

LA PENA DE MUERTE

Informe Jurídico elaborado para el Colegio de Abogados de Lima¹

WALTER ALBÁN PERALTA
RONALD GAMARRA HERRERA
CARLOS RIVERA PAZ
FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS

Sumario: **I.** Marco constitucional. **II.** La pena de muerte frente al derecho internacional. **III.** La inconstitucionalidad de la pena de muerte. **1.** Por contrariar las propias disposiciones constitucionales. **2.** Inconstitucionalidad por contraria a principios de interpretación constitucional en materia de derechos humanos. **IV.** ¿La pena de muerte como sanción? **1** La potestad punitiva del Estado. **2.** La finalidad de la sanción penal. **3.** Principio de racionalidad y humanidad frente a la pena de muerte. **4.** Principio de proporcionalidad y pena de muerte. **V.** Análisis de los proyectos de ley ante el examen de razón y proporcionalidad. **VI.** Conclusiones.

1 Este informe fue entregado por los autores mediante una nota de presentación, que se transcribe en seguida. Algunas modificaciones formales se han realizado teniendo en cuenta las pautas seguidas en el presente volumen. El texto comienza con una breve presentación, que transcribimos en seguida:

I. MARCO CONSTITUCIONAL

A partir de la vigencia de la constitución de 1979, en el Perú la pena de muerte se mantuvo con carácter de excepción, exclusivamente para el supuesto de traición a la patria en caso de guerra exterior. De esta manera, al haber entrado en vigencia dicho texto constitucional en circunstancias en las que el Estado peruano había ya suscrito y ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, se hizo evidente que dicha sanción no podía ser extendida a supuestos diferentes al allí previsto.

En efecto, dado que el inciso 2 del artículo 4° de la citada Convención, prohíbe a un Estado parte ampliar los supuestos para la aplicación de esa drástica medida «... a delitos a los cuales no se aplique actualmente» quedó claro que, para lo sucesivo, dicha pena no podía ser impuesta a ninguna otra conducta delictiva, salvo que, al efecto, se optara por denunciar previamente la Convención Americana, colocando entonces al Perú al margen del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

No obstante ello, los constituyentes para la Carta de 1993, optaron por ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte, al señalar que ella podía ser impuesta también por los delitos de traición a la patria en caso de guerra interna y el de terrorismo. Así, el artículo 140° de la Constitución dice expresamente:

«Artículo 140°.- La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada».

En consecuencia, al haberse omitido el señalamiento de que debía tratarse de una «guerra exterior», como lo contemplaba en su artículo 235° la Constitución anterior en referencia al delito de traición a la patria y, al mismo tiempo, afirmar que la pena de muerte podía aplicarse también al delito de terrorismo, no cabe

Presentación

Ante la solicitud del Ilustre Colegio de Abogados de Lima los firmantes hemos elaborado el presente Informe Jurídico en relación a La Pena de Muerte, tema sobre el cual resulta necesario e impostergable que el Colegio emita su opinión ante los poderes del Estado y la opinión pública.

En ese sentido el presente informe contiene un análisis del marco constitucional vigente, de las normas de derecho internacional suscritas y ratificadas por el estado peruano, el análisis de la pena de muerte como sanción penal y el examen de los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República.

Lima, febrero de 2007

Walter Alban Peralta, Ronald Gamarra Herrera, Carlos Rivera Paz, Felipe Villavicencio Terrero

Source: http://www.cal.org.pe/web20070209/contenido/comisiones_consultas/pena_muerte.html

duda que se transgredieron los límites establecidos por el Pacto de San José, que el Perú se hallaba obligado a respetar.

Ahora bien, la fórmula utilizada en el nuevo texto sin embargo, que añade a los supuestos para la aplicación de la pena capital el que ello se verifique «... conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada», en términos prácticos, impide que pueda materializarse la ampliación que el mismo artículo constitucional pretendió consagrar.

En efecto, si la ampliación propuesta, procede siempre que guarde correspondencia con los tratados en los que el Perú es parte, queda claro entonces que, en tanto el Estado peruano no se desvincule mediante el mencionado procedimiento de denuncia de la Convención Americana, el citado inciso 2 del artículo 4º de la misma, impide tal ampliación.

En adición a ello, conforme lo desarrollaremos más adelante, otros artículos del propio texto constitucional refuerzan esta opinión contraria a la posibilidad de ampliar los supuestos para la aplicación de la pena de muerte en el Perú.

En tal virtud, no obstante la equívoca redacción del artículo 140º de la actual Constitución, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior.

A partir de tales consideraciones, coincidimos con Marcial Rubio Correa cuando, a propósito de esta cuestión manifiesta: «...estimamos que la medida más correcta que podría tomar el Perú es modificar el artículo 140º de la Constitución y adecuarlo a las exigencias que plantea la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debidamente concordada con el que fue artículo 235º de la constitución de 1979, que para estos efectos sigue siendo el límite máximo posible de aplicación de la pena de muerte en el Perú».²

II. LA PENA DE MUERTE FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL

La pena de muerte es una afrenta a la humanidad, un castigo inhumano e innecesario, que supone una violación de dos derechos humanos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho de toda persona a no ser sometida a penas crueles, inhumanas o degradantes; que no resuelve el problema del crimen; y que no tiene un mayor poder disuasorio frente al crimen que otros castigos (al respecto, puede consultarse el estudio acerca de la relación entre la pena de muerte y los índices de homicidios, elaborado para la ONU en 1988 y actualizado en el año 2002). Por lo demás, las cifras más recientes de criminalidad recopiladas en países donde no

2 RUBIO CORREA 1999: 156.

existe la pena de muerte no demuestran que la abolición haya producido efectos negativos

Respecto a la pena de muerte, debe decirse que la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha seguido, primero, una tendencia de afirmación del derecho a la vida, y después, una tendencia claramente abolicionista en el mundo.

1. Los instrumentos internacionales y la afirmación del derecho a la vida y el derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes.

A lo largo del siglo XX diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos han sostenido, una y otra vez, el derecho de todo ser humano a la vida. Entre otros, podemos citar los siguientes:

1. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948; cuyo artículo I señala que «Todo ser humano tiene derecho a la vida...».
2. La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 3 dice «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona», y su artículo 5 que «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».
3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, cuyo artículo 6 dice que «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente» (6.1), que «En los países en que no hayan abolido la pena capital solo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos» (6.2) y que «Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital» (6.6); por su parte, el artículo 7 dispone que «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

El Pacto establece que el derecho a la vida es inherente de cada ser humano. De ello se desprende que, su intención es la de limitar al máximo el uso de la pena de muerte, e incluso deseable su abolición. Además, debe tenerse presente que en sus comentarios sobre esta disposición del Pacto,

el Comité de Derechos Humanos ha precisado que la frase «los más graves delitos» debe interpretarse de forma restrictiva en el sentido de que la pena de muerte debe constituir una medida sumamente excepcional.

4. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobado por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, el 21 de noviembre de 1969, cuyo artículo 4 estatuye que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida» (4.1), «En los países que no han abolido la pena de muerte, esta solo podrá imponerse por los delitos más graves... Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente» (4.2) y «No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido» (4.3).

Así pues, la Convención Americana se orienta hacia una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de la pena de muerte, tanto en su imposición cuanto en su aplicación.

En la Opinión Consultiva OC—3/83, del 8 de septiembre de 1983, sobre las restricciones a la pena de muerte de ciertos artículos a la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «La circunstancia de que la Convención reduzca el ámbito posible de aplicación de la pena de muerte a los delitos comunes más graves y no conexos, es reveladora del propósito de considerar dicha pena aplicable solo en condiciones verdaderamente excepcionales» (párrafo 54). Y, de forma más radical afirma la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte que se deriva del artículo 4 de la Convención, cuando anota que «En efecto, según el artículo 4.2 in fine, «tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente» y, según el artículo 4.3, «no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido». No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable (párrafo 56).

2. Los instrumentos internacionales y la tendencia abolicionista de la pena de muerte

El carácter progresivo de los derechos fundamentales de las personas ha llevado a los Estados a no retroceder en la aplicación o recorte de estos derechos, particularmente el que afirma la vida. Pero no solo eso. En las últimas décadas se ha debatido y adoptado un conjunto de tratados internacionales relativos a la prohibición global y total de la pena de muerte. De esta manera, los Estados se han comprometido a no recurrir a ella. En general, la tendencia abolicionista sobre la pena de muerte descansa en la idea de que toda persona tiene el derecho inalienable a que se le respete su vida sin que este derecho pueda ser suspendido por ninguna causa; la pena de muerte produce consecuencias irreparables que impiden subsanar el error judicial y eliminar toda posibilidad de enmienda y rehabilitación del procesado; y que la abolición de la pena de muerte contribuye a asegurar una protección más efectiva del derecho a la vida.

A la fecha, son cuatro los acuerdos vigentes que concretan la tendencia abolicionista de la pena de muerte.

1. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, de 15 de diciembre de 1989, cuyo preámbulo sostiene que «... la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos...»; y cuyo artículo 1 refiere que «No se ejecutará a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado Parte en el presente Protocolo» (1.1) y que «Cada uno de los Estados Partes adoptará todas las medidas necesarias para abolir la pena de muerte en su jurisdicción» (1.2).

El Protocolo ha sido ratificado por 60 Estados y otros 8 lo han firmado.

2. El Protocolo a la Convención Americana sobre derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, aprobado en el vigésimo periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, Asunción, Paraguay, 8 de junio de 1990; cuyo artículo 1 dispone que «Los Estados partes en el presente Protocolo no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción».

El Protocolo prohíbe la pena de muerte en tiempo de paz, otorga la posibilidad a los Estados parte de aplicarla en tiempos de guerra para aquellos casos que sean «sumamente graves» (artículo 2.1 y 2.2).

El acuerdo ha sido ratificado por ocho Estados americanos y firmado por un Estado.

3. El Sexto Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, referente a la abolición de la pena de muerte en tiempos de paz, aprobado por el Consejo de Europa en 1982, considerando que «los avances realizados en varios Estados miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte», prescribe en su artículo 1 que «Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado».

El Protocolo ha sido ratificado por 45 Estados europeos y han firmado por un Estado.

4. El Protocolo número 13 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Vilnius, de 3 de mayo de 2002, cuyo artículo 1 establece la abolición total de la pena de muerte en cualquier circunstancia.

Este Protocolo ha sido ratificado por 38 Estados europeos y firmado por otros 6 Estados.

3. Otros hitos de la tendencia abolicionista de la pena de muerte

En los últimos años, también, la conveniencia de los Estados de abolir la pena capital ha sido evidenciada por diversos órganos de las Naciones Unidas. Así por ejemplo, debe tenerse en cuenta que el Consejo de Seguridad, en sus resoluciones 808 (1993) de 22 de febrero de 1993 y 955 (1994) de 8 de noviembre de 1994, a través de las cuales se establece los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, respectivamente, ha dejado de lado la pena capital y fijado la pena privativa de la libertad como la única sanción a imponerse por la comisión de delitos tan abominables como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio.

El Comité de Derechos Humanos que, en sus Observaciones al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concluye que «todas las medidas encaminadas a la abolición deben ser consideradas un avance en el disfrute del derecho a la vida».

En el mismo sentido puede también mencionarse las resoluciones 2393 (XXIII), 2857 (XXVI) y 39/118) de la Asamblea General de Naciones Unidas; el informe del Secretario General sobre la pena capital (E/1995/78 y Add.1 y Add.1/Corr.1), sometido al Consejo Económico y Social en 1995; las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que, anualmente, han instado a los países que no han abolido la pena de muerte a suspender las ejecuciones; la postura del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, orientada a la conveniencia de abolir la pena de muerte; y,

el estudio mundial llevado a cabo por la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas sobre la pena capital, denominado «Quinto estudio sobre la pena capital y la aplicación de las Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte», de 1995.

Por lo demás, es un hecho cierto que la tendencia hacia la abolición de la pena de muerte a escala mundial parece imparable, pues desde 1990 más de 40 países y territorios han abolido la pena capital para todos los delitos. Según los últimos datos de los que dispone Amnistía Internacional, 88 países y territorios han abolido la pena de muerte para todos los delitos (en 1977, solo 16 países habían abolido la pena capital para todos los delitos); 11 países han abolido la pena de muerte para todos los delitos salvo los excepcionales, como son los cometidos en tiempo de guerra; y 29 países son considerados como abolicionistas de hecho: mantienen en su legislación la pena de muerte pero no han llevado a cabo ninguna ejecución en los últimos 10 años o más y se considera que tienen como norma de actuación o práctica establecida no llevar a efecto ninguna ejecución. Todo ello supone que un total de 128 países han abolido la pena de muerte en su legislación o en la práctica (<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty—facts—esl>).

Recientemente (inicios del 2007), la Eurocámara ha adoptado por 591 votos a favor una resolución en la que se pide una moratoria universal sobre la pena de muerte, orientada a su abolición total.

4. El Estado peruano y la imposibilidad de desconocer las obligaciones internacionales por él asumidas.

Nadie discute hoy en día el principio de derecho internacional según el que tal derecho tiene primacía sobre el derecho interno.

Por lo mismo, el Estado peruano se encuentra obligado por los tratados internacionales de los que es parte, entre otros, la Convención Americana de Derechos Humanos, que afirma la vida y pone límites definitivos e irrevocables a la aplicación de la pena de muerte. El Pacto de San José y la interpretación que de su artículo 4 ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan cuenta de un proceso progresivo e irreversible que, de un lado, impide el incremento del catálogo de crímenes pasibles de la pena de muerte, y de otro, prohíbe su restablecimiento para todo delito.

De conformidad con el Tratado de Viena, según el cual los acuerdos internacionales se interpretan de acuerdo con el principio de buena fe y deben de cumplirse, el Estado peruano se encuentra impedido de ampliar las causales y restablecer la pena de muerte.

Además, de manera general, debe señalarse que la adopción en la vía interna de una disposición contraria a las obligaciones asumidas por el Estado al ratificar el Pacto de San José constituye una violación del mismo.

III. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PENA DE MUERTE

1. Por contrariar las propias disposiciones constitucionales

Más allá de los argumentos expuestos en relación con la Convención Americana de Derechos Humanos, para sostener que no cabe la ampliación del supuesto de pena de muerte que contemplaba el artículo 235º de la constitución de 1979, es importante tener presente además, y de manera complementaria, que el contenido esencial del los artículos 1º, 2º, 3º, 55º, así como de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente, rechaza también la posibilidad de tal ampliación.

Así, cuando el artículo 1º de la Constitución se refiere a que «La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el Estado», consagra a la vez, un derecho y un principio que deben orientar toda la actuación del Estado, vinculándolo al respeto a los derechos fundamentales que la propia Constitución consagra en favor de la persona humana.

En este sentido, aun cuando refiriéndose a la pena de cadena perpetua, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando «... la cadena perpetua es incompatible con el principio–derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena —reeducación, rehabilitación y reincorporación— también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, este constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía».³

En el mismo sentido, el considerando 17 de la misma sentencia, el Tribunal Constitucional afirma: «... De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado, se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional, radica en que esta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales...».⁴

3 STC N° 003-2005-PI/TC del 9.de agosto de 2006.

4 STC N° 003-2005-PI/TC del 9.de agosto de 2006

Obviamente, tales afirmaciones, no obstante estar referidas a la pena de cadena perpetua, alcanzan también a la pena de muerte y constituyen una expresión de la manera como nuestra máxima instancia de control constitucional, ha establecido límites claros a su aplicación. A tal efecto, el tribunal ha tenido presente el contenido esencial del texto constitucional en materia de derechos fundamentales, particularmente en lo dispuesto en los artículos 1º y 2º, que consagran el principio de la dignidad y el derecho a la vida, respectivamente.

En este orden de ideas, el propio Tribunal Constitucional ya anteriormente se había pronunciado en relación al sentido de la pena desde una perspectiva constitucional, rechazando cualquiera que pudiera tener un carácter meramente retributivo. Así, a propósito de esta cuestión, el tribunal afirma: «Este colegiado ya ha descartado el que se conciba la retribución absoluta como el fin de la pena.». Y más adelante, admitiendo que toda pena tiene un componente retributivo, rechaza sin embargo que el mismo pueda resultar el elemento dominante, al agregar: «...la pretensión de que esta agote toda su virtualidad, generando un mal en el penado, convierte a este en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente».⁵

Por tanto, conforme al criterio expresado por el Tribunal Constitucional, al margen de lo previsto en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución (más restringido al régimen penitenciario) este considera que una pena esencialmente retributiva — y no cabe duda que la pena de muerte lo es por excelencia— resulta contraria al Estado constitucional y el respeto a los derechos fundamentales.

De esa manera, la pena de muerte atenta también contra lo prescrito en el artículo 3º de la Constitución, que hace extensivo sus alcances en materia de derechos fundamentales, a aquellos que, pese a no encontrarse expresamente contemplados en su texto, resultan de naturaleza análoga a los previstos, o «... que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Finalmente, tanto el artículo 55ª de la Constitución, que reconoce a los tratados celebrados por el Perú, como parte de nuestro derecho interno, así como, de manera especial, la Cuarta Disposición Final y Transitoria, reafirman los conceptos expuestos, al otorgar a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, una particular trascendencia y carácter vinculante para el Estado peruano.

En tal sentido, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de marcada tendencia abolicionista, como fundamentalmente, la Convención

5 STC I N° 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005.

Americana de Derechos Humanos, conforme a los argumentos anteriormente expuestos, constituyen en la actualidad barreras infranqueables para la aplicación de la pena de muerte en el Perú, con arreglo a nuestro propio ordenamiento constitucional.

2. Inconstitucionalidad por contraria a principios de interpretación constitucional en materia de derechos humanos

La Constitución de 1979 evidentemente tuvo un carácter abolicionista frente a la pena de muerte en su calidad de mecanismo punitivo. Posteriormente, la Constitución de 1993 nuevamente buscó ampliar la aplicación de la pena de muerte a un nuevo supuesto, el terrorismo, convirtiéndolo así en una conducta potencialmente sancionable con la pena capital.

Esta modificación si bien se encuentra declarada en el texto constitucional se tornó en inaplicable precisamente por la obligación que pende sobre el Estado peruano en virtud del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues si bien la Convención admite la pena de muerte, es muy clara al señalar que no será posible ampliar los supuestos de su aplicación. Si bien la Convención entró en vigor para el Perú antes que la Constitución de 1979, debido a la naturaleza abolicionista de esta última y por el carácter expansivo y progresivo de los derechos humanos, conllevan a que el único supuesto válido de aplicación de la pena de muerte sea el caso de traición a la patria en caso de guerra externa.

El *principio de posición preferente de los derechos fundamentales* pertenece al conjunto de principios de interpretación que permiten otorgar o valorar si una norma que violenta un derecho de contenido fundamental, es constitucional o no; es decir, buscan salvaguardar la constitucionalidad de la norma cuestionada creando una interpretación acorde con la Constitución.

El principio de posición preferente consiste en la exigencia de que tras la acción limitadora estatal pueda revelarse una justificación que responda al interés estatal de carácter urgente para la adopción de una medida, es decir que exista una razonabilidad entre los medios propuestos por la iniciativa normativa y los objetivos planteados en la misma.

Es necesario tener presente que la pena de muerte es empleada como un medio de política criminal, a la cual se recurre en situaciones de mayor inseguridad o frente a la necesidad de sancionar severamente un delito de carácter excepcional (como es el caso de la traición a la patria en caso de guerra externa). Respecto a esto es de tenerse en cuenta que la tipificación de sanciones para conductas criminales debe tener como principal elemento calificador una naturaleza preventiva, pero en cambio, la pena de muerte posee una condición 100% sancionadora y

no preventiva, siendo esta principal razón la que deslegitima su relación entre el objetivo que se persigue al incorporarla (la disuasión de conductas).

Además, al ampliar la pena de muerte a otros supuestos de actos típicos y antijurídicos incumplimos con lo previsto por la propia Constitución en su artículo 139 numeral 22 que afirma que los fines de la pena son la reeducación, rehabilitación y reincorporación; abandonando de esta forma la función resocializadora de la pena y del régimen penitenciario.

Sobre el *principio de proporcionalidad*, este es empleado como un criterio de evaluación de la actuación legislativa que busca analizar si la medida limitativa adoptada está relacionada al objetivo y finalidad que se busca alcanzar, prevaleciendo la medida menos gravosa y equilibrada entre el perjuicio y el beneficio que de ella se deriva a favor del bien público.

De un análisis desde el principio de proporcionalidad, evidentemente la posibilidad de ampliar la pena de muerte a otros delitos no es precisamente la medida menos gravosa, mas aún si se busca considerarla como recurso para tornar más efectiva a las sanciones ya tipificadas, lo cual implica no un problema de insuficiencia en la sanción sino en la forma de aplicarla por parte de las instituciones. Claramente existe un mayor perjuicio al atentar de forma tan directa el derecho a la vida en relación al beneficio que podría obtenerse, pues es evidente que la solución no parte por una sobre penalización. De esta forma, también la ampliación de la aplicación de la pena de muerte no es conforme al principio de proporcionalidad.

Más aún, si analizamos cualquier propuesta de modificación del artículo 140° de la Constitución ampliando el supuesto de la pena de muerte, se encontraría reñida con el *principio de interpretación del contenido esencial de los derechos fundamentales*, dado que esta medida colisiona con el derecho a la vida reconocido constitucionalmente y que forma parte del denominado núcleo duro de derechos, el mismo que es a su vez un principio y garantía institucional de un Estado democrático.

El *principio de concordancia práctica* exige que en caso de colisión de bienes constitucionales, se pueda arribar a una medida de equilibrio en donde ambos puedan alcanzar su mayor grado de realización sin que se sobrepongan, pues no consiste en que uno se realice a costa del otro.

Nuevamente, podemos reconocer que cualquier apuesta legislativa para modificar el artículo 140° incorporando nuevos supuestos para la pena capital se encontraría reñido con el principio de concordancia práctica, pues el empleo de la pena de muerte como mecanismo desestimulante de conductas no es la mejor salida, pues por política criminal la apuesta para frenar la delincuencia no parte por el aumento de penas sino la efectividad de las mismas.

Cualquier propuesta de modificación constitucional del artículo 140° de la Constitución, que busca exaltar el *ius puniendi* del Estado ampliando desmedidamente la pena capital no puede ser interpretada a través de principios de interpretación en materia de derechos humanos como constitucional, pues el empleo de esta pena como medio disuasorio de ciertas conductas penales es tan ineficiente como cualquier otro; la diferencia responde a la magnitud y el derecho violentado, en este caso la privación del derecho a la vida.

IV. ¿LA PENA DE MUERTE COMO SANCIÓN?

1. La potestad punitiva del Estado

La función punitiva del Estado social y democrático de Derecho, se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente⁶ (derecho penal subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, que originó la idea que, el poder del Estado está controlado y limitado. Esta función está fundamentada por la Constitución Política, y en ella se encuentra su justificación política,⁷ como también en las normas internacionales.

Sin embargo, de lo que se trataría es de regular las diferencias entre sujetos desiguales: el Estado, como aparato coercitivo y el ciudadano, generalmente inerme. Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar *límites a su poder penal*: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (derecho penal garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas.⁸

Por ende, el problema de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es tanto constitucional como jurídico-penal.⁹ En este sentido, su legitimación extrínseca proviene de la Constitución y los tratados internacionales; pero su legitimación intrínseca se basa en una serie de principios específicos. Aún así «todos son igualmente importantes en la configuración de un derecho penal

6 MAURACH/ZIPF 1994, p. 5 s. Cf. JESCHECK/WEIGEND 2002: p. 11 s.

7 MIR PUIG 1976: 114.

8 BUSTOS 2004: 546.

9 BACIGALUPO 1990: 17.

respetuoso con la dignidad y libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su ordenamiento jurídico».¹⁰

2. La finalidad de la sanción penal

En principio, el Código Penal de 1991 introdujo normas sobre la finalidad de la pena y un nuevo sistema de penas. En este sentido, el artículo I del Título Preliminar declara que «este código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad»; y el artículo IX del Título Preliminar expresa que «la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora». Así, el código se refiere a las teorías preventivas (teoría unitaria aditiva).

La *pena* es la característica más tradicional e importante del derecho penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo; y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado, para asegurar la convivencia en la sociedad.¹¹

La pena esta relacionada con conductas socialmente desvaloradas de las personas, siendo, por consiguiente, una consecuencia jurídica asignada a cualquier persona que haya realizado un hecho punible contrario a la norma. Sin embargo, «la pena es ajena a la norma».¹² Pero también la pena es un mal e implica sufrimiento dolor y aflicción a la persona humana.¹³ Sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad. Si el Estado asume el cumplimiento de la utilidad de la pena y con ello logra sus efectos, el poder penal habrá sido ejercido satisfactoriamente, pues se habrá sujetado a los límites preventivos. Si por el contrario, el cumplimiento de la utilidad es solo un discurso no realizado —el poder penal no lo ejerce o no surte efectos— entonces la pena

10 MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN 2002: 70.

11 BERDUGO 1999: 23.

12 BUSTOS 2004: 523.

13 Esto no implica admitir que la teoría de la retribución sea el fundamento de la pena (Vid. Sentencia del Tribunal Constitución de 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC, fundamento 37). No obstante, en el derecho penal actual se insiste en justificar que la pena es necesaria («La necesidad de la pena es un dato fáctico que aporta al conocimiento empírico (...). Su necesidad a un hecho real»: GARCÍA PABLOS DE MOLINA, 2000: 121), ya que, sin ella la convivencia humana sería imposible. Por ello, se afirma —según una muy conocida frase del proyecto alternativo alemán—, que es una «amarga necesidad en la sociedad de seres imperfectos como los hombres» (BERDUGO 1999: 24. Cf. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN 2002: 47).

se estará utilizando sin lograr dichos fines, y fuera de los límites preventivos. Así, la utilidad está limitada a través del derecho penal (teoría de la pena), pues de lo contrario la aplicación de la pena en el marco del ejercicio del poder penal sería completamente ilegítima. Además, para evitar un derecho penal desbordado y politizado será necesario coordinar la perspectiva de protección de bienes jurídicos con la pena.¹⁴

Para establecer los límites a la aplicación de la pena por parte del poder penal, el derecho penal ha desarrollado diferentes teorías: las teorías relativas y las teorías mixtas,¹⁵ siendo las teorías absolutas negadas pues implican la pura retribución por el hecho.

En cuanto a la pena de muerte constituye el extremo de la práctica de la prevención general negativa,¹⁶ ya que busca inhibir a las personas en la comisión del delito mediante intimidación o disuasión de estas a través de la aplicación de la pena. En ese sentido, se orienta a evitar que se produzcan nuevos delitos advirtiendo a los ciudadanos de las consecuencias de cometer delitos, generando temor a la colectividad. A la prevención general negativa corresponde la idea de la intimidación, el miedo, el terror u otro análogo.¹⁷ «La prevención general negativa o intimidatoria parte de una idea bastante próxima a la de la retribución: la consideración de una racionalidad absolutamente libre del hombre, que en este caso se expresaría en que, frente a la amenaza penal, sopesaría los costos y beneficios del delito».¹⁸

Este argumento de la eficacia de la pena de muerte no ha sido probado empíricamente como medio reductor de la criminalidad y por el contrario hay evidencias que demuestran que no hay una relación directa entre aumento o severidad

14 KARGL 2000: 57 ss.

15 BACIGALUPO 2004: p. 31 considera que no se tratan de teorías propiamente dichas, sino de principios o axiomas legitimantes, debido a que su función en la Ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. «Por tanto, las ‘teorías’ de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el ‘ser’ de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena?». Para Binder, «la pregunta es, entonces, ¿cuándo el Estado puede ser violento? Ésa es la formulación más clara de la interrogación sobre el fundamento de la pena y el verdadero contenido de una ‘teoría de la pena’, si es que ella puede ser construida (aunque el nombre ‘teoría’ de la pena es impropio porque un conjunto de razones que justifiquen su aplicación no constituye una teoría). ¿Es posible hallar razones que justifiquen la violencia del Estado?» (BINDER 2004: p. 47).

16 FERNÁNDEZ MUÑOZ 1993: 49. «Intimidar a los demás con el fin de que se abstengan de delitos similares; por ello se acepta la muerte del reo. He ahí la pena de muerte fundada en razones de utilidad y no de justicia».

17 Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA T. II, 1989: 85; ROXIN 1999: 91, N.º. 25.

18 BUSTOS I, 2004: 527. Cfr. BUSTOS/HORMAZÁBAL T. I, 1997:48.

de las penas e índices de delincuencia. Este argumento, en realidad lo que busca es la inoquización del sujeto, lo que resulta incompatible con el principio de dignidad humana.¹⁹ A ello debe agregarse la posibilidad de errores judiciales que no han sido extraños a la experiencia en nuestro país.²⁰

Creemos que la prevención general negativa debe ser rechazada y por ende, la pena de muerte.²¹ Esta forma de prevención no puede superar las críticas que se les han formulado en el sentido que presentan al hombre como un instrumento de la pena convirtiéndolo en un medio al servicio de otros fines, ya que no se le castiga por el delito que ha cometido, si no como ejemplo para que los demás no delincan. Tomando en cuenta la psicología del individuo y el efecto que produce en ella, el precepto jurídico ve en él a «un verdadero ‘robot’ o ‘sujeto algebraico’ que se inclina por el delito o se abstiene a cometerlo según la mayor o menor entidad de la pena abstracta señalada en la ley».²² La ideas que cuanto más grave sea la amenaza, más fuerte será el efecto intimidatorio es censurable pues nos puede llevar a una inadecuada exageración de la pena y al terror estatal, ubicándonos dentro un Estado autoritario y arbitrario.²³ Hay que señalar que con la imposición de penas más graves no se logra realmente la disuasión, prueba de ello es que los delitos se siguen cometiendo.²⁴

3. Principio de racionalidad y humanidad frente a la pena de muerte

El principio de racionalidad y humanidad de las penas es también llamado *principio de proscripción de la crueldad*, y se le ha considerado en la actualidad como el pensamiento central de la ejecución penal²⁵ y uno de los límites primordiales

19 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/suniga_penamuerte.pdf (citado 7 de febrero 2007).

20 ULLOA DÍAZ/ ULLOA GAVILANO, <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php> (citado 7 de febrero 2007).

21 Para GARCÍA CAVERO, http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf (citado 7 de febrero 2007), «el incremento de penas no genera necesariamente una mayor intimidación del delincuente. Por ultimo, la lógica intimidatorio no se le podría aplicar a los llamados delincuentes inintimidables, a los que la mayor severidad de las penas no produce ningún efecto disuasivo».

22 GARCÍA PABLOS DE MOLINA 2000: 141 s. La Sentencia del Tribunal Constitución del 21 de julio de 2005, Exp. 0019-2005-PI/TC afirma que «es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio» (fundamento 32, segundo párrafo).

23 BUSTOS 2004: 528.

24 ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR 2000: 56.

25 JESCHECK/WEIGEND 2002: 30.

en un Estado democrático.²⁶ Según los postulados de este principio, se rechaza por cruel toda sanción penal que resulte brutal en sus consecuencias para el sujeto como lo es la pena de muerte. Se debe buscar una *pena humanitaria* en el sentido que se ejecute sin crueldad ni sufrimientos innecesarios para el penado, tomando en cuenta los lineamientos del Derecho de los derechos humanos.²⁷

Se rechaza aquellas sanciones penales que buscan mantenerse hasta la muerte de la persona. Toda consecuencia jurídica debe terminar en algún tiempo pero nunca debe rebasar más allá de la vida del penado ni ser perpetua, ya que implicaría admitir la existencia de una persona innecesaria.²⁸ El Tribunal Constitucional, en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la normatividad antiterrorista (Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, normas complementarias y conexas), sobre este principio ha señalado que de «las exigencias de «reeducación», «rehabilitación» y «reincorporación» como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad».²⁹

Es importante referirse a los *instrumentos internacionales* como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos,³⁰ Reglas para la Protección de los Menores Privados de Libertad³¹ o el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión³² que están orientadas a garantizar que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

La *dignidad del individuo* es el límite material que debe respetar un Estado democrático,³³ «lo que va fijando toques a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes las sufren. Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse,

26 MIR PUIG 2004: 131, num. 59.

27 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA T. II, 1989: 42 s.

28 ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR 2000: 125.

29 N° 182, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

30 Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (resolución 663 CI, XXIV).

31 Aprobadas por la Asamblea general mediante resolución 45/113 por recomendación del Octavo Congreso.

32 Resolución 43/173 de 9 diciembre de 1988.

33 Cf. GARCÍA CAVERO, http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf (citado 7 de febrero 2007).

a ellos se opone el respeto de la dignidad de todo hombre —también del delincuente—, que debe asegurarse en un Estado para todos».³⁴ El respeto por la dignidad humana adquiere vital importancia, así el Tribunal Constitucional señala que «comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues este termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual —porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado—, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación».^{35 36}

Es evidente que la pena de muerte no soporta un análisis desde el ángulo del principio de racionalidad y humanidad de las penas frente al que se encuentra claramente enfrentado. Esto se hecho evidente en el caso del reciente ahorcamiento de Saddam Hussein, en el que incluso el secreto del ajusticiamiento debe hacer meditar a los partidarios de la pena de muerte sobre las condiciones en que se ejecutó la pena de muerte.³⁷

4. Principio de proporcionalidad y pena de muerte

La llamada prohibición en exceso,³⁸ consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho.³⁹ Así, «La pena no puede sobrepasar

34 MIR PUIG, 2004: p. 132, N° 62.

35 N° 187, in fine, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

36 Para CARO John, <http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/CaroJohn-penamuerte.pdf> (citado 7 de febrero 2007), «la pena de muerte elimina toda relación jurídica posible, porque al acabar con la vida de la persona ¿qué juridicidad puede haber detrás de una práctica estatal que contradice el «fin supremo... del Estado», cual es, «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad», tal como lo establece el Artículo 1 de la propia Constitución Política?. Y precisamente aquí radica la falla estructural advertida en líneas anteriores, porque un Estado que se identifique con la defensa de la persona no puede utiliza a la propia persona como «carne de cañón» para evitar la impunidad de los delitos. Dicho de otro modo: ¡El perdón no es acorde con el Estado de Derecho!».

37 Cf. HURTADO POZO, http://www.unifr.ch/derechopenal/tribuna/pmuerte_jhp.pdf (citado 7 de febrero 2007).

38 MAURACH/ZIPF T. I, 1994: 110.

39 MAURACH/ZIPF T. I, 1994: 110.

la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes» (artículo VIII del Título Preliminar, Código Penal). Considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado.⁴⁰ El anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo VIII, segundo párrafo, Título Preliminar) reconoce este principio al señalar que «la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad [...]». El Tribunal Constitucional señala que este principio «impone al legislador [...] que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer».⁴¹ Se complementa con el principio de culpabilidad ya que limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad.⁴²

La intervención del poder penal no puede generar más «daño» —entiéndase pena— que el hecho concreto al cual responde. La ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena), y esta relación solo se admite como admisible si es proporcionada. Se entenderá proporcionada cuando «la reacción penal (tomadas todas las circunstancias y el principio de mínima intervención) logra un balance positivo frente al daño causado por el delito, siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios [...]». La idea proporcionalidad presupone que se ha usado la pena como último recurso y que se logra satisfacer la necesidad que constituye su único fundamento (si no caemos en el marco de la pena inútil, que no es admisible). Dentro de ese marco estrecho, proporcionalidad no significa equivalencia entre la gravedad del delito y la pena, sino que el mal que causa la pena, es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia».⁴³

En definitiva, podemos concluir afirmando que la aplicación de la pena de muerte no guarda ningún sentido de proporcionalidad, sino más bien fines de venganza estatal y falta de utilidad en la pena.⁴⁴

40 PÉREZ PINZÓN 1996: 90.

41 N° 197, Sentencia del 3 de enero del 2003, Exp. 010-2002-AI-TC.

42 MIR PUIG 2004: 136, N° 73. Maurach/Zipf T. I, 1994: 11.

43 BINDER 2004: 192 s.

44 La pena de muerte no es más que una adición irracional de un mal a otro mal, (GARCÍA CAVERO, http://www.unifr.ch/derechopenal/tespe/penamuerte/penamuerte_percy.pdf (citado 7 de febrero 2007).

V. ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE LEY ANTE EL EXAMEN DE RAZÓN Y PROPORCIONALIDAD

Durante la primera legislatura 2006, se han presentado cuatro proyectos de ley (164/2006-CR, 281/2006-PE, 282/2006-CR, 669/2006-PE) con la finalidad de modificar el artículo 140° de la Constitución así como distintas normas penales. Tres de ellos han sido presentados como respuesta al problema de violencia sexual contra menores de edad y uno a fin de reforzar la legislación antiterrorista.

El examen de razonabilidad y proporcionalidad se emplea siempre que existe una norma diferenciadora que no responda a ninguna de las razones contempladas en la Constitución en el artículo 2.2 (discriminación), pues estas *per se* son inconstitucionales, a fin de evaluar si la norma es constitucional o inconstitucional.

Como se presenta en todos los casos, las propuestas legislativas buscan implementar una normativa diferenciadora en el sentido que buscan que se aplique para ciertos supuestos la pena de muerte como sanción penal. Las razones que motivan estas propuestas no están contempladas dentro del artículo constitucional señalado, por lo que es necesario someterlas al examen a fin de poder analizar si la propuesta es constitucional o inconstitucional.

Cabe señalar que el test se desarrolla a través de análisis por etapas: la primera de ellas es determinar si existe una relación entre el medio propuesto y los objetivos planteados, la segunda es determinar si la medida es indispensable o necesaria, la tercera corresponde a determinar si es la menos gravosa de todas las medidas, y, por último, si la limitación del derecho es una medida equilibrada entre el perjuicio del derecho y el beneficio que se busca alcanzar. La norma será sujeta a evaluación en este orden de etapas debiendo aprobar cada una para ser evaluada por la siguiente, de lo contrario la norma será inconstitucional.

Si bien esta evaluación se desarrolla sobre normas ya dictadas y no potenciales normas, este análisis busca determinar si estas propuestas, en caso de materializarse, constituirían normas inconstitucionales.

Proyecto de Ley N° 164/2006-CR: Modificación del artículo 140° de la Constitución.

El proyecto de Ley presentado por la Congresista Lourdes Alcorta Suero, de Unidad Nacional, propone modificar el artículo 140° de la Constitución Política del Perú incorporando «la violación de la libertad sexual de menores de nueve años y de discapacitados físicos y mentales así como de mayores de nueve y menores de dieciocho años siempre que se cause la muerte de la víctima».

Iniciando con la primera etapa del test por el cual se mide si la propuesta tiene relación con el objeto de la norma, en el caso del proyecto de ley sí existe una

relación entre la propuesta y los objetivos, pues a través de la aplicación de la pena de muerte se busca disuadir las violaciones sexuales a menores al sancionarlas con la pena más grave.

En segundo lugar, se debe determinar si la medida es necesaria o indispensable, en ese sentido es necesario tener en cuenta que respecto al tema de violación a la libertad sexual de menores las penas ha sido reciente y constantemente modificadas, para aplicar a este delito las penas más severas; actualmente, la sanción más alta es la cadena perpetua, la misma que ha sido poco efectiva debido a la dificultad de aplicación por las pocas denuncias presentadas o la presentación de estas al Ministerio Público e incluso la aplicación con severidad por parte de los jueces.

Lo cierto es que existe una normativa muy severa que sanciona esta conducta, buscando prevenirla y reprimirla y el problema es la aplicabilidad de la misma.

Siendo así, la medida planteada es innecesaria para obtener el objetivo planteado, pues el problema o la insuficiencia no es de carácter normativo, siendo esa la razón por la que puede considerársele irrazonable y desproporcional, siendo potencialmente inconstitucional. Asimismo, carece de sentido seguir analizando la propuesta legislativa, pues la inconstitucionalidad es manifiesta en su carencia de necesidad.

Proyecto de Ley N° 281/2006-PE: Modificación del artículo 140° de la Constitución.

Igualmente, el proyecto de Ley N° 281/2006 fue presentado por el Poder Ejecutivo propone la modificación del artículos 140° de la Constitución señalando que la aplicación de la pena de muerte también podrá darse en los casos de «violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte».

Nuevamente debemos analizar si la propuesta se encuentra ligada al objetivo que busca, es decir combatir las violaciones sexuales de menores y propone para ello sancionar esta conducta con la pena de muerte. Evidentemente, el proyecto de ley y el objetivo que persigue se encuentran relacionados.

Segundo, si realizamos un análisis de la necesidad de la medida, cabe señalar nuevamente que a la fecha existen sanciones sumamente severas que regulan el delito de violación sexual de menores de edad, siendo la más alta de ellas la cadena perpetua, es por esa razón que discutir la ausencia de severidad no se presenta en el caso sino la efectividad en cuanto a la aplicación y si es posible controlar mediante sanciones penales un problema social. El aumento de las sanciones penales en cuanto a este delito no ha significado una reducción del delito, por lo cual no se evidencia ninguna necesidad de seguir incrementando la magnitud de las sanciones.

Por estas razones, es innecesaria esta medida y por ende inconstitucional al no justificar la medida violentadota.

Proyecto de Ley N° 282/2006-CR: Modificación del artículo 140° de la Constitución y el artículo 173—A y 173-B del Código Penal.

Evidentemente, la medida propuesta por la bancada aprista se encuentra relacionada con su objetivo, es decir la propuesta de la aplicación de la pena de muerte busca combatir la ola de violaciones sexuales a menores de edad que se presenta en este momento, tal como se revela de la redacción de su propuesta de modificación del artículo 140° de la Constitución que pide la aplicación de la pena de muerte para el caso «de violación sexual de menor de siete años de edad seguida de muerte». Asimismo, también solicita las modificaciones penales del artículo 173° A y B regulando que «si... causa la muerte de la víctima, que tenía menos de siete años de edad, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la condena será de muerte» o «si causan lesión grave a la víctima, y el agente pudo prever este resultado o si procedió con crueldad, la pena será de cadena perpetua».

Nuevamente afirmamos que si bien, existe una problemática social ante el aumento de las violaciones sexuales exponiendo gravemente a menores de edad, no podemos negar que esta situación no ha pasado desapercibida, pues el incremento en las sanciones penales ha ido de la mano con el tema, lo que evidencia que el Estado no ha estado de brazos cruzados y si ha manifestado una forma de acción represiva frente a ello.

Pero la ineficacia de estas medidas demuestra una vez más que la solución a esta problemática no pasa meramente por un aumento de las penas (ni siquiera con aplicar la pena capital) sino que existen otros elementos a fin de combatir ciertos delitos que pueden responder a una sintomática social distinta. Siendo esta una razón extra jurídica y extra penal, no amerita un incremento de la sanción por este delito sino todo lo contrario combatirlo con la eficacia de las sanciones ya existentes y otros recursos sociales.

Proyecto de Ley N° 669-/2006-PE: Modificación de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475 y el artículo 316 del Código Penal.

Este último proyecto el 10 de enero de 2007 fue rechazado por el Pleno del Congreso, mas no por eso se dejará de aplicar el test de razonabilidad y proporcionalidad.

Este proyecto de ley busca exacerbar las sanciones penales para el delito de terrorismo en una serie de sus diferentes modalidades, entre ellas aplicar efectivamente la pena de muerte, tal y como lo recoge la Constitución de 1993 (hecho

que sería contrario con nuestras obligaciones internacionales suscritas a las Convención Americana).

Las modificaciones por las que apuesta el proyecto de Ley eran:

1. La imposición de la pena no menor de 30 años sancionando el tipo base de terrorismo.
2. En los casos cuya pena era cadena perpetua se propone variarla a pena de muerte, así como en los casos cuya sanción era de treinta años, la pena propuesta sería cadena perpetua; por último, los que estaban sancionados con 25 años, se propone elevarlos a 35.
3. En los casos de colaboración con el terrorismo, se propone elevar la sanción de 20 a 30 años de pena privativa de libertad.
4. En los casos en que la imputación es por la pertenencia a un grupo terrorista, la sanción correspondiente ha sido elevada de 20 a 30 años.
5. En cuanto a la instigación al terrorismo, las penas fluctuaban de 12 a 20 años, en el proyecto se propone que se eleven de 15 a 25.
6. En lo concerniente a la obstaculización de acción de la justicia, las penas fluctuaban entre 5 a 10 años; el proyecto propone que estas se eleven de 8 a 15 años.
7. Otra variación que propone el proyecto es que en todos los casos de reincidencia, la pena de muerte se deberá aplicar.
8. Por último, en cuanto a la modificación del Código Penal, en el delito de apología al terrorismo, se propone incrementar los parámetros de pena de 6 a 12 años, a 10 a 15 años.

Si bien el proyecto de ley se encontraba relacionado con el objetivo que se planteó (la lucha contra la subversión), cumpliendo así la primera etapa; lo cierto es que al momento de valorar la necesidad de esta medida, en un escenario en el que nos encontramos de mayor estabilidad, en el cual la legislación actual (Decreto Ley N° 25475, Decretos Legislativos N° 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927), con la que se rigen los procesos por terrorismo ha demostrado ser plenamente eficaz y en concordancia con un respeto al derecho a un debido proceso, habiendo subsanado las graves violaciones a este que se presentaron durante el gobierno autoritario de Alberto Fujimori.

Este hecho demuestra la carencia de necesidad en la medida y más aún en buscar una aplicación real de la pena de muerte para los casos de terrorismo, lo que vulnera flagrantemente el derecho fundamental a la vida, haciendo inconstitucional a esta iniciativa.

VI. CONCLUSIONES

Muy a pesar de la equívoca redacción del artículo 140º de la actual Constitución Política, en la actualidad, el único supuesto que admite la posibilidad de sancionar con la pena capital la comisión de un delito en el Perú, sigue siendo el de traición a la patria en caso de guerra exterior.

Los tratados internacionales de derechos humanos afirman el derecho a la vida y son la mayor expresión de la consolidación de una tendencia mundial y total de abolición de la pena de muerte.

Los Convenios suscritos por el Estado peruano lo obligan a no ampliar las causales de aplicación ni ha restablecer la pena de muerte.

El argumento de la eficacia de la pena de muerte no ha sido probado empíricamente como medio reductor de la criminalidad y por el contrario hay evidencias que demuestran que no hay una relación directa entre aumento o severidad de las penas e índices de delincuencia.

El argumento de la eficacia de la pena de muerte busca la inoquización del sujeto, lo que resulta incompatible con el principio de dignidad humana. A ello debe agregarse la posibilidad de errores judiciales que no han sido extraños a la experiencia en nuestro país.

Los proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República para ampliar los supuestos de aplicación de la pena de muerte resultan innecesarios, toda vez que existe una legislación penal que actualmente sanciona con penas privativas de la libertad muy severas dichas conductas delictivas, las cuales no habiendo resuelto la existencia de tales delitos pone en evidencia que la causa de dichos fenómenos delictivos debe ser enfrentado con otro tipo de instrumentos.

Lima, febrero de 2007