |
| 6° JUZ. PENAL DE CUSCO | 0 | 136 | 136 | 0 | 435 | 435 | 391 | 213 | 604 |
| TOTAL | 3508 | 1576 | 5084 | 1572 | 2042 | 3614 | 3258 | 1473 | 4731 |

a.1.1.- CARGA PROCESAL HISTÓRICA CON EL QUE INICIARON EL 2004, 2005 Y 2006 CADA UNO DE LOS 06 JUZGADOS PENALES.

| ÓRGANO JURISDICCIONAL | expedientes pendientes al inicio del 2004 | expedientes pendientes al inicio del 2005 | expedientes pendientes al inicio del 2006 |
|------------------------|---|---|---|
| 1° JUZ.PENAL DE CUSCO | 741 | 303 | 480 |
| 2° JUZ.PENAL DE CUSCO | 459 | 212 | 406 |
| 3° JUZ.PENAL DE CUSCO | 625 | 286 | 606 |
| 4° JUZ. PENAL DE CUSCO | 1001 | 446 | 803 |
| 5° JUZ. PENAL DE CUSCO | 682 | 325 | 572 |
| 6° JUZ. PENAL DE CUSCO | 0 | 0 | 391 |
| TOTAL | 3508 | 1572 | 3258 |

CARGA PROCESAL HISTÓRICA.

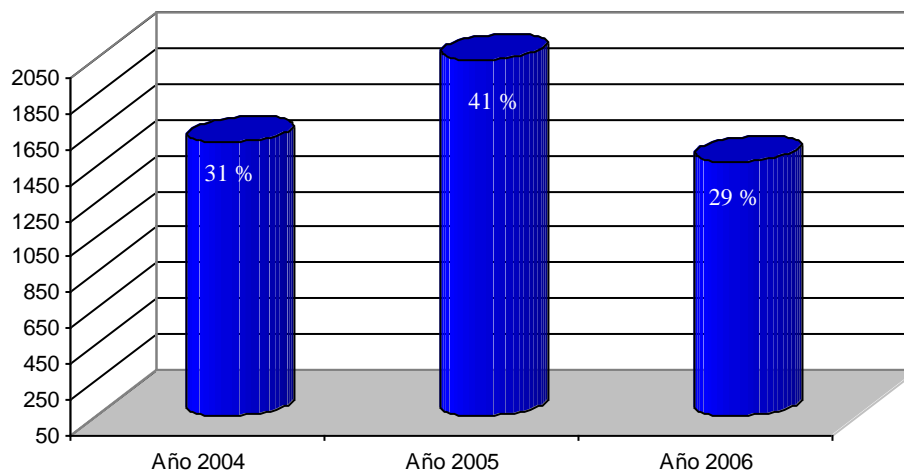


En los tres años la carga procesal histórica, expresa una ligera tendencia a la disminución.

a.1.2.- CARGA PROCESAL NUEVA EN LOS 6 JUZGADOS PENALES DEL CUSCO DEL 2004, 2005 Y 2006.

| ÓRGANO JURISDICCIONAL | ingresados el 2004 | ingresados el 2005 | ingresados el 2006 |
|------------------------|--------------------|--------------------|--------------------|
| 1° JUZ.PENAL DE CUSCO | 330 | 308 | 261 |
| 2° JUZ.PENAL DE CUSCO | 224 | 169 | 206 |
| 3° JUZ.PENAL DE CUSCO | 305 | 375 | 241 |
| 4° JUZ. PENAL DE CUSCO | 299 | 341 | 259 |
| 5° JUZ. PENAL DE CUSCO | 282 | 414 | 293 |
| 6° JUZ. PENAL DE CUSCO | 13 | 435 | 213 |
| TOTAL | 1576 | 2042 | 1473 |

CARGA PROCESAL NUEVA

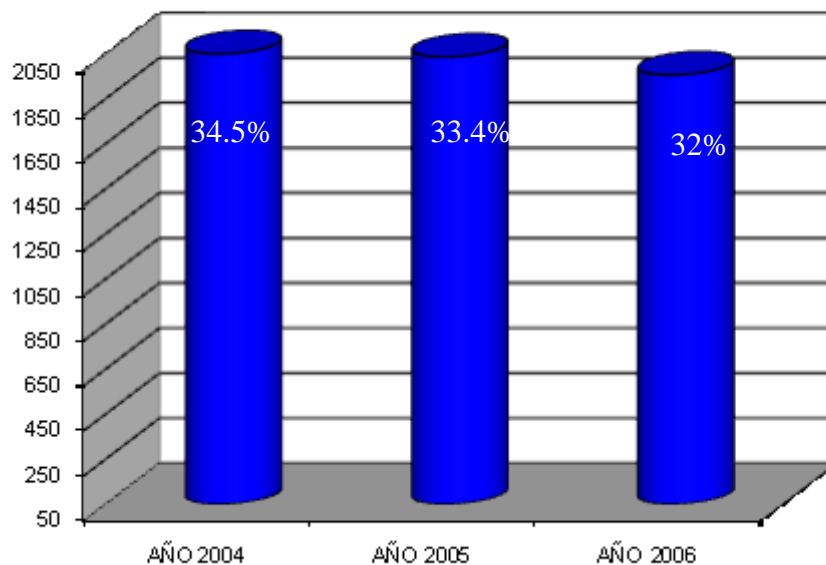


En los tres años la carga procesal nueva que ingresó a los 06 Juzgados Penales, no representa variaciones sustanciales de crecimiento, empero la tendencia es ascendente: el año 2004, representó el 31%; el año 2005 ingresaron 2042 expedientes nuevos que representa el 41% y el año 2006, es el 29 %. Esta inclinación hacia el incremento de los procesos penales, expresa el crecimiento de la delincuencia a nivel de la capital de la Provincia y Departamento del Cusco.

a.2.-) PRODUCCIÓN JUDICIAL DE LOS 6 JUZGADOS PENALES DEL CUSCO DEL AÑO 2004, 2005 Y 2006.

| ÓRGANO JURISDICCION AL | AÑO 2004 | AÑO 2005 | AÑO 2006 | TOTAL PRODUCCIÓN DE LOS 3 AÑOS |
|------------------------|----------|----------|----------|--------------------------------|
| 1° JUZ.PENAL DE CUSCO | 287 | 394 | 390 | 1071 |
| 2° JUZ.PENAL DE CUSCO | 331 | 368 | 153 | 852 |
| 3° JUZ.PENAL DE CUSCO | 380 | 419 | 346 | 1145 |
| 4° JUZ. PENAL DE CUSCO | 253 | 391 | 318 | 962 |
| 5° JUZ. PENAL DE CUSCO | 324 | 428 | 354 | 1106 |
| 6° JUZ. PENAL DE CUSCO | 530 | 36 | 395 | 961 |
| TOTAL | 2105 | 2036 | 1956 | 6097 |

PRODUCCION JUDICIAL DE EXPEDIENTES EN TRAMITE



La producción jurisdiccional de los tres años, muestra el grafico que en el año 2004 es de 34.5%; el 2005 es 33.4% y el 2006 es el 32%.

**a.3.-) POBLACIÓN DE INTERNOS DURANTE LOS AÑOS 2004, 2005 Y 2006
POR MESES**

| 2004 | | 2005 | | 2006 | |
|--------------|-------------|-----------|-------------|-----------|--------------|
| ENERO | 628 | ENERO | 774 | ENERO | 820 |
| FEBRERO | 638 | FEBRERO | 780 | FEBRERO | 861 |
| MARZO | 661 | MARZO | 772 | MARZO | 902 |
| ABRIL | 684 | ABRIL | 765 | ABRIL | 894 |
| MAYO | 703 | MAYO | 762 | MAYO | 895 |
| JUNIO | 712 | JUNIO | 758 | JUNIO | 912 |
| JULIO | 730 | JULIO | 772 | JULIO | 925 |
| AGOSTO | 742 | AGOSTO | 782 | AGOSTO | 930 |
| SETIEMBRE | 736 | SETIEMBRE | 787 | SETIEMBRE | 943 |
| OCTUBRE | 751 | OCTUBRE | 801 | OCTUBRE | 964 |
| NOVIEMBRE | 747 | NOVIEMBRE | 828 | NOVIEMBRE | 967 |
| DICIEMBRE | 756 | DICIEMBRE | 812 | DICIEMBRE | 989 |
| TOTAL | 8488 | | 9393 | | 11002 |

Estos datos son de la totalidad de reclusos que ingresan al Establecimiento de Penal de Varones de Quencoro, durante un año proveniente de los 06 Juzgados Penales de sede de Corte, de otros Juzgados y de las tres Salas Penales y una Sala Mixta Itinerante. Aquella cantidad de reclusos, no es proveniente solo los 06 Juzgados Penales; y comprende: 1.-) A los imputados que están con mandato de detención en los procesos penales en trámite, que aún no han llegado a la etapa de juzgamiento o habiendo arribado a ese estadio, las detenciones se encuentran dentro de los plazos legales; y 2.-) A los sentenciados a penas privativas de libertad efectivas, cuyos procesos en unos casos se encuentran con recurso de apelación (sumarios) o con recurso de nulidad (ordinarios) y en otros se hallan en etapa de ejecución de las sentencias.

Cada año ha ido aumentando la cantidad de reclusos, situación que demuestra que la criminalidad va en esa dirección.

a.4.-) SENTENCIAS CONDENATORIAS EXPEDIDAS EN LOS 6 JUZGADOS PENALES EN CUSCO EN LOS AÑOS 2004, 2005 Y 2006

| CANTIDAD DE EXPEDIENTES | PROCESO N° | FECHA DE SENTENCIA CONDENATORIA | JUZGADO | CLASE DE PENA IMPUESTA (PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA O NO) |
|-------------------------|------------|---------------------------------|-------------------------------|--|
| 1 | 2002-187 | 13 ABR 2004 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 2 | 2002-073 | 06 SET 2004 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 3 | 2003-023 | 21 SET 2004 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 4 | 2003-159 | 01 OCT 2004 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 5 | 2002-048 | 14 DIC 2004 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 6 | 2003-215 | 18 ENE 2005 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 7 | 1999-350 | 28 ENE 2005 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 8 | 2002-341 | 08 FER 2005 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /20000 |
| 9 | 2004-188 | 11 MAY 2005 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 10 | 2003-411 | 30 DIC 2005 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 11 | 2001-206 | 18 ENE 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 12 | 2002-060 | 15 MAY 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |

| | | | | |
|----|-----------|-------------|-------------------------------|---|
| 13 | 2004-189 | 17 JUN 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 14 | 2004-1114 | 23 MAY 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /6000 |
| 15 | 2003-353 | 21 MAR 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1600 |
| 16 | 2005-827 | 14 SET 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /5000 |
| 17 | 2005-945 | 12 OCT 2006 | 1 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 18 | 2005-382 | 26 MAY 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /200 |
| 19 | 2000-421 | 03 JUN 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 20 | 2001-556 | 14 JUN 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 4 años P.P. Efec. R. C. ^s /1200 |
| 21 | 2002-275 | 16 JUN 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 4 años P.P. Efec. R. C. ^s /20000 |
| 22 | 2004-084 | 16 JUN 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /3150 |
| 23 | 2004-045 | 21 OCT 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 7 años P.P. Efec. R. C. ^s /4000 |
| 24 | 2004-193 | 24 NOV 2004 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 7 años P.P. Efec. R. C. ^s /2000 |
| 25 | 2004-092 | 07 ENE 2005 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 3 años P.P. Efec. R. C. ^s /300 |
| 26 | 2001-024 | 21 FEB 2005 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 3 años P.P. Efec. R. C. ^s /4000 |
| 27 | 2004-234 | 09 MAR 2005 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 4 años P.P. Efec. R. C. ^s /2000 |
| 28 | 2004-265 | 27 MAY 2005 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 7 años P.P. Efec. R. C. ^s /1500 |
| 29 | 2005-036 | 13 OCT 2005 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 3 años P.P. Efec. R. C. ^s /700 |
| 30 | 2005-461 | 18 ENE 2006 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 3 años P.P. Efec. R. C. ^s /500 |
| 31 | 1998-128 | 07 ABR 2006 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 6 años P.P. Efec. R. C. ^s /2000 |
| 32 | 2002-015 | 31 MAY 2006 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 5 años P.P. Efec. R. C. ^s /800 |
| 33 | 2005-066 | 11 AGO 2006 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 34 | 2006-623 | 30 NOV 2006 | 2 ^{do} Juzgado Penal | 5 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 35 | 2002-335 | 12 MAR 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /4000 |
| 36 | 2002-239 | 13 ABR 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |

| | | | | |
|----|-----------|-------------|-------------------------------|---|
| 37 | 2000-221 | 26 ABR 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /800 |
| 38 | 2002-092 | 01 JUN 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 39 | 2003-361 | 25 JUN 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 40 | 2002-024 | 29 NOV 2004 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 41 | 2004-048 | 14 FEB 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /200 |
| 42 | 2004-114 | 07 ABR 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /300 |
| 43 | 1997-103 | 10 MAY 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /250 |
| 44 | 2004-170 | 03 JUN 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /900 |
| 45 | 2004-818 | 09 AGO 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Suspendida. |
| 46 | 2003-200 | 15 NOV 2005 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 47 | 2003-182 | 17 ENE 2006 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /200 |
| 48 | 1999-401 | 06 MAR 2006 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 49 | 2000-055 | 21 MAY 2006 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 50 | 2005-633 | 19 JUN 2006 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 51 | 2005-1101 | 29 AGO 2006 | 3 ^{er} Juzgado Penal | 4 años P.P. Efec. R. C. ^s /2500 |
| 52 | 2002-329 | 13 ENE 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 53 | 2001-392 | 28 ENE 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /10000 |
| 54 | 2002-277 | 09 MAR 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 55 | 2001-358 | 12 ABR 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /8000 |
| 56 | 1998-386 | 24 MAY 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /4000 |
| 57 | 2000-379 | 08 OCT 2004 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 58 | 2002-263 | 22 JUN 2005 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Efec. R. C. ^s /1000 |
| 59 | 2004-107 | 09 NOV 2005 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| 60 | 2004-225 | 17 NOV 2005 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |

| | | | | |
|----|-----------|-------------|-------------------------------|---|
| 61 | 2004-057 | 31 ENE 2005 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /200 |
| 62 | 2004-266 | 03 AGO 2005 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 63 | 2004-165 | 04 ENE 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 64 | 2002-349 | 17 MAY 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 65 | 2004-180 | 06 JUN 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 66 | 2004-1162 | 28 JUN 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 67 | 2005-202 | 14 AGO 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 68 | 2006-475 | 13 NOV 2006 | 4 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 69 | 2003-104 | 08 NOV 2004 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| 70 | 2003-365 | 01 DIC 2004 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /2500 |
| 71 | 1999-407 | 03 DIC 2004 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /3500 |
| 72 | 2003-374 | 13 DIC 2004 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 10 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 73 | 2003-295 | 15 DIC 2004 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /400 |
| 74 | 1998-189 | 12 ENE 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /2500 |
| 75 | 2003-296 | 14 FEB 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 76 | 2004-103 | 25 ABR 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2000 |
| 77 | 2004-198 | 02 AGO 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 40 jornadas de presentación de servicios a la comunidad R. C. ^s /300 |
| 78 | 2004-109 | 19 ENE 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 6 Meses P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 79 | 2000-362 | 27 JUN 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 80 | 2004-312 | 21 DIC 2005 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 6 Meses P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 81 | 2004-628 | 07 MAR 2006 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 82 | 2003-633 | 24 MAY 2006 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 83 | 2005-1165 | 12 JUN 2006 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /2500 |
| 84 | 1998-704 | 18 JUL 2006 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |

| | | | | |
|-----|------------|---|-------------------------------|---|
| 85 | 2006-136 | 13 NOV 2006 | 5 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /800 |
| 86 | 2003-103 | 03 JUN 2004 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 87 | 2003-405 | 18 OCT 2004 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 4 Meses P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 88 | 2002-403 | 28 AGO 2004 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| 89 | 2003-369 | 12 OCT 2004 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /3000 |
| 90 | 2003-327 | 24 FEB 2005 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /500 |
| 91 | 2003-326 | 13 ENE 2005 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| 92 | 2004-998 | 31 OCT 2005 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /850 |
| 93 | 2002-016 | 09 FEB 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Efec. R. C. ^s /10000 |
| 94 | 2005-1452 | 16 FEB 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 15 años P.P. Susp. R. C. ^s /1000 |
| 95 | 2006-369 | 31 MAR 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 3 años P.P. Susp. R. C. ^s /800 |
| 96 | 2005-1512 | 07 AGO 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /5000 |
| 97 | 2005-1187 | 08 AGO 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 1 años P.P. Susp. R. C. ^s /7827 |
| 98 | 2005-1843 | 25 SET 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 2 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| 99 | 2005-1178 | 03 OCT 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 6 Meses P.P. Susp. R. C. ^s /800 |
| 100 | 2005-1138 | 18 DIC 2006 | 6 ^{to} Juzgado Penal | 4 años P.P. Susp. R. C. ^s /1500 |
| | | | Salas Penales | |
| 101 | 2005-119 | SENT. 22 DIC 2004 Ej.S. 14 JUN 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 30 años PPL efectiva RC. 100000.00 N.S. |
| 102 | 2004-3548 | SENT. 22 SEP 2004 Ej.S. 18 ENE 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 25 años P.P.L. efectiva R.C. 3000.00 N.S. |
| 103 | 2004-3901 | SENT. 11 AGOS 2004 Ej.S. 07 FEB 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 20 años P.P.L. efectiva R.C. 10000.00 N.S. |
| 104 | 2004-3427 | SENT. 28 ABR 2004 Ej.S. 20 ABR 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 4 años P.P.L. suspendida R.C. 3000.00 N.S. |
| 105 | 2005- 1138 | SENT. 17 DIC 2004 Ej.S. 31 MAY 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 8 años P.P.L. efectiva R.C. 2000.00 N.S. |
| 106 | 2005-1581 | SENT. 28 DIC 2004 Ej.S. 14 JUL 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 18 años P.P.L. efectiva R.C. 50000.00 N.S. |
| 107 | 2005-1112 | SENT. 3 NOV 2004 Ej.S. 22 JUN 2005 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 18 años P.P.L. efectiva |

| | | | | |
|-----|-----------|--|---------------------------------|---|
| 108 | 2004-3007 | SENT 28 MAY 2004 Ej.S. 17 DIC 2004 | 1 ^{ra} . Sala Penal | 07 años P.P.L. efectiva R.C. 2000.00 N.S. |
| 109 | 2005-4121 | SENT. 12 SEP 2004 Ej.S. 25 NOV 2005 | 2 ^{da} . Sala Penal | 03 años P.P.L. efectiva R.C. _____ |
| 110 | 2006-076 | SENT. 10 NOV 2005 Ej.S. 12 ABR 2006 | 2 ^{da} . Sala Penal | 08 años P.P.L. efectiva R.C. 4000.00 N.S. |
| 111 | 2006-1234 | SENT. 27 DIC 2005 Ej.S. 09 JUN 2005 | 2 ^{da} . Sala Penal | 07 años P.P.L. efectiva R.C. 1000.00 N.S. |
| 112 | 2005-2836 | SENT. 12 JUN 2005 Ej.S. 21 ABR 2006 | 2 ^{da} . Sala Penal | 13 años P.P.L. efectiva Inhabilitación de 5 años R.C. 10000.00 N.S. |
| 113 | 2005-972 | SENT. 5 ENE 2005 Ej.S. 02 MAY 2006 | 2 ^{da} . Sala Penal | 03 años P.P.L. efectiva R.C. 1000.00 N.S. |
| 114 | 2005-1120 | SENT. 6 ENE 2004 Ej.S. 19 ABR 2006 | 2 ^{da} . Sala Penal | 03 años P.P.L. suspendida R.C. 600.00 N.S. |
| 115 | 2006-2296 | SENT. 7 ABR 2006 Ej.S. 11 JUL 2006 | 2 ^{da} . Sala Penal | 08 años P.P.L. efectiva R.C. 10000.00 N.S. |

80 % Penas privativas de libertad suspendidas en su ejecución.

19 % Penas privativas de libertad efectivas (cárcel).

1 % prestación de servicios a la comunidad.

De cada uno de los seis Juzgados Penales de sede Corte fueron tomadas muestras anuales, que en total suma 100 sentencias. En el 80% de sentencias condenatorias se impusieron penas privativas de libertad suspendidas (condenas condicionales). En estas sentencias se expresa la tendencia de adhesión a los lineamientos de la prevención especial positiva. En el 19% de sentencias, se sancionaron con penas privativas de libertad efectivas (cárcel) y el 1% de sentencias, se impuso pena de prestación de servicio a la comunidad.

Se ha agregado 15 sentencias condenatorias emitidas en procesos ordinarios por la Primera y Segunda Sala Penal del Cusco, solo con fines de comparar que las penas impuestas son las más graves en relación a las penas impuestas en los procesos sumarios.

**a. 5.-) INFORMACIÓN ESTADÍSTICA DE TALLERES DEL
ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO
CUSCO – VARONES**

| TALLERES | Nº DE INTERNOS INSCRITOS | | |
|---|--------------------------|------------|------------|
| | 2004 | 2005 | 2006 |
| Tejido a mano | 269 | 311 | 339 |
| Carpintería | 79 | 93 | 108 |
| Hilado | - | - | 10 |
| Tejido a maquina | 2 | 8 | 4 |
| Sastrería | 8 | 9 | 8 |
| Zapatería | 7 | 18 | 28 |
| Cerámica y artesanía | 10 | 10 | 8 |
| Peluquería | 3 | 4 | 4 |
| Carpintería metálica | 3 | 5 | 5 |
| Otros talleres (lavado de ropa, cocineros y otros) | 11 | 16 | 15 |
| Tejidos en yute | 50 | 40 | 48 |
| Otras actividades (kioscos de expendio de alimentos, abarrotes y otros) | 19 | 19 | 24 |
| Electrónica | 2 | 3 | 2 |
| Trabajos en cuero | 2 | 14 | 17 |
| TOTAL | 465 | 550 | 620 |

Información al 31 de diciembre de cada año.

FUENTE: Área de Trabajo del EPS Cusco – Varones.

Efectuada la comparación entre la totalidad anual de la población penal y la totalidad anual de los reclusos que laboraron en diferentes talleres, se obtiene como resultado que las personas detenidas (sin sentencia y sentenciados) labora en porcentajes reducidos, si bien cada año ha ido aumentando la cantidad de reclusos dedicados al trabajo, pero esa cantidad es pequeña. Durante el año 2004, han trabajado el 5.5% de reclusos y no han trabajado el 94.5%; el 2005 laboraron solo el 4.5% y no trabajaron el 95% y el 2006 laboraron el 5.6% y no han trabajado el 94.4 % de reclusos. Dentro de ese pequeño margen de personas detenidas que laboran, el mayor porcentaje de reclusos se dedican al tejido a mano (mantas, ponchos, chompas y otros). Es explicable esta inclinación mayoritaria a los tejidos, porque esta actividad no requiere de maquinarias.

**B.- ENCUESTA REALIZADA A CIUDADANOS Y ABOGADOS DEL DISTRITO DEL
CUSCO.**

1.- ¿Tiene conocimiento si en la ciudad del Cusco existen actividades preventivas que se realizan, para enfrentar la delincuencia?

VARIABLE a EN CONTRASTE CON LA VARIABLE b

Ho: Si, Tiene conocimiento si en la ciudad del Cusco existen actividades preventivas que se realizan, para enfrentar la delincuencia.

H1: No, Tiene conocimiento si en la ciudad del Cusco existen actividades preventivas que se realizan, para enfrentar la delincuencia.

| | |
|------------------------|--------------------------|
| Prueba estadística | Chi- Cuadrada |
| Nivel de significancia | $\alpha - 0.05$ |
| Grados de libertad: | $(r-1)*(c-1)=1$ |
| Punto crítico: | $\chi^2_{0.95,1} = 3.84$ |

| | |
|----|----|
| SI | NO |
| 23 | 27 |

Criterio de decisión $\chi^2_{cal} = \sum_i \frac{(|o_i - e_i| - 0.5)^2}{e_i} = 0.34$

Decisión: Dado que $0.34 < 3.84$. Por lo tanto se rechazar H0

CONCLUSIÓN: Como se acepta H1 concluimos que, no tiene conocimiento que en la ciudad del Cusco existan actividades preventivas realizadas, para enfrentar la delincuencia.

2.- ¿Sabe Ud., que en el Distrito del Cusco se difundió y se viene difundiendo en la prensa hablada, televisada y escrita, las leyes penales y las sentencias condenatorias, para que las personas tengan conocimiento sobre las conductas penalmente prohibidas y las que no están prohibidas?

VARIABLE a EN CONTRASTE CON LA VARIABLE b

Ho: Si, Sabe Ud., que en el Distrito del Cusco se difundió y se viene difundiendo en la prensa hablada, televisada y escrita, las leyes penales y las sentencias condenatorias, para que las personas tengan conocimiento sobre las conductas penalmente prohibidas y las que no están prohibidas.

H1: No, Sabe Ud., que en el Distrito del Cusco se difundió y se viene difundiendo en la prensa hablada, televisada y escrita, las leyes penales y las sentencias condenatorias, para que las personas tengan conocimiento sobre las conductas penalmente prohibidas y las que no están prohibidas

| | |
|------------------------|------------------------|
| Prueba estadística | Chi- Cuadrada |
| Nivel de significancia | $\alpha - 0.05$ |
| Grados de libertad: | $(r-1)*(c-1)=1$ |
| Punto crítico: | $\chi^2_{0.95,1}=3.84$ |

| SI | NO |
|----|----|
| 12 | 38 |

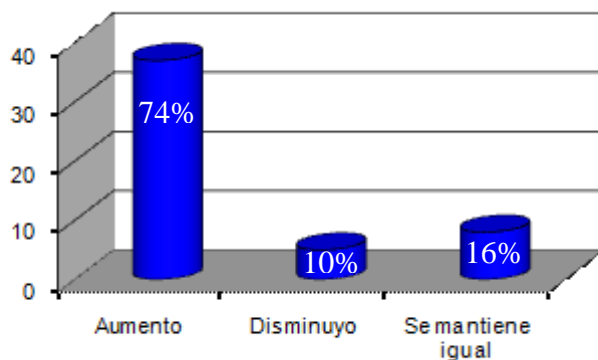
Criterio de decisión $\chi^2_{cal} = \sum_i \frac{(|o_i - e_i| - 0.5)^2}{e_i} = 0.34$

Decisión: Dado que $0.34 < 3.84$. Por lo tanto se rechazar H0

CONCLUSIÓN: Como se acepta H1 concluimos que, no conoce, que en el Distrito del Cusco se haya difundido y se venga difundiendo en la prensa hablada, televisada y escrita, las leyes penales y las sentencias condenatorias, para que las personas tengan conocimiento sobre las conductas penalmente prohibidas y las que no están prohibidas.

3.- A su criterio en estos últimos 02 años la delincuencia, en el Distrito del Cusco aumento, disminuyó o se mantiene igual?.

| Aumento | Disminuyo | Se mantiene igual |
|---------|-----------|-------------------|
| 37 | 05 | 08 |
| 74% | 10% | 16% |



CONCLUSIÓN: El 74% de los encuestados creen que la delincuencia aumento en los 2 últimos años en el Distrito del Cusco; el 10% que disminuyo y el 16% se mantiene igual.

4.- ¿A su criterio la vigencia del Código Penal y las sentencias condenatorias dictadas por los jueces, sirven para que las personas que no han cometido delito, no lo hagan (disuasión)?

VARIABLE a EN CONTRASTE CON LA VARIABLE b

Ho: A su criterio la vigencia del Código Penal y las sentencias condenatorias dictadas por los jueces, Si sirven para que las personas que no han cometido delito, no lo hagan (disuasión).

H1: A su criterio la vigencia del Código Penal y las sentencias condenatorias dictadas por los jueces, No sirven para que las personas que no han cometido delito, no lo hagan (disuasión).

| | |
|------------------------|--------------------------|
| Prueba estadística | Chi- Cuadrada |
| Nivel de significancia | $\alpha - 0.05$ |
| Grados de libertad: | $(r-1)*(c-1)=1$ |
| Punto crítico: | $\chi_{0.95,1}^2 = 3.84$ |

| SI | NO |
|----|----|
| 21 | 29 |

Criterio de decisión
$$\chi_{cal}^2 = \sum_i \frac{(|o_i - e_i| - 0.5)^2}{e_i} = 0.34$$

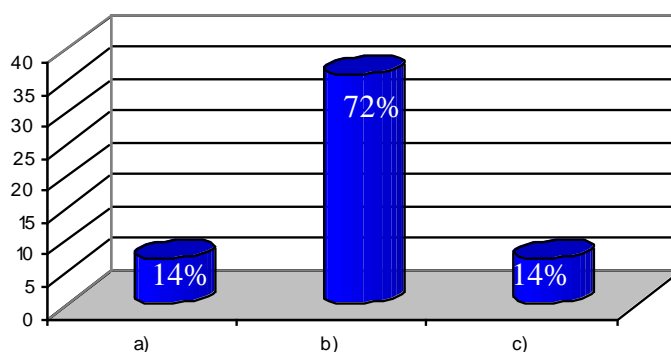
Decisión: Dado que $0.34 < 3.84$. Por lo tanto se rechazar H_0

CONCLUSIÓN: Como se acepta H_1 concluimos que, la vigencia del Código Penal y las sentencias condenatorias dictadas por los jueces, no sirven para que las personas que no han cometido delito, nunca lo cometan (disuasión).

5.- La prevención del delito debe materializarse:

- Difundiendo el código penal, las sentencias condenatorias y todo el ordenamiento jurídico.
- Difundiendo el código penal, las sentencias condenatorias y el ordenamiento jurídico y organizando la sociedad, para que participe en la lucha contra la delincuencia.
- La sociedad no debe participar en la lucha contra la delincuencia, por ser la prevención del delito labor de la Policía Nacional y del gobierno.

| a) | b) | c) |
|-----|-----|-----|
| 07 | 36 | 07 |
| 14% | 72% | 14% |



CONCLUSIÓN: El 72% de los encuestados cree que la prevención del delito debe materializarse difundiendo el Código Penal, las sentencias condenatorias y todo el ordenamiento jurídico. El 14% los cuales creen que difundiendo el Código Penal, las sentencias condenatorias y el ordenamiento jurídico y organizando la sociedad, para que participe en la lucha contra la delincuencia. Y el 14% piensa que la sociedad no debe participar en la lucha contra la delincuencia, por ser la prevención del delito labor de la Policía Nacional y del gobierno.

II.-) CARGA PROCESAL Y LA PUBLICIDAD DE LAS SENTENCIAS.

1.-) CARGA PROCESAL: Comprende la Carga Procesal Histórica y la Carga Procesal Nueva de procesos penales sumarios, que son la mayoría a comparación de los procesos ordinarios. En los sumarios el Juez Penal posee facultades de investigación y de fallo; y en los procesos penales ordinarios, el Juez Penal solo es investigador y las Salas superiores son los encargados de juzgar.

El ingreso de procesos penales nuevos (procesos iniciados), muestra una leve fluctuación en los tres años, no siendo significativos el aumento o disminución anual de los expedientes, pero la tendencia es ascendente. De la información estadística de la población penal, se aprecia que cada año se incrementó el número de reclusos. Ambos datos en lo medular son coincidentes y explican que la criminalidad en el Distrito del Cusco, se mantiene con tendencia al crecimiento. Anualmente en los 6 juzgados penales ingresan más de 1500 expedientes y como en cada proceso mínimamente existen dos partes, imputado y agraviado, representan una cantidad que supera las 3,000 personas e igualmente, similar cantidad de familias. Se ve en los

Juzgados y en las Salas que el imputado o el agraviado, va acompañado de sus familiares, porque un conflicto judicial involucra indirectamente a toda la familia. La Provincia del Cusco tiene 300 mil habitantes en los 5 Distritos, población de la que provienen los conflictos penales que los jueces tramitan al año un promedio de 1,800 expedientes, que es una cantidad mayor que los expedientes nuevos que ingresan. Estos datos corroboran, que el fenómeno de la criminalidad es un problema de actualidad, que debe ser abordado por el Estado mediante medios preventivos y represivos con la participación directa de la comunidad.

En la Carga Procesal Histórica están globalizados: 1.-) los procesos penales que al iniciar cada Año Judicial, están en trámite sea con plazo de instrucción vigente o con acusación escrita, sin poder ser sentenciados por existir reos contumaces o ausentes; y 2.-) los procesos que se encuentran en ejecución de sentencia, al haber quedado consentidas o ejecutoriadas las condenas impuestas. No todos los procesos penales culminan con sentencias condenatorias. Otros terminan con sentencias absolutorias y la mayoría, con autos de sobreseimiento. En los tres años 2004, 2005 y 2006 en la carga procesal histórica, se percibe una ligera tendencia a la disminución, situación compatible con los esfuerzos que se despliega en cada órgano jurisdiccional, para alcanzar las metas de la oportunidad de la justicia.

En los procesos sumarios, que son la mayor cantidad, la etapa del juzgamiento, se reduce a la “lectura de sentencias condenatorias”, que se llevan a cabo en acto público o privado, a las generalmente concurren únicamente las partes y sus familiares.

Las penas se imponen en audiencias públicas o privadas en los procesos ordinarios, en los que se tramitan los delitos de mayor gravedad a diferencia del proceso sumario. Las audiencias se desarrollan en sujeción a los principios del contradictorio, inmediación, oralidad, publicidad y otros (inc.4. del art.139 de la Constitución y art.215 del C. de P. P.). La exigencia de realizar el juicio oral en público, es para que la “colectividad pueda tener conocimiento del delito que se juzga y de la forma en que se realiza el juzgamiento” (principio de publicidad). En el proceso sumario el principio de publicidad, se circunscribe solo a la lectura de sentencia.

Estas normas y entre aquellos el principio de publicidad en la práctica no logran cumplir sus objetivos, de poner en conocimiento de la colectividad de todos los delitos que se investigan y se juzgan. El público no siempre asiste a las audiencias, solo se

ven en estas a las personas del entorno familiar del acusado y del agraviado, a veces a los estudiantes de Derecho y en pocas oportunidades, a algún ciudadano.

La investigación y el juzgamiento de un delito, en escasas ocasiones atraen la atención de la prensa, debido a su gravedad o por la condición especial de sus protagonistas (Profesionales, dignatarios, altos funcionarios, etc). Cuando no se presentan estos elementos, la ciudadanía desconoce que los delitos estén siendo investigados y sancionados.

En la gran mayoría de los procesos, el público no participa en las audiencias y por ello no saben que se imponen penas a los que delinquen. Las sanciones impuestas no sobrepasan el conocimiento de las partes, familiares y Abogados. No concurre a las audiencias, por que aparentemente no le renta ningún beneficio personal o familiar. A que iría a las audiencias?. A conocer los pormenores de la comisión del delito, para que conociendo esos detalles adopte mejores mecanismos para proteger los bienes jurídicos suyos y de su familia. Exigir que el pueblo se entere en los Juzgados personalmente, de cómo se cometen delitos, para que de esa forma se auto eduque y en base a ello, ponga en práctica acciones de prevención, no es muy convincente. Se adopte otros medios, por los cuales el pueblo este informado al respecto. Al postular que la población concurra a las audiencias públicas, es una forma de hacer participar en la lucha preventiva contra el delito, que aún tiene resultado deficitario.

Surge la impostergable necesidad de informar al colectivo en qué forma y circunstancias se vienen cometiendo los delitos, para que en base a ese conocimiento adopte las medidas apropiadas, para salvaguardar los bienes jurídicos suyos. En los procesos judiciales aparecen descritos que la delincuencia utiliza las mismas modalidades para cometer delitos. Conociendo estas particularidades, la población puede extremar el cuidado en mejores condiciones en la tutela de los bienes jurídicos.

En las sentencias condenatorias expedidas en los procesos sumarios, la información estadística de los seis Juzgados Penales expresa que las penas privativas de libertad fueron aplicadas en el 99% de sentencias; las demás penas establecidas en el Código Penal no fueron utilizadas o fueron en pequeño porcentaje. Se impusieron en el 19% de procesos penas de cárcel, la mayor de ellas es de 07 años de privación de libertad efectiva; y en el 80% penas privativas de libertad suspendidas en su ejecución.

En los expedientes sumarios y ordinarios, se observa que las penas privativas de libertad efectivas, suspendida en su ejecución y la de inhabilitación, son cumplidas. En cambio, las de días- multa no son ni pueden ejecutarse mediante embargo, debido a la carencia de recursos económicos de los sentenciados. Igual dificultad presenta la ejecución de la reparación civil, la que no se puede cumplir por que los sentenciados no tienen cómo pagar. Entre las penas privativas de libertad impuestas en los procesos ordinarios que no es de competencia de los Jueces penales, se aprecian sanciones que de un año, 04 años, 10 años, 18 años, 20 años, 25 años, 30 años de privación de libertad efectiva. La pena de prestación de servicios a la comunidad, no siempre son cumplidas por que legalmente no se sabe a quién corresponde controlar su cumplimiento en las instituciones que acogen a los sentenciados.

Se abran nuevas formas de atraer a la población, a fin de que intervenga activamente en la ejecución de la lucha preventiva contra el crimen. Ni solo el pueblo ni solo el Estado, deben desarrollar los medios preventivos, corresponde actuar en forma conjunta, para alcanzar el objetivo de controlar la delincuencia.

La prevención general, postula que las penas impuestas en la sentencia tienen por finalidad el conocimiento de la población, a fin de que sabiendo que se sancionan a los autores, no delinca. La exigencia de publicidad del juzgamiento no puede colmarse, cuando la gravedad del delito concita la atención del público. Tampoco podría interpretarse esta falta atención del público, como la tolerancia de la sociedad, frente a los demás delitos que no reúnen aquellas exigencias de gravedad.

La cantidad de los delitos investigados y las penas impuestas en las sentencias, no todos son de conocimiento colectivo, a falta de que por ley se publiquen. Si el propio delito, por su gravedad, no hace su "auto publicidad", los procesos judiciales y las sentencias (condenatorias o absolutorias) no llegan a conocimiento del público. El Estado debe asumir la adopción de medidas comunicativas oportunas y permanentes mediante la difusión de las leyes penales y de las sentencias impuestas, formando una educación basada en valores de justicia, haciendo saber que todo aquello que es útil a la convivencia pacífica, es lo que debe practicar el individuo frente a sus semejantes.

No está expresamente establecida en la ley, la publicación de las sentencias condenatorias emitidas en los Juzgados y Salas penales. Creo que conviene a los fines preventivos, la publicación de por lo menos un resumen de las sanciones penales

impuestas. No postulamos la publicación de todo el texto de la sentencia. Puede publicarse un extracto de ella, en el que se resalte la forma en que se cometió el delito y la pena impuesta, sin mencionar el nombre de las partes fundamentalmente del agraviado. Es tarea no solo del Poder Judicial, es del propio Estado y de la prensa en general, informar a la población de la cantidad de condenas impuestas a diario. Tarea que constituiría un aporte importante en la eficacia de las medidas preventivas de la criminalidad y en el fortalecimiento de la cultura de justicia.

2.-) LA PUBLICIDAD DE LAS LEYES PENALES.

a.-) LA FINALIDAD DE LA CONMINACIÓN PENAL. El delito y la pena en estricta consonancia con el principio de legalidad, se encuentran descritos desde el art.106 al art.439 del Código Penal. La parte preceptiva de la norma, contiene la conducta penalmente prohibida (delito), tiene por destinatario a la ciudadanía; y la parte sancionadora, la pena para que el Juez las aplique.

En cuanto al elemento preceptivo de la norma penal, Roxin explica que «el fin político criminal de la conminación penal abstracta, es preventivo general. Se pretende motivar al individuo para que omita la actuación descrita en el tipo penal (o en los delitos de omisión, para que lleve a cabo la conducta ordenada). Una prevención general eficaz presupone, una precisión de la ley lo más exacta y fiel a su tenor que sea posible, como lo exige el principio *nullum crimen sine lege*».³⁹

El art.109 de la Constitución Política del Estado, establece que desde el día siguiente de su publicación, es obligatoria la ley. Para que a la persona le sirva de guía el contenido de la norma (prohibición o mandato), a fin de que no cometa delito, no es suficiente la sola publicación de la ley en el Diario Oficial El Peruano. No es cierto que todos los peruanos, desde el día siguiente de publicada la ley, ya conocemos el texto. Resulta conveniente a los fines preventivos, que la persona conozca la norma, para que sea causa o razón que mueve su conducta diaria, hacia el respeto de los bienes jurídicos de sus semejantes. Si no conoce la prohibición o el mandato establecido en la ley no puede exigirse que adecue su conducta a la ley.

Se establezcan programas de difusión del contenido de lo que las leyes prohíben u ordenan realizar algo, de sus modificaciones o derogaciones. Cada vez que se de una

³⁹ Roxin Claus. Derecho Penal. Parte General T. I. Trad. 2ª. Edic. Diego-Manuel Luzón Peña. Miguel Díaz y García Conlledo. Javier de Vicente Remesal. Ed. Civitas S.A.1ª. Ed. Civitas. Madrid. 1997,pág.218-219.

ley, se explique a los peruanos de sus alcances. Labor que fortalecerá la cultura de valores, del cumplimiento del deber y los patrones de una convivencia pacífica y respetuosa de los bienes jurídicos. En el Primer Encuentro entre la Magistratura Cusqueña y la sociedad civil organizada el 10, 11 y 12 de octubre del 2006, reclamó que la población conozca las leyes y las resoluciones expedidas en los procesos judiciales. La administración de justicia, se realice en el mismo idioma del justiciable al igual que la difusión de las leyes.

3.-) PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LA PREVENCIÓN DEL DELITO.

El Estado mediante el art.166 de la Constitución Política del Estado le encarga a la Policía Nacional la importante misión de prevenir, investigar (represión) y combatir la delincuencia. Es hora que esta Institución haga efectiva ese encargo, desarrollando paralelamente la prevención y la represión de la delincuencia. Las actuales acciones policiales, mas se despliegan a nivel represivo y poco o nada se percibe las acciones preventivas. Hay carencia de mecanismos, que la propia Policía debe estructurar, para que haga partícipe a la sociedad. La prevención que trae resultados positivos en la lucha contra la criminalidad es que aquella, que se ejecuta con la activa participación de la sociedad.

El Estado peruano, mediante el sistema penal intervienen después de cometido el delito y casi nunca antes. Esto evidencia que las medidas preventivas escasean. La ley constitucional (art.166) es clara y precisa al establecer el uso de la prevención, sin embargo falta que se pongan en ejecución tan importante norma. Como la población no conoce de la existencia de mecanismos preventivos ni cómo deben llevar a cabo y si las hay, esos mecanismos son aislados respecto a algunos delitos. A falta de conocimiento de la existencia de los medios preventivos, la sociedad no tiene como participar.

La PNP estructure medios prácticos precisos de cómo deben ser las acciones preventivas y estas sean ejecutables en cada Distrito, Provincia y Región del Perú. La Ley de Seguridad Ciudadana, ya ha precisado los alcances del principio constitucional. Por ejem., las rondas campesinas en la Provincia de Chumbivilcas, vienen dando resultados positivos en la lucha contra el abigeato. En la ciudad, el personal de seguridad que existe en los barrios a iniciativa ciudadana, muestran resultados

palpables. Cuando en las instituciones públicas, se desarrollan labores controladas permanentes, se evitan la comisión de delitos.

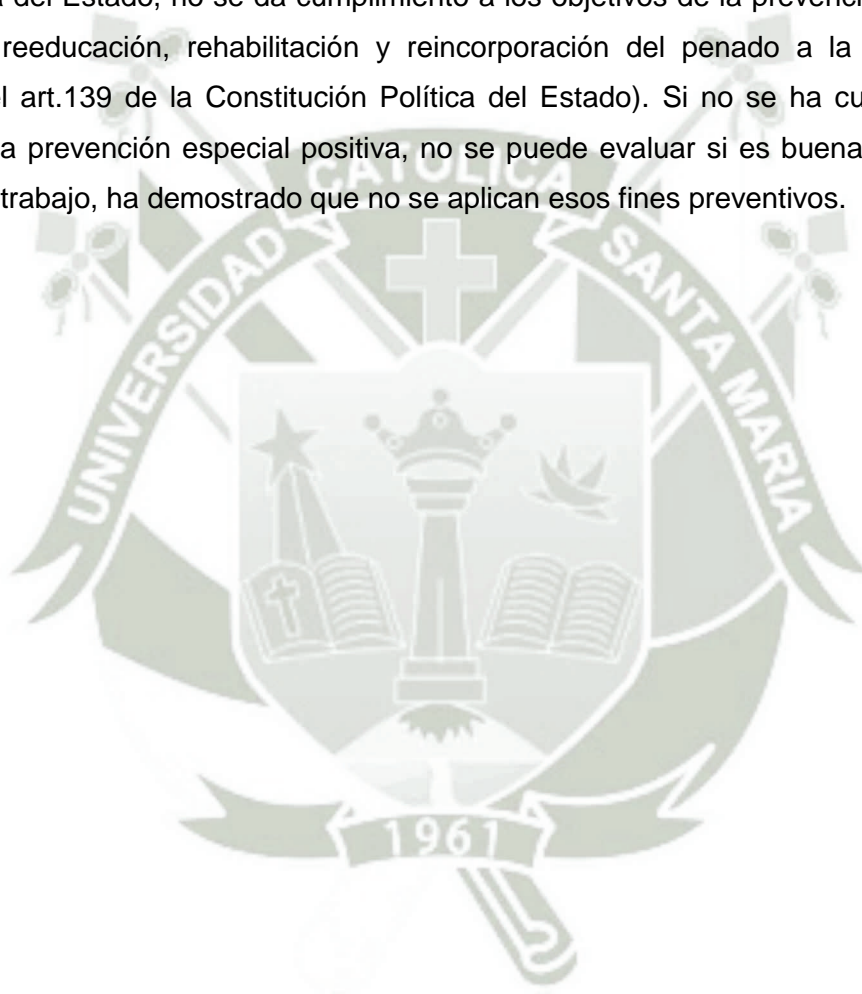
El directo beneficiario en esta lucha preventiva es el hombre del campo y de la ciudad, somos todos, para dar mayores grados de protección a los bienes jurídicos. Busquemos nuevas formas de atraer la atención y la participación de la ciudadanía, en esta cruzada contra el crimen.

4.-) LA PREVENCIÓN ESPECIAL (REEDUCACIÓN).

Existen anualmente cerca de 10,000 reclusos en el Establecimiento Penal de Quenqoro del Cusco. Los talleres de trabajo instalados en el interior del Establecimiento Penal de Quenqoro, en los que cada año ha ido aumentando la cantidad de reclusos, aunque en un porcentaje mínimo. El año 2004 han trabajado el 5.5% de reclusos y no han trabajado el 94.5%; el 2005 laboraron solo el 4.5% y no trabajaron el 95% y el 2006 laboraron el 5.6% y no han trabajado el 94.4 % de reclusos. Dentro de ese pequeño margen de personas detenidas que laboran, el mayor porcentaje de reclusos se dedican al tejido a mano (mantas, ponchos, chompas y otros). Es explicable esta inclinación mayoritaria a los tejidos, porque esta actividad no requiere de maquinarias. Los diversos talleres como de tejidos a mano, carpintería, zapatería, sastrería, cerámica y otros, tienen escasa o casi nula capacidad de acoger a los reclusos, que voluntariamente desean trabajar. Hay oferta de mano de obra entre los detenidos, pero no hay posibilidades de ser acogido en tan escasos talleres. Los reclusos que logran obtener un espacio en esos talleres, demuestran que si pueden desarrollar habilidades y tecnificarse.

Así como cada año crece la cantidad de detenidos, también crece el número de reclusos sin ocupación, que no producen nada. La estadística evidencia que los lineamientos constitucionales de la reeducación, rehabilitación y reincorporación no son aplicados, o sea no se cumple los alcances de la teoría de la prevención especial positiva. Si no se ha pone en práctica los objetivos de esta teoría, mal podríamos señalar que los sentenciados no logran reeducarse. Se carece de un programa sistematizado, para ejecutar la prevención especial positiva y esa carencia, es imputable al Estado.

Los medios de reeducación constitucionalmente normada, no se ejecutan en dicho Establecimiento Penal. No se tiene información estadística, de cuántos de los sentenciados vuelven a cometer delitos, sin embargo en los expedientes penales se constata que los sentenciados después de haber cumplido la pena o en la etapa, en que goza de beneficios penitenciarios de semi libertad, vuelven a cometer delitos. El 2006 de los 11,002 reclusos, no han trabajado el 94.4%, o sea casi la totalidad de personas detenidas en la cárcel, todos los días no laboran en nada. Estos datos estadísticos, muestran resultados alarmantes en cuanto a la no ejecución de los lineamientos constitución de la prevención especial positiva. Por falta de una actividad sostenida del Estado, no se da cumplimiento a los objetivos de la prevención especial positiva: reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inc.22 del art.139 de la Constitución Política del Estado). Si no se ha cumplido con ejecutar la prevención especial positiva, no se puede evaluar si es buena o mala. El presente trabajo, ha demostrado que no se aplican esos fines preventivos.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La población del Distrito del Cusco de la Provincia y Región del mismo nombre, de acuerdo a las encuestas efectuadas el 54% de los encuestados desconoce que el Estado ejerza acciones sistemáticas preventivas de la criminalidad, por no recibir información al respecto ni ella es parte activa de esas acciones. Los mecanismos de prevención de la criminalidad, no deben desarrollarse aisladamente sin el protagonismo del principal interesado en la protección de los bienes jurídicos, que es la propia ciudadanía. “La prevención «*primaria*» es la más eficaz, opera etiológicamente, a medio y largo plazo y reclama prestaciones sociales de parte del Estado e intervención comunitaria”¹.

SEGUNDA.- Se ha demostrado, que la población del Distrito del Cusco no concurre a las audiencias de juzgamiento, como debiera hacerlo en cumplimiento del principio de publicidad, a falta de una debida orientación de la importancia de esos juzgamientos para la colectividad y la seguridad jurídica. El principio de publicidad consiste en que el público controla la marcha de la etapa del juzgamiento y la justicia, de la decisión. En la gran mayoría de casos, a esas audiencias solamente asisten las partes (acusado y agraviado), a veces sus familiares y algunas veces los periodistas y los estudiantes de derecho. El común ciudadano se entera por noticias periodísticas o por boca de los propios justiciables, generalmente distorsionada, de un pequeño segmento del universo de las penas impuestas por los jueces en las audiencias públicas.

TERCERA.- Queda probada que grandes sectores de la población del Distrito del Cusco, nunca se enteran de las constantes penas que se imponen a los que delinquen.

CUARTA.- Esta demostrado la falta de difusión de las leyes penales al igual que de las sentencias. No es correcto que a la sola publicación en el Diario El Peruano, las leyes se den por cierto su conocimiento por parte de la colectividad ni los juzgamientos a las que generalmente no concurre la ciudadanía, se den por cierto que sean fruto de la garantía del principio de publicidad. Para superar esa carencia, se sugiere la ejecución del Programa Educativo de Difusión Normativa y la reglamentación del art.109 de la Constitución Política del Estado y el art.289 del Código de Procedimientos Penales. El texto del mencionado Programa Educativo y el texto para

¹ Cfr. García-Pablos de Molina Antonio, (2006) Criminología. Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos, 1ª Edición peruana, pág.427.

la reglamentación de la norma constitucional y la modificación de la norma adjetiva, se adjunta anexada al presente informe.

QUINTA.- La finalidad de prevención especial positiva de las penas impuestas en los seis Juzgados Penales del Distrito del Cusco, muestran ostensible déficit en cuanto a la real puesta en marcha de la reeducación, sea por el trabajo o por cualquier otro medio apropiado. No se cumplió con ejecutar por parte del Estado programas reeducadoras, rehabilitadoras y reincorporadoras del penado a la sociedad. Este incumplimiento, se demuestra con la estadística obtenida del Establecimiento Penitenciario de Varones del Cusco. Durante el 2004 trabajaron solo el 5.5% de reclusos y no lo hicieron el 94.5%; el 2005 laboraron solo el 4.5% y no trabajaron el 95% y el 2006 laboraron el 5.6% y no han trabajado el 94.4 % de reclusos.

SEXTA.- En el Establecimiento Penal de Quenqoro del Cusco, el Estado implemente programas para la ejecución de la prevención especial positiva, llevando a cabo cursos para fortalecer la cultura de valores y el necesario equipamiento de los actuales talleres con instrumental moderno, la creación de nuevos talleres y lugares de trabajo.

Las leyes penales aplicadas en los 06 Juzgados Penales del Distrito del Cusco en los años 2004, 2005 y 2006 al dictarse las sentencias en las que se imponen penas de diversas magnitud, en algunos casos severas que alcanzan a los 30 años de privación de libertad, no contribuyen óptimamente a la lucha del Estado contra la criminalidad y por ello, la delincuencia exhibe tendencia ascendente, como de prueba con la carga procesal en los seis Juzgado Penales, que en los tres años exhibe una tendencia ascendente. Cada nuevo proceso penal, representa la comisión de un nuevo delito en la sociedad y si aumenta la cantidad de procesos penales cada año, ello evidencia objetivamente que hay crecimiento de la criminalidad.

SÉTIMA: El problema descrito se trata de resolver con la ejecución de la propuesta del Programa Educativo de Difusión Normativa, que esta sustentado en las Teorías Mixtas o de la Unión, a fin de realizar la difusión de las leyes penales y de las sentencias condenatorias emitidas en los 06 Juzgados Penales asi como fortalecer la cultura de valores en los medios televisivos en castellano y quechua; en la radio en castellano y quechua y en la prensa escrita y en todo evento de proyección social, realizada por las entidades públicas y privadas.

Creemos será un aporte al control y disminución de la criminalidad en el Distrito del Cusco y fortalecerá la cultura de justicia y de valores.



SUGERENCIAS

PRIMERA.- a.-) El art.109 de la Constitución Política del Estado se reglamente mediante Decreto Supremo, para determinar la necesidad de la difusión de las leyes penales, bajo el siguiente texto:

“Art. Único: Puesta en vigencia la ley penal, se desarrolle a través del Ministerio de Justicia la difusión por los medios masivos de comunicación social en castellano y quechua. Igualmente en las Instituciones públicas y privadas, se realicen periódicamente eventos de difusión de las normas”.

b.-) La publicación de las condenas impuestas, se regule ampliando el tenor del art. 289 del C. de P. P., en la forma siguiente:

Ley Nº ...: Art. Único: Adiciónese al art.289, el siguiente texto: “Una vez que quede firme la sentencia condenatoria, se publique el extracto pertinente al delito y a la pena. Se realicen eventos de difusión en la sociedad civil, en castellano y quechua”.

SEGUNDA: Se propone el siguiente Programa, denominado:

“PROGRAMA EDUCATIVO DE DIFUSIÓN NORMATIVA.”

INTRODUCCIÓN.

El Poder Judicial, es uno de los Poderes del Estado, con potestad de administrar justicia, la que se ejerce mediante los diversos órganos jerárquicamente establecidos. Las sentencias expedidas en el ámbito penal, están orientadas no solo a castigar al culpable sino a reforzar la confianza de la ciudadanía en la capacidad del orden jurídico de permanecer a imponerse, a fin de que la mayoría de los ciudadanos tengan una actitud de respeto por el Derecho, en bien de la convivencia social pacífica. Perciban a través de las sentencias, que se sancionan a los que cometen de delito y las leyes vigentes, están para que las personas adecuen su comportamiento diario a las prohibiciones y mandatos contenidos en las mismas.

En esa perspectiva el Estado sustentado en sus tres Poderes, tiene el deber de prevenir la comisión de delitos y no ha de relegar la importancia de poner todo su

esfuerzo en acudir a todos los mecanismos educativos, para que la población fortalezca la práctica de la cultura de valores y evite de cometer delitos.

Bajo esa visión, el Poder Judicial, el Ministerio Público y la PNP en el Distrito del Cusco, como integrantes del sistema penal peruano, conjuntamente con sus jueces, fiscales y el personal policial han tomado la decisión de elaborar el Programa Educativo de Difusión Normativa que tendrá una duración de UN AÑO y que al mismo tiempo servirá para que cada Institución se proyecte a la sociedad, en bien de la seguridad jurídica.

Las tres Instituciones, se encargaran la ejecución del Programa, la supervisión y la facilitación de los recursos para el desarrollo de las actividades necesarias, señaladas en el Programa Educativo de Difusión Normativa.

La finalidad es alcanzar que este Programa consiga una participación activa de quienes forman parte de aquellas Instituciones, para que las actividades propuestas se ejecuten y sea posible efectuar la evaluación del cumplimiento de las metas, al finalizar el año.

En la seguridad de que las propuestas se irán cumpliendo de acuerdo al plan de las actividades y que al término del periodo propuesto, hemos de percibir un mejor control de la delincuencia en el Distrito del Cusco y ello redundará en un servicio de justicia, más oportuno.

JUSTIFICACIÓN.

En la revisión histórica de las tres Instituciones integrantes del Sistema Penal, que prestan servicios en el Distrito del Cusco, no encontramos datos de haberse desarrollado un Programa similar al presente, solo se ha recogido información de proyecciones individuales hacia la sociedad, para mejorar el servicio que brindan.

La propuesta educativa está basada en la teoría dialéctica (unificadora) de Roxin, que “parte de una consideración «gradual» de los fines de la pena distinguiendo tres etapas en la vida de la misma: la conminación legal abstracta (la pena en la ley), la medición judicial de la pena (la pena en la sentencia) y la ejecución de la pena (su cumplimiento en el establecimiento penitenciario).

La ejecución del Programa Educativo de Difusión Normativa será impulsada por quienes formamos parte del sistema penal, con el firme propósito de poner en práctica la política institucional de mejorar el servicio y de fortalecer la seguridad jurídica.

NUESTRA REALIDAD.

La propuesta del Programa Educativo de Difusión Normativa no podríamos desarrollarla adecuadamente sin adentrarnos en la realidad de cada institución. Resulta necesario un diagnóstico que reflejase la situación de cada una de ellas. El resultado de este diagnóstico es fruto del análisis acudiendo a la técnica del FODA y de las entrevistas realizadas Magistrados, Fiscales y Policías. El Proyecto Educativo consta de dos etapas: la primera hace hincapié en el diagnóstico institucional a través de la técnica del FODA; y, la segunda etapa comprende el plan estratégico institucional.

FORTALEZAS.

Predisposición del personal que labora en cada Institución para la difusión de las normas y las resoluciones emitidas en los procesos penales, como ya venido efectuando actividades similares de proyección hacia la sociedad civil, eligiéndose por ejemplo en centros educativos Policías Escolares y Jueces Escolares. Se han realizado conversatorios, seminarios dirigido al periodismo para una mejor comunicaciones de las actividades que cumplan aquellas instituciones, actividades académicas dirigida a la población litigante, la participación de estos en los eventos académicos que se organizan.

Dentro de las relaciones de estas Instituciones con la sociedad civil, se han venido dando participación en los órganos de gobierno, como son en los Consejos Ejecutivos Distritales tanto del Ministerio Público como del Poder Judicial.

En cada Año Judicial la Corte Superior de Justicia del Cusco cuenta con el uso de un periódico como Diario Judicial y además, tiene a su disposición una hora semanal en uno de los Canales de Televisión.

OPORTUNIDADES.

Capacitación del personal policial, de Fiscales, Magistrados y del personal administrativo de cada una de estas instituciones.

Seminarios, foros, charlas de conocimiento de las leyes en cada Institución. Convenios inter-institucionales, con el propósito de mejorar la capacitación.

La posibilidad de crear una red de ayuda con algunas instituciones de carácter privado y público, orientada a la permanente difusión a través de los medios masivos de comunicación social sobre las leyes y las sentencias emitidas en los procesos penales.

Medios de comunicación: Programas culturales- jurídicos, espacios educativos en los medios de comunicación escrita, hablada y televisiva.

DEBILIDADES.

El desconocimiento de la población sobre el rol activo que le corresponde junto al Estado en las actividades preventivas de la delincuencia, como tal no hay precedentes de su participación en esas acciones preventivas.

Relaciones humanas inadecuadas, en materia de difusión de normas y sentencias condenatorias.

Prejuicios y comentarios distorsionados sobre la labor de la Policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial en la administración de justicia, en general y en particular relacionado a la justicia penal. Existe en la población una cultura de conflicto, falta de conocimiento de la sacrificada labor de sus jueces.

AMENAZAS

La criminalidad en aumento y el hecho que no existen precedentes en actividades de esta naturaleza.

El estado de pobreza, la falta de trabajo, el consumo de drogas, el alcoholismo, la desorganización familiar, influyen de manera negativa en el surgimiento de los conflictos.

Medios de Comunicación: Los diferentes Medios de Comunicación exhiben programas de violencia física y moral, se han convertido en una de las amenazas, que requiere ser revertida, a fin de que la difusión normativa sirva a la prevención de la delincuencia.

DIAGNOSTICO.

De las encuestas recogidas y la de la observación hecha, se conoce que la criminalidad está en aumento, situación que requiere el concurso de varias Instituciones para hacer uso de los mecanismos legales, a fin de llegar a la población con mensajes distintos sobre la valía de las normas y de la labor del sistema penal.

Las Instituciones integrantes del Sistema Penal prestan todo su apoyo, a los profesionales encargadas de realizar la difusión de las normas y sentencias, a través de las mass media, de seminarios, foros, conversatorios y otros, en castellano y quechua.

COLABORADORES.

Las tres Instituciones cuentan con un gran número de colaboradores. En el Poder Judicial y en el Ministerio Público, superan las 200 personas y en el 100% son profesionales en Derecho, que se hallan dispuestos a explicar a la población sobre los alcances de las leyes y de las sentencias condenatorias. En la Institución Policial sus integrantes, poseen conocimientos técnico-especializados, propias de la función que les señala la norma constitucional. En las tres Instituciones, existe otro segmento de personal que en calidad de auxiliares laboran en el sistema penal, quienes siendo profesionales en Derecho, son igualmente útiles para estas actividades.

PLAN ESTRATÉGICO.

VISIÓN: Ser solidarios con la sociedad que requiere acrecentar sus niveles de cultura con el conocimiento de la necesidad de su participación en la prevención de la delincuencia, el conocimiento de las leyes y de las labores jurisdiccionales.

Dirigir nuestro esfuerzo a la institucionalización de esta clase de proyectos, que sirvan a fines tan importantes como el control de la delincuencia.

MISIÓN.

Divulgar integralmente los conocimientos elementales sobre las leyes, particularizando

que es lo que esta penalmente prohibido y permitido, informándoles que a los que cometen delitos se les viene imponiendo las penas establecidas en la ley.

Formar en una cultura de valores, resaltando que es indispensable el comportamiento honesto, sincero, transparente, justo y de esa manera, lograr la formación de personas bien respetuosas de las normas de convivencia pacífica.

OBJETIVOS:

Fomentar en la ciudadanía conocimientos sobre su participación necesaria en la prevención de la delincuencia.

Aplicar procesos continuos de capacitación al personal policial, a los Fiscales y Jueces penales, para que las labores de difusión normativas en los mas media, en los coloquitos, fórums, seminarios, conversatorios y otros tengan contornos de calidad.

ESTRATEGIAS

Establecer en los medios masivos de comunicación social a nivel del Distrito del Cusco, mecanismo para propalar de las sentencias condenatorias y de las normas punitivas, explicando sus alcances, en castellano y quechua. Llevar a cabo actividades de carácter académico, como seminarios, foros, conferencias, conversatorios y otros. Estas se realicen, una vez por semana, durante un año.

ACTIVIDADES.

Integran el núcleo del trabajo a desarrollarse, que está constituido por el cumulo de decenas y decenas de actividades, que materialicen la trasmisión de los conocimientos sobre leyes, sentencias, la participación de la ciudadanía en la prevención y lucha de la criminalidad y formación en valores de manera general.

TIPOS DE ACTIVIDADES:

Programas televisivos.

Programas radiales.

Telenoticias.

Noticias de prensa.
Seminarios.
Foros.
Cursos talleres.
Conversatorios.
Conferencias.

Telenoticias: son clips informativos que imitan a los que habitualmente ofrecen las distintas cadenas televisivas en sus telediarios, en temas de criminalidad. Se atienen a hechos conocidos por la opinión pública o a otros que tengan o hayan tenido una menor difusión pero que puedan resultar de interés para la comunidad.

Desde de esta forma de abordar la problemática, queremos animar a practicar en el mundo del periodismo información especializada, con términos mas precisos para que la comunidad entienda en mejores condiciones sobre las nefastas consecuencia de la criminalidad.

Noticias de prensa: Acompañando a las *telenoticias* los Jueces, Fiscales, Policías, los funcionarios y el cualquier personal que labores en el sistema penal haga uso de sus experiencias y conocimientos acuda a este tipo de ejercicio de propalar todo lo relacionado a la criminalidad y los mecanismos de prevención, acudiendo a un lenguaje sencillo. Este tipo de actividad, consiste en la elaboración de un artículo que imite a los que normalmente publican los diarios que acostumbra a leer la ciudadanía.

La intención es fomentar la práctica informativa periodística en el ámbito de la criminalidad y las sanciones impuestas en los órganos jurisdiccionales, la ejecución de las penas en los Establecimientos Penales, al tiempo que se favorece el contacto del Policía, del Fiscal y del Juez con la prensa escrita, ejercitándose así más la lectura comprensiva y el análisis crítico de la información recibida por los canales de comunicación más extendidos en nuestra sociedad. La ciudadanía a través de esta formad e comunicación, tenga elementos reales y directos, para realizar una apreciación critica sobre el desarrollo de la administración de justicia, si los que cumplen las penas impuestas vuelven o no a reincidir, en qué forma debe participar la ciudadanía en la prevención y lucha de la criminalidad, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, E. (1989). Derecho Penal: Parte General. Reimpresión. Ed. Bogotá. Temis.
- Bramont Arias Torres, L. M. (2000). Manual de Derecho Penal: Parte General. Lima
- Bramont Arias, L. A. Derecho Penal: Parte General. (3^a Ed). Lima.
- Bustos Ramírez, J. (1994). Derecho Penal: Parte General. (4^a Ed). Barcelona.
- Bustos Ramírez, J. Manual de Derecho Penal: Parte General. Ed. Barcelona. Ariel S.A.
- Calderón Cerezo, A. y Choclan Montalvo, J. A. (2001). Derecho Penal Tomo I: Parte General (2^a Ed). España.
- Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S. (1999). Derecho Penal: Parte General (5^a Ed). Valencia.
- Cuello Contreras Joaquín. (2002). El Derecho Penal Español: Parte General. (3^a Ed). Madrid y (1^a Ed). Dykinson.
- Código Penal (1991).
- Constitución Política del Perú (1993).
- Dalla Via, A; Graña, E; Sisinni, N. y Basterra, M. (1999). Manual de Teoría del Estado y del Gobierno. Ed. Belgrano.
- Faúndez Ledesma, H. (1999). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales. (2^a Ed). San José.
- Fernández Carrasquilla, J. (1998). Derecho Penal Fundamental. V.I y II: 2^a reimpresión. (2^a Ed). Santa Fe de Bogotá.
- García Pablos de Molina, A. (2000). Derecho Penal: Introducción. Madrid.
- Hernández Sampiere, R; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (1998) Metodología de la Investigación. (2^a Ed). Colombia.
- Hurtado Pozo, J. (1987). Manual de Derecho Penal: Parte General. (2^a Ed).
- Jacokbs, G. (1997). Derecho Penal: Parte General. Traducción: Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L. (2^a Ed). Corregida: Marcial, Pons. Ed. Madrid. Jurídicas S.A.
- Jescheck Heinrich, Hans. Tratado de Derecho Penal: Parte General. V. I y II. Traducción: S.Mir Puig y F.
- Kelsen, Hans. Teoría Pura del Estado. Ed. Lima. Tachu.
- Mir Puig, S. (2002). Derecho Penal Parte General. (5^a ed). Barcelona.
- Mir Puig, S. (2004). Derecho Penal Parte General. (7^o Ed). Buenos Aires.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (1996). Derecho Penal: Parte General. (2^a Ed). Valencia.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2000) Derecho Penal: Parte General. (4^a Ed). España.
- Paredes Núñez, J. E. (2008). Manual para la Investigación Científica de la Escuela de Posgrado de la Universidad Católica de Santa María. (7^a Ed). Arequipa.
- Polaino Navarrete, M. (2004). Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas. Ed. Lima. Grijley.
- Polaino Navarrete, M. (2005). Instituciones de Derecho Penal: Parte General. Ed. Lima. Grijley.
- Roxin Claus. (1997). Derecho Penal: Parte General T. I. Trad. (2^a Ed). Luzón Peña, D. M; Díaz, M; García Conlledo. y Vicente Remesal, J. (1^a Ed). Madrid. Civitas.
- Sainz Cantero, J. A. (1982). Lecciones de Derecho Penal: Parte General. VI y II. Barcelona. BOSCH.
- Santaolalla López, F. (2004). Derecho Constitucional. Ed. Madrid. Dykinson.

- Serrano Maíllo, A. (1999). Ensayo Sobre el Derecho Penal Como Ciencia. Ed. Madrid. Dykinson.
- Velásquez V, Fernando. Derecho Penal: Parte General. (3ª Ed). Santa Fe de Bogotá. Temis S.A.
- Villa Stein, J. (1998). Derecho Penal: Parte General. Lima.
- Villavicencio T, Felipe. (2006). Derecho Penal: Parte General Ed. Lima. Grijley.
- Zaffaroni, E. Raúl. (2000). Derecho Penal. Parte General. Ed. Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. Raúl. y Alagia Slokar, Alejandro (2002). Derecho Penal: Parte General. (2ª Ed). Buenos Aires.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS:

- http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/criminalidad%20y%20globalizacion.pdf
- http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/criminalidad%20y%20globalizacion.pdf. (FerrajoLuigi)
- <http://www.eldiario.net/noticias.asp?articulo-1345&tipo=11>.

Cusco, 26 de diciembre del 2008.





UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA.

ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DOCTORADO EN DERECHO

(SEDE CUSCO)

PROYECTO DE TESIS

“LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL DE LA PENA EN LOS SEIS JUZGADOS ESPECIALIZADOS PENALES DEL DISTRITO DEL CUSCO DURANTE LOS AÑOS 2004, 2005 y 2006”.

PROYECTO DE TESIS PRESENTADO POR:

URIEL BALLADARES APARICIO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE

DOCTOR EN DERECHO

CUSCO - PERÚ

2006

PROYECTO DE TESIS.

“LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL DE LA PENA EN LOS SEIS JUZGADOS ESPECIALIZADOS PENALES DEL DISTRITO DEL CUSCO DURANTE LOS AÑOS 2004, 2005 y 2006”.

I.- PREÁMBULO.-

Desde el primer Código Penal Peruano de 1863, la evolución que ha experimentado nuestro derecho positivo, en materia del manejo de las penas, ha seguido las tendencias que en su momento la legislación penal europea, ha tenido. El Código Penal Peruano de 1863, tuvo como fuente el Código Penal español de 1848-50. Tenemos hasta la fecha tres Códigos Penales, el primero de 1863, el segundo de 1924 y el tercero, el vigente desde el 26 de abril de 1921. El Código penal de 1863 se basaba, en el eclecticismo de los juristas europeos Rossi y de Pacheco que aunaban las ideas de la retribución y de la prevención general. A partir del Código de 1924 y en las posteriores reformas, se fueron introduciendo paulatinamente instituciones que se orientan en la prevención especial.

Las variaciones que ha experimentado la teoría de la pena en el Código penal peruano no han supuesto cambios radicales. Han limitado a otorgar preponderancia a la prevención general sobre la especial y viceversa, o bien a tratar de armonizar ambas. Debe destacarse que a consecuencia del debate científico que ha tenido lugar en los medios doctrinarios, se observa una pugna de las concepciones preventivas de la pena por desplazar a la idea de la retribución de la teoría de la pena.

El inc.22 del art.139 de la Constitución peruana de 1993 (vigente desde el 30 de diciembre de 1993), establece que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. El Tribunal Constitucional al interpretar la norma ha establecido que “al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en armonía

con el artículo 10.3 del Pacto de Internacional de Derecho Civiles y Políticos, que señala el régimen penitenciario”.

La interpretación hecha del inc.22 del art.139 por el Tribunal Constitucional, unifica diversas funciones de la pena y se inclina por las teorías mixtas o de la unión. Estas teorías postulan, que la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general re socializadora.

Si la pena encuentra su *fundamento* en el delito cometido, pero habrá de ser, además, *necesaria* para evitar la comisión de delitos en el futuro. La pena habrá de ser ante todo justa, es decir, proporcionada a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad del autor y las exigencias de la prevención general y de la prevención especial únicamente podrán desempeñar una función limitadora de la aplicación de la pena justa, en el sentido de que ésta deberá ser reducida o dejar de ser aplicada cuando no sea necesaria a partir de consideraciones preventivas.

Lo que nos anima, es buscar que consecuencias positivas o negativas, genera en la sociedad cusqueña la imposición de las penas. La prevención y la retribución deben ir de la mano, en la lucha contra la criminalidad, para lograr un adecuado control de este fenómeno.

II.- PLANTEAMIENTO TEÓRICO.-

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

LA PROBLEMÁTICA A NIVEL MUNDIAL. Siendo la globalización, la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales, trae efectos en el campo del Derecho y específicamente en el Derecho Penal. Como bien resalta Ferrajoli Luigi “uno de los efectos perversos de la globalización es sin duda el desarrollo, con dimensiones que no tienen precedente, de una criminalidad internacional, a su vez global”. [...] “La crisis del papel del derecho generada por la globalización se manifiesta en materia penal, como crisis, o peor aún como quiebra, de las dos funciones justificatorias del derecho penal y por tanto de sus dos fundamentos legitimadores. ¿En qué consisten estas funciones y estos fundamentos?. Me parece, como lo he sostenido en otras ocasiones, que consisten en la minimización de la violencia, tanto la producida por los delitos

como la generada por las respuestas informales a los mismos: no sólo, por tanto, como se suele entender, en la prevención de los delitos, sino también en la prevención de las penas informales y excesivas, o sea de las venganzas, así como de la arbitrariedad y de los abusos policiales que sería infligidos en su ausencia. La crisis actual del derecho penal producida por la globalización consiste en el resquebrajamiento de sus dos funciones garantistas: la prevención de los delitos y la prevención de las penas arbitrarias; las funciones de defensa social y al mismo tiempo el sistema de las garantías penales y procesales”¹.

LA PROBLEMÁTICA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO NACIONAL. En el Perú la presencia del crimen organizado se manifiesta en el campo del delito de tráfico ilícito de drogas, como se expresa en los diversos procesos penales. La producción de la droga en las diferentes regiones del país, es principalmente para su tráfico ilícito en otros países del continente americano, europeo o asiático.

En el tema de los fines de la pena, la Constitución Política del Perú de 1993, establece que la imposición de la pena en las sentencias está orientada a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. El Tribunal Constitucional peruano, supremo intérprete de la Constitución, en la STC N° 0019-2005-AL ha tomado partido por los lineamientos de la teoría dialéctica de la unión. Las variaciones expresadas en la determinación de la pena en los tres Códigos Penales peruanos, se ha limitado a otorgar preponderancia a la prevención general sobre la especial y viceversa, o bien a tratar de armonizar ambas.

PROBLEMÁTICA EN EL DISTRITO DEL CUSCO. La Judicatura del Distrito del Cusco al imponer las penas establecidas en el Código Penal de 1991 en los diversos procesos, se sujeta a los alcances de la norma constitucional y por tanto, la ejecución de las sanciones busca la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, evitando de esa manera que vuelva a delinquir (prevención especial). Las personas que no han delinquido, viendo que los seis Jueces penales del Distrito del Cusco sancionan a los que cometen delitos, nunca lo hacen (prevención general).

Las constantes condenas, entre las que resaltan penas privativas de libertad mayores a 20 años, que se vienen imponiendo en los seis Jueces penales del Distrito del

¹FerrajoLuigi,enhttp://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/criminalidad%20y%20globalizacion.pdf.

Cusco, presenta dificultades en la real prevención general y especial de la criminalidad. La criminalidad siendo un fenómeno actual, exige que se prosiga con el desarrollo de mecanismos óptimos para su regulación permanente.

1.1.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

La prevención general y especial en el Distrito del Cusco de la Provincia y Región del mismo nombre, presenta dificultades en la lucha contra la criminalidad ascendente. Las normas punitivas establecen para algunos delitos penas severas, las que se vienen imponiendo en los 06 Juzgados Penales de la Corte del Cusco, empero son ineficaces para impedir que los que no cometieron delito delincan y los que fueron sancionados, vuelvan a delinquir. La pena probablemente no disuade efectivamente, a falta de un adecuado manejo de factores educativos y de difusión de la norma penal y de las condenas. La población desconoce los verdaderos alcances de la norma penal y la importancia, dimensiones y frecuencia de las condenas que se imponen. En esas condiciones, los valores fundamentales de las persona y de la sociedad, son fácil objeto de transgresión.

Todo el problema descrito evidencia que hay carencia de una propuesta estratégica coherente para materializar en el Distrito del Cusco, los alcances de las Teorías Mixtas o de la Unión, que son las absolutamente dominantes en la actualidad, al permitir una solución menos polémica (penas justas y penas útiles -prevención general y especial).

1.2.- DESCRIPCIÓN.

a) ÁREA DE LA TESIS: DERECHO

b) LÍNEA: DERECHO PENAL PARTE GENERAL.

c) TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Por su nivel de profundización: Descriptiva – Explicativa- Aplicativa.

. Por el ámbito: Documental

. Por su finalidad: Aplicativa

. Por el tiempo: Transversal

d) INTERROGANTES:

¿Con qué fin se impone la pena?

¿El Estado ha de sancionar a los delincuentes sólo por el hecho de que han cometido un delito (retribución) o también para que en el futuro no se vuelva a delinquir (prevención)?

¿Se compendian en la pena ambos ingredientes?

¿Las penas impuestas tienen realmente efectos preventivos?.

¿La prevención especial tiene efecto positivo en evitar que la comisión de nuevos delitos?.

¿Qué dificultades o ventajas ofrece la prevención general y prevención especial en el Distrito del Cusco?.

¿Qué mecanismos legales o sociales, se vienen utilizando en el Distrito del Cusco, para prevenir la criminalidad?

1.3.- JUSTIFICACIÓN.-

Según Hernández Sampiere Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Pilar², la justificación consiste en la “necesidad de justificar el estudio exponiendo sus razones”.

¿Qué tan conveniente es la investigación a realizar?, ¿para qué sirve?. Para probar cuales son los efectos de la aplicación de las teorías de la prevención general y especial, en la lucha contra la criminalidad en el Distrito del Cusco.

¿Cuál es la trascendencia para la sociedad cusqueña?. Teniendo en cuenta que la criminalidad crece en el Distrito del Cusco, como evidencia la carga procesal siempre ascendente en los 06 Juzgados Penales, se acuda a una aplicación simultánea, coherente y adecuada de la prevención general y especial. El Estado realice acciones educativas de difusión permanente de las leyes penales y de las sentencias condenatorias, en los medios masivos de comunicación social, en conferencias, coloquios, acciones contraloras, etc., en las instituciones públicas del Distrito del Cusco. Estas actividades comprendan a las entidades privadas y a toda la sociedad civil organizada. El Estado acudiendo a la Policía Nacional y a los entes públicos,

² Hernández Sampiere Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Pilar. Metodología de la Investigación. 2º Ed. Colombia 1998, pág.14.

engargen a la sociedad cusqueña, en la lucha contra la criminalidad, para que la prevención y la represión del delito sean eficientes.

En nuestro país se emiten normas punitivas severas y el sistema penal peruano y cusqueño, viene castigando los delitos cometidos. Las leyes penales y las sanciones impuestas, resultan insuficientes para enfrentar la criminalidad. Se percibe que el Estado peruano, interviene generalmente después de haberse cometido el delito (represión) y poco o nada, se desarrollan los mecanismos preventivos.

La investigación tiene por finalidad demostrar que es necesario que el Estado implemente mecanismo de prevención efectivos en el Distrito del Cusco, para que la sociedad cusqueña misma participe y se logre controlar la delincuencia, en beneficio directo de la convivencia pacífica y del fortalecimiento de la seguridad jurídica.

¿Qué alcance social tiene la investigación?. Con los resultados obtenidos en la investigación y las propuestas que se formulen, se beneficie toda la ciudadanía del Distrito, para que se fortalezca la convivencia pacífica.

Estos son los motivos y las utilidades, para llevar a cabo el estudio propuesto.

2.- MARCO CONCEPTUAL.- Consta en la explicación conceptual de las variables de la investigación, que son la prevención general y especial (variables independientes), la criminalidad, sentencias condenatorias y seis Juzgados Penales del Cusco del Distrito del Cusco, periodo de investigación comprendido entre enero del 2004 a diciembre del 2006 (variables dependientes). De la operacionalización de las variables, tenemos los indicadores: Estado Constitucional de Derecho, Funciones del Derecho Penal, la legislación penal, la teoría de los fines de la pena, la teoría mixta o de la unión de la pena, prevención general positiva y negativa, prevención especial positiva y negativa, el principio de publicidad en la etapa del juzgamiento, las sentencias condenatorias, la ciudadanía, los sentenciados.

2.1.- DEFINICIONES CONCEPTUALES.

FUNCIONES DEL DERECHO PENAL. Son la protección de los bienes jurídicos. La función ético-social (tutela del “mínimo ético”). La función de protección de la vigencia de la norma.

PENA. La pena es un juicio de valor público de carácter ético-social que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica. Así pues, la pena lleva consigo siempre un acento negativo, posee también el carácter de un mal y en última instancia debe poder servir para el bien del condenado. El mal inherente a la pena consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social), ya que la desaprobación pública se expresa precisamente por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable.

LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA. La justificación de la pena reside sólo en que es necesaria para la conservación del Ordenamiento jurídico como condición básica para la convivencia de las personas en la comunidad. La coacción estatal renunciaría a sí misma si no pudiera impedir la afirmación abierta de infracciones jurídicas insoportables. Sin la pena el Derecho dejaría de ser un Ordenamiento co-activo.

FINES DE LA PENA. Explican las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías mixtas o de la unión.

TEORÍAS ABSOLUTAS O TEORÍAS RETRIBUCIONISTAS. García-Pablos de Molina, explica que para estas teorías “la pena es retribución, un mal que se infringe al culpable para compensar el mal que éste causó previamente: es pura «compensación», sin que la valoración del hecho culpable pueda ser interferida por consideración extrañas al mismo, utilitarias o de diversa índole, ajenas a la idea de justicia. Estas teorías apelan a exigencias «incondicionadas» de justicia, exigencias «absolutas». De ahí la denominación de las mismas”³.

LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN (TEORÍAS RELATIVAS): Pretenden que la pena es un medio, para obtener determinados fines: la prevención general (positiva y negativa) y la prevención especial (positiva y negativa).

La prevención general: Cuello Contreras⁴ señala que la prevención general significa que se pune para que el castigo del delincuente sirva de escarmiento a los demás ciudadanos, para que se abstengan de delinquir en el futuro.

a) Prevención general negativa: La pena impuesta sirve de pura intimidación

³ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.130.

⁴ Cuello Contreras Joaquín. El Derecho Penal Español. Parte General. 3ª Ed. Madrid 2002, 1ª Ed. en Dykinson, pág.85.

negativa (esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir). Para Feuerbach⁵ en la línea de la Prevención general negativa, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan.

b) Prevención general positiva: En las palabras de Mir Puig⁶, consiste en que la prevención general «se busque, mediante la afirmación positiva del Derecho Penal, como afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho.» Armin Kaufmann⁷ atribuye los tres cometidos siguientes a la prevención general positiva, como vía que contribuye a acuñar la vida social: en primer lugar, una función informativa de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; en segundo lugar, la misión de reformar y mantener la confianza en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de ciudadanos una actitud de respeto por el Derecho –no una actitud moral.

La Prevención especial: la pena se dirige al que ha cometido delito, para que no vuelva a delinquir.

a) Prevención especial positiva: Cuello Contreras⁸ señala que la pena sirve a una finalidad de prevención especial o resocialización, es decir, para evitar que ese delincuente vuelva a delinquir en el futuro al menos mientras esté privado de libertad y obtener su reinserción social.

b) Prevención especial negativa (o inocuización): La finalidad de la pena, es eliminar o neutralizar al sentenciado (reo). Maurach/Zipf⁹ describen que mediante «la inocuización o el aseguramiento, la ejecución de la pena sobre un determinado delincuente busca su aislamiento, protegiendo así permanente o temporalmente a la sociedad a la que pertenece este delincuente». Dentro ella, se comprende la pena de muerte, la cadena perpetua.

LAS TEORÍAS MIXTAS O DE LA UNIÓN: En las palabras de García-Pablos de Molina Antonio¹⁰ estas teorías “buscan formulas que sirvan de puente entre unas y

⁵ Citado por Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General 5ª ed. Barcelona 2002, pág. 51.

⁶ Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General, 7º Ed. Buenos Aires 2004, pág.92.

⁷ Citado por Mir Puig Santiago. Derecho Penal Parte General 5ª ed. Barcelona 2002, pág. 51.

⁸ Cuello Contreras Joaquín. El Derecho Penal Español. Parte General. 3ª Ed. Madrid 2002, 1ª Ed. en Dykinson, pág.85.

⁹ Citado por Villavicencio T. Felipe Derecho Penal Parte General Ed. Grijley. Lima 2000, pág.63.

¹⁰ García-Pablos de Molina Antonio, Derecho Penal. Introducción. Madrid 2000, pág.164.

otras teorías. Postulan que la pena se legitima en la medida que sea, al propio tiempo, justa y útil; son absolutamente dominantes en la actualidad”.

Dentro de esa concepción, se enmarca la teoría dialéctica de la unión de Roxin. De acuerdo a ella la pena cumple tres funciones: a.-) PENA CONMINADA: En el momento de la norma penal, la pena cumpliría una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad. b.-) PENA JUDICIAL: En la imposición judicial de la pena, los fines preventivos estarían limitados por la culpabilidad del autor (retribución). c.-) PENA EJECUTADA: Finalmente, los fines de resocialización adquirirían preponderancia en el momento de la ejecución penal.

3.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

Respecto al trabajo de investigación “La prevención general y especial de la pena, en los seis juzgados especializados penales del Distrito del Cusco, durante los años 2004, 2005 y 2006”, no se ha encontrado otras investigaciones en las Facultades de Derecho de las Universidades de San Antonio Abad y Andina del Cusco y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Santa María.

4.- OBJETIVOS. Según Hernández Sampiere Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Pilar¹¹ los objetivos de la investigación consisten en que las investigaciones buscan ante todo: contribuir a resolver un problema en especial (en este caso debe mencionarse cuál es y de qué manera se piensa que el estudio ayudará a resolverlo) y otras que tienen como objetivo probar una teoría o aportar evidencia empírica a favor de ella.

a.- Objetivo General.

Proponer un programa basado en las Teorías Mixtas o de la Unión, que son las absolutamente dominantes en la actualidad, al permitir una solución menos polémica (penas justas y penas útiles -prevención general y especial), para acrecentar el conocimiento de la población del Distrito del Cusco, de las leyes penales y de las

¹¹ Hernández Sampiere Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Pilar. Metodología de la Investigación. 2ª Ed. Colombia 1998, pág.11.

sentencias condenatorias dictadas en los 06 Juzgados Penales del Cusco y de esa forma controlar de mejor manera la criminalidad.

b. Objetivos Específicos.

- b.1.- Explicar los efectos de la prevención general y especial en la ciudadanía.
- b.2.- Describir los efectos de las leyes penales y de las sentencias condenatorias emitidas en los seis Juzgados Penales del Cusco.
- b.3.- Describir las ventajas y desventajas de la prevención general y especial
- b.4.- Proponer un programa en base de las Teorías Mixtas o de la Unión de mecanismos adecuados para la difusión educativa en el Distrito del Cusco de las leyes penales y de las sentencias condenatorias.

5.- HIPÓTESIS. Hernández Sampiere Roberto, Fernández Collado Carlos, Baptista Lucio Pilar¹², afirman que dentro de la investigación científica, las hipótesis son proposiciones tentativas acerca de las relaciones entre dos o más variables y se apoyan en conocimientos organizados y sistematizados.

Dado que: Si se propone un programa sustentado en las Teorías Mixtas o de la Unión, que son las absolutamente dominantes en la actualidad, al permitir una solución menos polémica (penas justas y penas útiles -prevención general y especial), que contenga los mecanismos adecuadas para la correcta difusión educativa en el Distrito del Cusco de la Provincia y Región del mismo nombres de las leyes penales y de las sentencias condenatorias emitidas en los 06 Juzgados Penales.

Es probable que:

Disminuya y se controle (previniendo y reprimiendo) con mayor efectividad la criminalidad, que actualmente muestra tendencia ascendente, en el Distrito del Cusco.

¹² Ibídem pág.74.

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

| VARIABLES | INDICADORES | TÉCNICA |
|---|---|---|
| <p>1.- Variable independiente Prevención general</p> <p>2.- Variable independiente prevención especial</p> <p>3.-Variable independiente Imposición de penas justas (retribución).</p> | <p>Estado constitucional de derecho</p> <p>Función del Derecho Penal</p> <p>Prevención General y Especial Positiva - Negativa Teorías absolutas o teorías retribucionistas.</p> <p>Sentencias condenatorias: Beneficios penitenciarios</p> <p>Difusión de las leyes penales y de las sentencias condenatorias emitidas en los 06 Juzgados Penales en Programas de televisión, radio y prensa hablada en castellano y quechua.</p> | <p>Encuestas Entrevistas</p> |
| <p>1.- Variable Dependiente</p> <p>Control y disminución de la criminalidad en ascenso en el Cusco</p> | <p>Grado: aumento o disminución de la criminalidad</p> | <p>Encuestas Entrevistas Datos estadísticos</p> |

III.- PLANTEAMIENTO OPERACIONAL.

1.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

1.1.- TÉCNICAS.

- Registro documental

Fuentes: Libros, Código Penal, revistas y artículos de internet.

- Observación documental.

Documentos Escritos: Expedientes penales del Módulo Penal de la sede de la Corte del Cusco.

Objetos: Base de datos del Sistema del Módulo Penal de la sede Corte del Cusco

1.2.- INSTRUMENTOS.

- Matriz de Registro documental.
- Ficha de Observación documental.
- Cuestionarios.

2.- CAMPO DE VERIFICACIÓN.

2.1.- UBICACIÓN ESPACIAL.

La investigación se ubica específicamente en la revisión de expedientes penales, en cuanto a la aplicación de las leyes penales y de las penas impuestas, en los Juzgados Penales que funcionan en el Distrito del Cusco.

2.2.- UBICACIÓN TEMPORAL.

El estudio abarca entre los meses de enero del 2004 a diciembre del año 2006.

2.3.- UNIDADES DE ESTUDIO.

a.-) UNIVERSO.

El total de expedientes penales existentes en los 06 Juzgados Penales del Distrito del Cusco, de los que se toma una muestra en forma aleatoria.

b.-) MUESTRA (CASOS A INVESTIGAR).

100 Expedientes Penales sentenciados, obtenidos aleatoriamente de los 06 Juzgados Penales del Cusco.

3.- ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.1.- DE LA RECOLECCIÓN DE DATOS.

- Acopio de información legal y doctrinaria sobre la pena y sus fines.
- Coordinación con los señores Jueces Penales, para obtener información.
- Acopio de información sobre la cantidad de sentencias condenatorias y la clase de penas impuestas.

3.2.- DEL PROCESAMIENTO DE DATOS.

- Ordenamiento, análisis y sistematización de la información teórica sobre la pena y los fines de la pena.
- Estudio de casos -expedientes penales- en los que han recaído sentencias condenatorias.
- Sistematización de los hallazgos.
- Redacción del Informe.

IV.- CRONOGRAMA DE TRABAJO DE NOVIEMBRE 2006 A JUNIO 2007.

| Meses | Noviembre | Diciembre | Enero | Febrero | Marzo | Abril | Mayo | Junio |
|-----------------------------|-----------|-----------|-------|---------|-------|-------|------|-------|
| Actividades | | | | | | | | |
| Elaboración del Proyecto | | | | | | | | |
| Revisión bibliográfica | | | | | | | | |
| Presentación del proyecto | | | | | | | | |
| Elaboración de instrumentos | | | | | | | | |
| Aplicación de instrumentos | | | | | | | | |
| Tabulación de datos | | | | | | | | |
| Elaboración del informe | | | | | | | | |
| Presentación del informe | | | | | | | | |
| Sustentación | | | | | | | | |

V.- BIBLIOGRAFÍA

- Hernández Sampiere, R; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (1998). Metodología de la Investigación, (2ª ed). Colombia, pág.14.
- García-Pablos de Molina, A. (2000). Derecho Penal: Introducción. Madrid, pág.130.
- Cuello Contreras, J. (2002) El Derecho Penal Español: Parte General, (3ª ed). Madrid, (1ª Ed). Dykinson, pág.85.
- Mir Puig, S. (2002) Derecho Penal Parte General, (5ª ed). Barcelona, pág. 51.
- Mir Puig, S. (2004) Derecho Penal Parte General, (7º ed). Buenos Aires, pág.92.
- Villavicencio F. (2000) Derecho Penal Parte General Ed. Lima. Grijley. pág.63.
- García-Pablos de Molina, A. (2000) Derecho Penal: Introducción. Madrid, pág.164.
- Hernández Sampiere, R; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (1998) Metodología de la Investigación. (2ª Ed). Colombia, pág.11.
- Ibídem, pág.74.

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS:

Ferrajo Luigi, en

http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/criminalidad%20y%20globalizacion.pdf.

Cusco, 26 de octubre del 2006.

URIEL BALLADARES APARICIO.
Alumno

**UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARIA DE AREQUIPA
DOCTORADO EN DERECHO**

ENCUESTA PARA REALIZAR TRABAJO DE INVESTIGACION

1.- ¿Tiene conocimiento si en la ciudad del Cusco existen actividades preventivas que se realizan, para enfrentar la delincuencia?

SI

NO

2.- ¿Sabe Ud., que en el Distrito del Cusco se difundió y se viene difundiendo en la prensa hablada, televisada y escrita, las leyes penales y las sentencias condenatorias, para que las personas tengan conocimiento sobre las conductas penalmente prohibidas y las que no están prohibidas?

SI

NO

3.- A su criterio en estos últimos 02 años la delincuencia, en el Distrito del Cusco.

a) Aumento?

b) Disminuyó?

c) Se mantiene igual?.

4.- ¿A su criterio la vigencia del Código Penal y las sentencias condenatorias dictadas por los jueces, sirven para que las personas que no han cometido delito, no lo hagan (disuasión)?

SI

NO

5.- La prevención del delito debe materializarse:

- a) Difundiendo el código penal, las sentencias condenatorias y todo el ordenamiento jurídico.
- b) Difundiendo el código penal, las sentencias condenatorias y el ordenamiento jurídico y organizando la sociedad, para que participe en la lucha contra la delincuencia.
- c) La sociedad no debe participar en la lucha contra la delincuencia, por ser la prevención del delito labor de la Policía Nacional y del gobierno.

