Segunda etapa • Año 12

jurídica

Martes 5 de junio de 2018

Nº 691

SUPLEMENTO DE ANÁLISIS LEGAL DE *EL PERUANO*

LENGUAS ORIGINARIAS

Reivindican nuestra condición de país multicultural

Págs. 4-5 Ernesto Blume Fortini

Págs. 2-3
EN AGENDA. La detención, prevención e incautación. Una aproximación constitucional en la lucha contra la impunidad. **Fernando Calle Hayen**

Págs. 6-7
EN DEBATE. A propósito de la castración química. Los delitos sexuales, un problema por resolver con menos derecho penal. **Alfredo Araya Vega**

Pág. 8
SIN APASIONAMIENTO. La castración química: problema o solución en los delitos de violencia sexual. **Edhín Campos Barranzuela**

APROXIMACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Detención e **incautación**

FERNANDO CALLE HAYEN

Jurista y exmiembro del Tribunal Constitucional.
Facebook: Fernando Calle Hayen.
Twiteer: @FernandoCalle_H

Jorge Basadre, en su libro *La promesa de la vida peruana y otros ensayos,* expresaba lo siguiente: "Tres serían los grandes enemigos del país: los congelados, los incendiarios y los podridos. Los congelados se encierran en sí mismos; los incendiarios se consumen en el pesimismo, y los podridos, vale decir, los corruptos, prostituyen cualquier ideal en beneficio propio y buscan convertir al Perú en un fango, en una chacra".

Se ha comentado respecto a los allanamientos, colaboradores eficaces, investigaciones y/o procesos por lavado de activos y corrupción de personas comprendidas en los artículos 39, 99 y concordantes de la Constitución Política del Perú e inclusive sobre quienes se han encontrado en este marco constitucional y, naturalmente, en las consideraciones y privilegios que la ley contempla para estas personas: inmunidad, acusación constitucional necesaria y previa a un proceso penal de ser el caso, entre otros.

De igual modo se comenta sobre embargos e intervenciones en las propiedades de un expresidente de la República; así como sobre su excarcelación en razón de una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que declaró fundado por mayoría el *habeas corpus* que presentó contra la detención preventiva que venía cumpliendo, sobre presunto lavado de activos; agregándose que atravesamos por una grave situación de corrupción e impunidad, y esto último es lo que causa un daño serio a nuestras instituciones y a la vida de todos los peruanos y de quienes se encuentran viviendo en nuestro territorio, por tratarse de los valores éticos sustanciales para el desarrollo cívico del país, que arrastra tiempos de corrupción.

Manuel González Prada señalaba: "El Perú es un organismo enfermo: donde se aplica el dedo brota el pus"; hoy, se está generalizando y parafraseando a don Manuel por la frustración que se vive por la corrupción, falta de institucionalidad y fuerte presencia de impunidad diciéndose que "ya no es necesario aplicar el dedo para que brote el pus porque gotea con tal fuerza que se requiere un paraguas".

Casuística

Entiendo que el tema reciente de un expresidente y los que pudieran venir –así lo reclama el sentimiento popular– guarda relación con una incautación por razones vinculadas con la ley referente al lavado de activos y narcotráfico, encuadrado todo ello para efectos de garantizar la posesión y posterior decomiso de los inmuebles y/o muebles, cuentas corrientes, ahorros, joyas, etcétera, que estén vinculados con el dinero ilícito o proveniente de esos crímenes.

Es interesante, ante la Ley de Lavado de Activos e Incautación, recordar las palabras del presidente Ollanta Humala Tasso –al respecto– en un seminario sobre la lucha contra la corrupción en el que señaló lo siguiente: "… quiero ratificar que la lucha contra la corrupción es un compromiso del que no vamos a abdicar de ninguna manera […] se ha promulgado la Ley de Pérdida de Dominio, que permitirá la incautación de bienes provenientes, ahora también, por delitos de corrupción". Por ello, se puede anotar que todo lo actuado recientemente por el juez Richard Concepción Carhuancho es legal, procedente, e inclusive sigue el mandato político del ex presidente Humala.

> EL LAVADO DE ACTIVOS ES UN DELITO AUTÓNOMO. LA LUCHA CONTRA ESTA MODALIDAD DEL CRIMEN PERMITE PERSEGUIRLO EN RESERVA CON ACCESO A LAS CUENTAS FINANCIERAS, ETCÉTERA.

Estas referencias cobran importancia, pues ya sabemos que el proceder corrupto es contrario y destructivo del orden público y funciona con mayor facilidad donde no hay desarrollo o es incipiente y sus instituciones como la justicia están destrozadas; por eso, el corrupto actúa y lleva adelante en forma contraria e indebida su autoridad, y ahí debe imperar el sistema y desarrollo del Tribunal Constitucional, Poder Judicial, Ministerio Público y todo el Estado en su obligación de combatir –artículo 8 de la Constitución Política del Perú– el lavado de activos, narcotráfico, corrupción, minería ilegal y terrorismo, entre otros ilícitos.

Por eso se creó una legislación que no es similar a otras figuras delictivas en cuanto a sus instrumentos de defensa porque el foro sabe desde tiempo atrás que "los crímenes de cuello blanco se hallan a medio camino entre lo criminal y lo ético". No puede admitirse que se siga pensando que el ser un magistrado y/o mandatario honesto es ser tonto. Esa cultura "criolla" no puede ser soslayada a la interpretación del ejercicio del Derecho en defensa de la dignidad y valores de la nación.

La incautación – en estos delitos: narcotráfico, lavado de activos entre otros referidos– no solo es de bienes inmuebles, sino también de muebles, como vehículos, depósitos de ahorros, incluso de los de terceros, hijos; pero esto, en distinta medida y diferente modalidad, porque mientras que la medida de embargo es para salvaguardar el pago de la posible reparación civil, la incautación es para tomar posesión sobre bienes muebles y/o inmuebles cuya adquisición haya provenido del delito del lavado de activos, narcotráfico, dinero ilícito, incluidos los delitos de corrupción.

Apunte oficial

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su página oficial, ilustra cuando dice que el delito de "lavado de activos" es el proceso por el cual se encubre el verdadero origen ilegal de los fondos generados por actividades ilícitas y nos dice, además, que la pérdida de dominio se sustenta en el principio de que los agentes del delito no tienen derecho real alguno sobre los bienes o activos integrantes de estos "patrimonios ilegales"; por ello, sostiene que "privar a los agentes del producto delictivo, no contraviene derecho fundamental alguno y menos el del artículo 70 de nuestra Constitución Política vigente".

Está claro que hoy el "lavado de activos" constituye un delito autónomo, entendiéndose que para su investigación, procesamiento y eventual sentencia condenatoria no es necesario que hayan sido descubiertas y sancionadas las actividades criminales que produjeron el patrimonio sin origen legal conocido. Esta lu-

jurídica | Director: **Ricardo Montero Reyes** | Subdirector: **Omar Swayne Recuenco** | Editora: **María Avalos Cisneros** | Coordinador: **Paul Herrera Guerra** | Jefe de Diagramación: **Julio Rivadeneyra Usurín**

Las opiniones vertidas son de exclusiva responsabilidad de los autores. Sugerencias y comentarios: mavalos@editoraperu.com.pe

Jurídica es una publicación de El Peruano
2008 © Todos los derechos reservados

cha contra esta modalidad del crimen permite, por ello, perseguirlo en reserva con acceso a las cuentas financieras, comunicaciones, etcétera, para que esos dineros y bienes en general puedan ser incautados inclusive a familiares y personas relacionadas respecto de las cuales exista un indicio razonable de su vinculación a este ilícito que tanto daño viene haciendo a nuestro país. Dudo que la Fiscalía en caso de expresidentes y naturalmente ante cualquier ciudadano –debería ser la regla– actúe en los delitos referidos sin indicios razonables y contundentes y/o pruebas en este esquema delictivo y se atreva a iniciar una investigación de esta naturaleza, solicitando detención preventiva en su momento y, luego, la incautación de bienes.

Lo real es que hace tiempo no conocemos casi nada de la actuación del Ministerio Público en relación con la corrupción, lavado de activos, entre otros ilícitos, en los cuales se encuentran referidos e investigados expresidentes y "personalidades" de la política nacional y altos funcionarios, entre otros; es decir, sin una explicación, nos parece más que raro y lleva a pensar que en verdad no se trata a todos por igual y, lo que es peor, vamos percibiendo un poder oculto detrás.

Ahora bien, a esto se suma la preocupación ante la reciente sentencia del TC recaída en el Expediente N° 00502-2018-HC sobre la detención preventiva. Si observamos la sentencia correspondiente al Expediente N° 03223-2014-PHC/TC, en que se declara infundada dicha demanda de *habeas corpus,* en el fundamento 7 se considera en síntesis, respetando la jurisprudencia del TC, que "la Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y resuelto, y por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada...”; y si se aprecia en el fallo recaído en el Expediente N° 01807-2016 caso Miguel Mamani Mamani, encontraremos en el punto 7 lo siguiente:

"La justicia constitucional no es competente para determinar la configuración de cada presupuesto legal que legitima la adopción de la detención judicial preventiva, lo cual es tarea exclusiva de la justicia penal ordinaria...”, firmada por los magistrados Miranda Canales, Ledezma Narváez, Urbiola Hani, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinoza Saldaña Barrera.

Como pueden apreciar, los magistrados en mayoría citados respetaban la jurisprudencia del pleno del TC que presidió Alva Orlandini y el que me honré en integrar. Existe una doctrina jurisprudencial al respecto, es decir; sentencias de *habeas corpus* mayoritarias y/o unánimes infundadas con estos considerandos.

Variación jurisprudencial

En la reciente sentencia correspondiente al Expediente N° 00502-2018-HC se ha variado la jurisprudencia innecesariamente, como ha sucedido modernamente con el precedente Huatuco y las llamadas sentencias interlocutorias. Señala, por ejemplo, que pertenecer a una banda de crimen organizado, mentir como medio de defensa "aunque se le pruebe todo lo que se negaba" y no estar consolidadas las pruebas plenamente no constituyen motivo suficiente para que se disponga la detención preventiva; se refieren a estos considerandos sin darse cuenta de que el fallo que declara infundado el *habeas corpus* en primera y segunda instancia, inclusive una casación, se encontraba "debidamente motivado" de acuerdo con los cánones de la tradición y jurisprudencia al respecto del TC.

La sentencia a la que me refiero (Expediente N° 03223-2014-PHC/TC) es una de tantas, mayoritariamente, con la misma concepción, y esto porque estamos hablando de una detención preventiva que no encierra solo conjeturas, sino que también existen colaboradores eficaces, hechos de una investigación detallada en cuanto a seguimiento de dinero, etcétera; que garantizan la validez de la decisión en cuanto al mantenimiento de la detención preventiva.

Estamos hablando en principio de una (s) investigación (es) sobre millones de dólares y otros entregados supuestamente para una campaña electoral, en la que los imputados señalan que nunca han recibido nada, no han tratado con nadie y parte de la defensa dice que sí, pero que siendo para una campaña electoral no es delito. Sin embargo, el Ministerio Público y el juzgador hasta la fecha han determinado que ese dinero ha sido utilizado para otros fines en lo que se ha venido a tipificar e investigar como lavado de activos; agregándose que está suficientemente motivado –dentro de la doctrina jurisprudencial citada– el tema del posible entorpecimiento y hasta ausencia, por decir lo menos.

Planteamientos y acciones urgentes

Del conocimiento de tanta información, creo que no era necesaria la variación de la jurisprudencia del TC con respecto a la detención preventiva, más aún cuando inclusive en el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 00502-2018 HC/TC proviene de la presentación de una acción de *habeas corpus* ante la judicatura de Piura y de otra en la ciudad de Lima, razón por la cual se dispuso la acumulación de materia de la sentencia en referencia. Sin embargo, sin duda los magistrados habrán recordado que este no era un estilo usualmente ético en este tipo de acciones de garantías constitucionales.

En todas estas figuras delictivas debe estar presente el artículo 8 de la Constitución Política del Estado.

Esto encierra el principio de razonabilidad, que tiene que apreciarse en la emergencia que tiene el Estado en la lucha contra estas figuras delictivas, y con mayor razón en casos de lavado de activos vinculados, además, seriamente con la corrupción y, en muchos casos, con el narcotráfico. Por ello, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entiende que si bien "la prisión preventiva…no debe ser la regla general…" la detención preventiva constituye una de las formas establecidas constitucionalmente para garantizar que el procesado (investigado) comparezca en las diligencias judiciales. En todos estos casos, los magistrados del TC deben tener en cuenta también el interés público; por eso es importante atender el artículo 8 de nuestra Carta Política.

No es conveniente para la seguridad jurídica que se genere duda de la independencia del TC y permitirse que se cuestione su legitimidad y la eficacia de sus sentencias.

Hay que exigir al Ministerio Público –el Congreso debería pedir una explicación al respecto– que señale por qué la rémora y la diferencia –aparente– en el trato.

Como política de Estado, considero conveniente, además, la suscripción del convenio con las Naciones Unidas para que se instale la Comisión Internacional contra la Impunidad como en Guatemala y en otros países, con los resultados positivos conocidos, y que estimuló también lo sucedido en Brasil y otros países en la lucha contra la impunidad.

COMO POLÍTICA DE ESTADO, CONSIDERO CONVENIENTE, LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO CON LAS NACIONES UNIDAS PARA QUE SE INSTALE LA COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD.

ERNESTO
BLUME FORTINI

Constitucionalista. Presidente del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Catedrático.

REIVINDICAN NUESTRA CONDICIÓN DE PAÍS MULTICULTURAL, PLURIÉTNI

El derecho al uso del pr idioma como **lengua originaria**

El Tribunal Constitucional (TC) ha dado un paso importante a favor de la reivindicación de los derechos fundamentales al uso del propio idioma de los pueblos originarios del Perú y a que en las zonas donde predominan las lenguas originarias o aborígenes estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano, conforme lo manda el artículo 48 de la Constitución Política del Perú, que establece: "Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley".

Fue al expedir la sentencia recaída en el Expediente Nº 00889-2017-PA/TC dictada en el proceso de amparo promovido por la ciudadana María Antonieta Cáceres de Tinoco, quechuahablante y analfabeta en el idioma castellano, contra la municipalidad provincial de Carhuaz, sobre afectación de sus derechos fundamentales.

Un extracto de esa sentencia se ha traducido al quechua de la provincia de Carhuaz, Áncash, y será publicado en la página web de la institución, y, oportunamente, en el Diario Oficial *El Peruano*.

Para nuestra institución, es un suceso de indudable trascendencia dar a conocer ante la opinión pública la reciente expedición de una sentencia sobre un tema no solo inédito en la historia jurisprudencial de este colegiado, sino también especialmente gravitante en los objetivos que como Estado constitucional se persigue.

Protección

Es la primera vez que el TC conoce un caso en el que se rescata no solo la protección del derecho al uso del propio idioma, lengua originaria o aborigen, sino también la prerrogativa a que este derecho lingüístico, cualquiera que sea su naturaleza o característica, sea de obligatoria implementación por parte del Estado en aquellas localidades o zonas del país donde exista de manera comprobada un empleo mayoritario del mismo, al cual el Estado debe dar carácter oficial.

Con esa sentencia se reivindica la condición del Perú de país multicultural, pluriétnico y multilingüe; y, por tanto, la necesidad de implementar canales de comunicación e integración entre todos los peruanos y no solo entre los que comparten el uso cotidiano del castellano.

Con esa ejecutoria, el Tribunal Constitucional del Perú no solo ratifica la línea protectora de los derechos humanos que le corresponde fortalecer, sino que también dibuja con nitidez la línea promotora que como Estado está obligado a seguir.

Un país, donde nos ignoramos unos a otros por factores culturales de orientación centralista, está destinado a dividirse. La sentencia expedida apunta a revertir semejante realidad y marchar hacia una era de igualdad entre to-

Tutela urgente

En la sentencia recaída en el Expediente Nº 00889-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional del Perú ha decidido otorgar tutela a los derechos. Por tal motivo, se ha declarado un estado de cosas inconstitucional. Esto implica exigir al Estado y a los órganos públicos que lo conforman que, dentro de un plazo razonable, dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración. Se trata, en suma, de extender los alcances de la mencionada sentencia constitucional a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas.

ICO Y MULTILINGÜE

ropio

dos los peruanos con respeto de las diferencias culturales existentes.

No hay que olvidar que los derechos fundamentales o derechos humanos no tienen rostro. Los jueces constitucionales actúan de acuerdo a lo que manda la Constitución y la ley, así como de lo que exige la defensa de los derechos humanos, que son intrínsecos, inherentes y propios de la persona humana, como el derecho al uso del propio idioma y el derecho a que en las zonas donde predominen las lenguas originarias, estas sean instituidas como idiomas oficiales, junto al castellano, como lo dispone en forma expresa el artículo 48 de la Constitución.

Es un derecho fundamental de la persona el derecho a su identidad cultural, lo que implica, por extensión, el derecho a su idioma, lengua y formas de comunicación propias de su existencia como persona.

Nuestro Estado constitucional se fortalece respetando las diferencias y revalorizando la identidad cultural y étnica.

Aceptar la diferenciación y el respeto de las particularidades en el idioma y en la comunicación respetuosa en ese idioma implica dar pasos sensatos en la integración de todos los peruanos en un Estado-Nación común, lo cual implica, a su vez, entendernos y respetarnos en lo que nos diferencia.

Políticas y acciones

En el país se hablan 47 lenguas y todas ellas deben ser respetadas. El Estado y las instituciones, si se pretende construir un Estado de derecho, deben respetarlas. Eso implica crear políticas que conviertan ese respeto en acciones y formas concretas. El respeto a nuestra identidad cultural y étnica requiere de acciones del Estado y de la sociedad en ese sentido.

Nadie puede ni debe ser tratado diferente por el uso de su idioma en forma oral o escrita, máxime si su idioma es dominante en una determinada región o localidad del país.

En síntesis, avanzar como país hacia un consistente y sólido Estado constitucional exige comprender de manera plena las particularidades de nuestra historia y de nuestras lenguas, así como la identidad cultural de cada uno de los grupos étnicos que forman la común identidad nacional. Lo nacional está formado por múltiples particularidades que han convivido respetándose e integrándose.

Los peruanos somos tales porque nos diferenciamos, respetándonos e integrándonos, aceptándonos y comprendiéndonos. En ello recae la grandeza del país. Un Estado que acepta, entiende y protege a sus integrantes, como personas en el ejercicio de sus derechos, comprendiendo su lengua o idioma es un Estado que avanza hacia la modernidad y que hace realidad su integración cultural y étnica.

Decisiones y disposiciones

En el presente caso, el TC ordenó a la municipalidad provincial de Carhuaz la realización de las actuaciones necesarias para que doña María Antonia Díaz Cáceres conozca las decisiones municipales en su idioma.

Se decidió, asimismo, disponer que el Ministerio de Educación elabore y publique el Mapa Etnolingüístico del Perú, tal como lo exige el artículo 5.1 de la Ley de lenguas, a efectos de que se determine qué lenguas originarias y en qué zonas del país resultan predominantes y, por ende, también oficiales. Esto en un plazo no mayor a seis meses contado a partir de la fecha de la publicación de la sentencia y en cumplimiento del mandato notoriamente vencido, contenido en el artículo 5.1 y la Segunda Disposición Complementaria de la Ley Nº 29735 (Ley de Lenguas, vigente desde el 6 de julio de 2011) –en coordinación con el Ministerio de Cultura, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, los gobiernos regionales y las organizaciones representativas de los pueblos indígenas u originarios–.

EL TC ha dispuesto, además, que todas las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos en la provincia de Carhuaz oficialicen el uso de la lengua quechua, a más tardar en un plazo de dos años contados a partir de la publicación de la sentencia. Asimismo, ha establecido que la municipalidad provincial de Carhuaz debe informar cada cuatro meses al TC, hasta su pronta implementación, respecto a los avances que en su jurisdicción se dan en relación con esta orden.

El Tribunal Constitucional dispuso igualmente que todas las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos realicen sus máximos esfuerzos para que, antes del Bicentenario de la Independencia Nacional, oficialicen el uso de la lengua originaria predominante en sus ámbitos de desarrollo.

Agenda al Bicentenario

A partir del citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional considera vital revalorar las lenguas originarias (quechua, aimara, asháninka, etcétera), pues son parte fundamental de la historia y cultura ancestral peruana que hasta la fecha coexisten mediante numerosos grupos de ciudadanos en toda la República. En tal sentido, ante la proximidad de la celebración del Bicentenario de la Independencia del Perú, es imprescindible que todas las instituciones públicas, en particular, y que la ciudadanía, en general, busquen consolidarse como un país unido con vista a los desafíos que presenta el siglo XXI. Por ello, es necesario superar las barreras del lenguaje haciendo efectivo el mandato del artículo 48 de nuestra Norma Fundamental, mediante todas y cada una de las instituciones públicas, permitiendo de esta manera el acercamiento de la ciudadanía con el Estado. Como país, no se puede continuar con esta deuda pendiente con la identidad peruana, pues es momento que como sociedad se camine hacia un mismo norte, por el bienestar general de todos y cada uno de los peruanos.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA DISPUESTO QUE TODAS LAS ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS QUE PRESTEN SERVICIOS PÚBLICOS REALICEN SUS MÁXIMOS ESFUERZOS PARA QUE, ANTES DEL BICENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA NACIONAL, OFICIALICEN EL USO DE LA LENGUA ORIGINARIA PREDOMINANTE EN SUS ÁMBITOS DE DESARROLLO.

UN PROBLEMA POR RESOLVER CON MENOS DERECHO PENAL

Los delitos **sexuales**

ALFREDO
ARAYA VEGA

Profesor universitario. Magistrado de Apelación de Sentencia Penal-Costa Rica.

LA CRIMINOLOGÍA SOSTIENE DE FORMA CONSTANTE QUE EL DELITO SE CONTIENE MEDIANTE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INVERSIÓN SOCIAL NO SOLO CON EL CASTIGO. PARA DISMINUIR LOS DELITOS SEXUALES SE DEBE INVERTIR EN CURSOS, CAMPAÑAS SOCIALES Y OTROS, PARA NIÑOS, ADOLESCENTES Y ADULTOS SOBRE SEXUALIDAD Y MASCULINIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO; MEDIDA QUE DEBE IMPLEMENTARSE TANTO COMO UN MECANISMO DE PREVENCIÓN SOCIAL COMO UN MECANISMO DE SANCIÓN PENAL COMPLEMENTARIA PARA LOS SENTENCIADOS.

A lo largo de la historia, el ser humano ha implementado diversas formas para resolver sus conflictos. En 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se dio quizá el avance más importante; el paso del castigo sobre los cuerpos al encierro. A partir de ese instante, la dignidad humana es el eje central y se constitucionalizan los principios esenciales de protección al ser humano: legalidad, proporcionalidad, humanidad, libertad, integridad, etcétera.

En la actualidad, con el advenimiento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1949, los Estados democráticos consolidaron el ejercicio del castigo sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos, dando especial relevancia a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y por supuesto a la jurisprudencia que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En los últimos años, con una visión de justicia con rostro humano se ha promovido la incorporación de la justicia restaurativa como mecanismo de composición social implementando la aplicación de salidas alternativas al conflicto.

Dicho lo anterior, conviene preguntarnos ¿castrar a un ser humano responde a los principios constitucionales, las normas supraconstitucionales y los derechos humanos? El artículo 5.1 de la CADH exige que se respete su integridad física, psíquica y moral (5.1) y establece la prohibición de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (5.2). En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) refiere que: “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

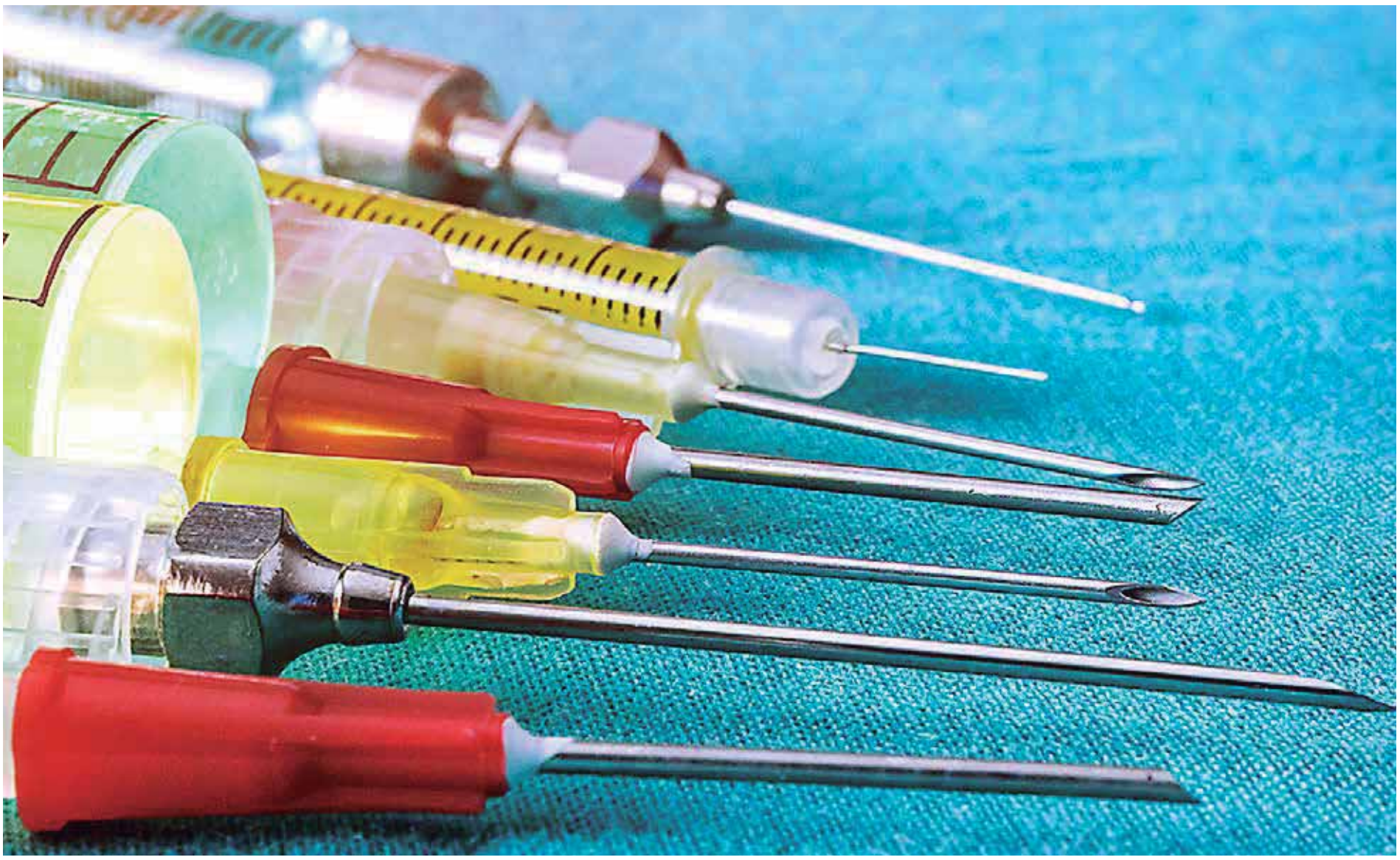
En lo jurisprudencial, la Corte IDH ha fijado criterios para determinar la viabilidad de los castigos, señalando como parámetros la intencionalidad, severidad del sufrimiento y finalidad perseguida. En el caso Ceasar versus Trinidad y Tobago (2005) indicó: “El Estado parte de la Convención Americana tiene la obligación *erga omnes* de abstenerse de imponer penas corporales, así como prevenir su imposición, por constituir, en cualquier circunstancia, un trato o pena cruel, inhumana o degradante”.

Un mecanismo de castigo

La castración pretende la pérdida del apetito sexual. En hombres, existen dos tipos de castración: (a) Quirúrgica: Es irreversible. Se extirpan los testículos. (b) Química: Es temporal. Se suministra (inyectable u oral) progesterona para que no segregue testosterona. Es un tratamiento hormonal que pretende refrenar el libido, es decir, el deseo sexual. Ahora bien, surgen algunas interrogantes sobre la implementación:

Primero, ¿se trata de una pena o una medida de seguridad? Sabemos que la pena posee un enfoque sancionador, mientras que el enfoque de la medida de seguridad es preventivo que se sustenta en la peligrosidad. Por ello, ¿qué se pretende con la castración, que corrija al sujeto o que asegure a la sociedad? La legitimidad de esta sanción se encuentra entredicha en ambas opciones, ya que la castración es un método que incapacita, no constituye un tratamiento; se sustenta en un carácter forzoso no voluntario.

Segundo, el fundamento preventivo. En doctrina jurídica se reconocen teorías de las penas preventivas positivas y negativas, generales y especiales. Tratándose de sanciones, en una democracia la legitimidad se sustenta en medidas preventivo-especiales-positivas, va decir la reinserción social. Sin embargo, la motivación del proyecto de ley presentado recientemente que establece la castración química como sanción penal, se sustenta en mecanismos preventivo-generales-negativos, pretendiendo lograr una incapacidad del sujeto activo (fin utilitario), al ser concebida como



una medida correctora-asegurativa; valoración propia de sistemas autoritarios.

Tercero, los tipos penales. (i) ¿En qué momento se ejecuta la sanción penal? ¿Qué ocurriría si se ejecutara la sanción complementaria de castración y, a los años, mediante una revisión del fallo se comprueba la inocencia? (ii) ¿La castración evitaría las violaciones? Hay muchos países y provincias donde existe y más bien han aumentado (caso Mendoza, Argentina). (iii) Ante la variedad de modalidades delictivas (dedos, objetos, animales) ¿con la castración química se logra la finalidad perseguida? (iv) ¿Qué finalidad se obtendría con una castración química en una persona condenada a cadena perpetua?

Verdaderas políticas de atención

La criminología sostiene de forma constante que el delito se contiene mediante políticas públicas de inversión social, no solo con el castigo. Invertir en educación, cultura, capacitación es la solución a los problemas. Para disminuir los delitos sexuales se debe invertir en cursos, campañas sociales y otros, para niños, adolescentes y adultos sobre sexualidad y masculinidad desde una perspectiva de género; medida que debe implementarse tanto como un mecanismo de prevención social como un mecanismo de sanción penal complementaria para los sentenciados.

Una iniciativa que podría coadyuvar en el tratamiento de estos casos es la creación de un departamento especial contra la violencia, apuntando hacia una composición paritaria de sus miembros y con perspectiva de género para la búsqueda y toma de decisiones de interés social.

Delimitación del problema

■ El Congreso peruano recientemente dictaminó en positivo y por unanimidad en primera votación el proyecto de ley que prevé la aplicación de la castración química como medida complementaria a la pena privativa de libertad en los casos de libertad sexual, es decir, está a un paso de que dicha iniciativa se convierta en ley.

■ Así, en el proyecto se reforma las clases de penas reguladas en el artículo 28 del Código Penal, incorporando la castración química como "medida complementaria a la pena privativa de libertad", figura que se incorpora de modo amplificativo en los tipos penales de: violación de persona en incapacidad de resistencia (artículo 172), violación sexual de menor de edad (artículo 173), violación de menor de edad seguida de muerte o lesión grave (173-A), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174).

■ En la exposición de motivos de esta iniciativa (Proyecto de Ley Nº 460-2016-CR), presentado por el congresista Yonhy Lescano Ancieta ante el Congreso de la República el 21 de octubre de 2016, se enuncia como fundamento la necesidad de implementar: "…medidas accesorias a la pena de cárcel… la castración química". Esta iniciativa legal conlleva una discusión necesaria acerca de la castración.

Su funcionamiento debe realizarse mediante un presupuesto especial del Estado al que se le tendría que asignar los recursos obtenidos de un nuevo canon. Es recomendable crear un impuesto de salida del país (diez dólares), dinero que sería retenido por las líneas aéreas con la venta de los boletos y tendrían la obligación de trasladar lo recaudado a la cuenta del Estado que se asigne.

El mencionado departamento tendría como obligación: promover e implementar políticas públicas que atiendan, protejan y reparen a las víctimas de violencia; presentar informes y recomendaciones para mejorar las normas internas en materia de violencia y género; instaurar una formación social bajo la perspectiva de género. Es más que una simple sensibilización. Tendría que interactuar de forma cercana con el Poder Ejecutivo para formar niños, jóvenes y adultos en la materia.

Después, el departamento propuesto también debería crear órganos avocados a la protección especial de mujeres, niños y víctimas de violación sexual y trata de personas. Estos órganos estarían compuestos por un personal multidisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, abogados, sociólogos, analistas y administradores), de forma que exista una debida coordinación con las diferentes instituciones del Estado, sea del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial.

Esos órganos se encargarían de atender de manera primaria a las víctimas de la violencia y desde ahí promover procesos de mejora y prevención social del delito.

Otra propuesta es la creación de un fondo de reparación para las víctimas de violencia.

Conclusiones

- La castración química como sanción complementaria es una medida de intervención corporal violatoria de los derechos humanos y por ende inconvencional en un sistema democrático de Derecho.
- La implementación de la castración química como mecanismo sancionador se haría contra la voluntad de los agentes, de forma tal que se convertiría en una pena inhumana, pues afectaría física y psicológicamente al sujeto.
- El fin perseguido con la castración química es la venganza, no tiene ninguna finalidad preventiva, menos en los casos de imposición de cadena perpetua.
- En ninguno de los países, Estados o provincias donde se ha implementado ha desaparecido el delito, en algunos de ellos incluso ha aumentado.
- La pena corporal tiene su base en la Escuela Positivista, cuya idea lombrosiana se sustenta en la reproducción de la Ley del Talión, "ojo por ojo, diente por diente". Admitir la castración en delitos sexuales equivaldría a cortar las manos en arrebatos.

TEMA PARA EL DEBATE PÚBLICO

La castración química

EDHÍN CAMPOS **BARRANZUELA**

Juez superior titular de la Sala Penal Nacional. Phd en Ciencias Legales por la Atlantic International University. Doctor en Derecho y Educación. Magíster en Ciencias Penales. Docente.

Bastante polémica ha causado en la comunidad jurídica y en la opinión pública nacional el proyecto de ley por el cual el pleno del Congreso de la República aprobó la cadena perpetua y la castración química para los violadores sexuales de niños menores de 14 años.

Según se da cuenta, el dictamen aprobado en primera votación intenta enfrentar una terrible realidad que se registra en el país, donde cada día son ultrajados un promedio de 10 menores de edad, de acuerdo a las proyecciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.

Dicho dictamen será sometido a segunda votación por el pleno del Congreso, pues la modificatoria del Código Penal importa elevar las penas a cadena perpetua e imponer como medida complementaria la castración química, cuando el juez penal lo crea conveniente.

En cuanto al incremento de la pena, el proyecto de ley fue aprobado por unanimidad; sin embargo, sobre el tema de castración química, solo 67 parlamentarios apoyaron la propuesta, 28 se abstuvieron y 7 votaron en contra, ello debido a que durante el debate expresaron sus dudas y objeciones respecto a este procedimiento.

Posturas

Según los entendidos, la castración química se realiza mediante la administración de una hormona, la cual inhibe la libido de la persona a la que se le aplica, al no producir testosterona ni esperma, y elimina por completo el deseo de la actividad sexual.

Es bastante cierto que ante los casos de violaciones sexuales contra menores de 14 años, la reacción social es bastante grande, pues hasta se ha insinuado que la castración química es una pena demasiado benigna frente a tamaño delito, por lo que se ha propuesto debatir sobre la pena de muerte para los acusados por la supuesta comisión de ese delito, aunque ello no es posible debido a que el Perú está suscrito al Pacto de San José.

Derecho comparado

Según cuenta E. López Picó, el primer precedente de la aplicación de la castración química a violadores carece de jurisprudencia en España, pues se dice que el procesado –el asesino de Daimiel– fue condenado a 69 años de cárcel por agresiones sexuales a niñas entre 1985 y 1987, y que el propio abogado solicitó la aplicación de la castración química, medida que no contempla el Código Penal español. Se menciona que ante ese vacío, los jueces no pueden dictar nuevas leyes, sino que se limitan a aplicarlas.

En Dinamarca, Alemania, Suecia, Canadá o Estados Unidos si se prevé la castración química como medida para los criminales sexuales reincidentes,; en Francia han empezado a experimentar la vía de la terapia química contra este tipo de delincuentes.
No está demás manifestar que la castración química se aplica desde hace muchos años a los enfermos de cáncer de la próstata, controlando o reduciendo los niveles de tetosterona a niveles de castración o de cáncer de la próstata para que deje de progresar.

Sin embargo, debemos reflexionar y considerar cada una de las propuestas realizadas, a fin de investigar, acusar y condenar a dichas personas, sin que ello signifique una venganza pública.

Diferentes juristas y estudiosos han manifestado que no se puede aplicar la castración química a un violador sexual, al que ya se le aplicó la cadena perpetua, pues este ya no dañaría a la sociedad, toda vez que de por vida estaría recluido en un centro penitenciario.

Además, se indica que la castración química no es una solución para los violadores, pues no evita la reincidencia, el tratamiento es reversible, la medida es muy onerosa, cada dosis cuesta 300 dólares y no se hace una sola vez, sino continuamente para que se mantenga.

Educación

Como parte del debate se ha indicado que el Estado no debe dejar pasar esta brillante oportunidad para implementar una mejora educativa en el país, debido a que la mayoría de los violadores son personas que no han tenido una correcta formación en su niñez, por ello se debe garantizar un proceso de formación en condiciones de salubridad, sanitarias, psicológicas y de salud mental. El tema deberá debatirse con mejor estudio técnico.

El costo lo asumiría el Estado. También se dice que el violador podría reincidir porque existen otras formas de abuso sexual, en las que no necesariamente utiliza el miembro viril para realizar la agresión sexual.

Se ha manifestado también que al acusado no se le puede dar doble pena, y que con la aplicación de la castración química se estarían violentando otros derechos fundamentales, como el derecho a la familia, a la reproducción sexual, a la integridad, etcétera, y cualquier juez penal podría inaplicar la norma jurídica y ejercer el control difuso, pues la aplicación de este castigo afectaría derechos constitucionales, reconocidos en nuestro derecho interno y en la Convención Americana de Derechos Humanos.