

Comité Consultivo Editorial:
Carlos Fernández Serrano
Florencia Trillo de Guzmán
Rita Ferrero Costa
Pablo Ortiz de Paredes
Dora María Sánchez
Francisco María Quispe Rada
Luis E. Barreto
Gustavo Bustos
Victor García Torres
José Ricardo Morales
César San Martín Castro
Diego Montoya A. Jarama
Jorge Castro Lazo
Pablo Luis Buzac
Pablo Villanueva T.
Pablo Tejada Guzmán
José María Sánchez-Morales
Hugo A. Flores Polanco
Rafael Huamani Cueva
Marta Ríos de Davis
Dora Cecilia O'Neil

JuS

Doctrina & Práctica

PUBLICACIÓN ESPECIALIZADA Y ACTUALIZADA
PARA EL PROFESIONAL DEL DERECHO

Comité Consultivo Internacional:
Gabriel Jacsó
Ciro Poma
José Moisés Jarama
Eduardo W.
Eduardo Mesa de la Sosa
Rafael Pérez Sordo
Miguel Ángel Pizarro
Francisco Javier Bustos
César Víctor Fernández
José Humberto Pico

Director:
José Alfredo Coto Jara

ESPECIAL

Arresto ciudadano

Marzo

3

2008

EN ESTE NÚMERO ESCRIBEN, ENTRE OTROS:

PENAL

José Mecumbe Comilo
Consideraciones sobre el delito de daños informáticos

PROCESAL PENAL

José Raúl Yáñez
La investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal

CIVIL

Andrés Torres Viquez
El contrato a favor de tercero

PROCESAL CIVIL

Andrés Roca Arevalo
El recurso de apelación civil y su conformidad con la Constitución

CONSTITUCIONAL

Cristina Meza Inga
Consecuencias jurídicas de la discriminación

LABORAL

Isabel Horekta González-Piñero
Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo

TRIBUTARIO

Walter Villanueva Gutiérrez
La venta de bienes muebles en el IGV: ¿es necesaria la transferencia de propiedad civil?

ADMINISTRATIVO

Dora Urquiza Mazon
Los bienes de dominio público del Estado

EMPRESARIAL

Miguel Arturo Rosales Olaya
Apuntes teóricos sobre el acuerdo societario en el Perú

INFORMES PRÁCTICOS

JURISPRUDENCIA

ACTUALIDAD LEGAL

GRILEY

JuS

ESPECIALIZACIÓN • CALIDAD • INNOVACIÓN

PARTICIPAN EN ESTE NÚMERO

Samuel B. Abad Yupanqui • Juan Pablo Aguilar Lantón de Guzmán
Aurelia Adra Arévalo • Eduardo Assiat Méndez
Erika Baldwin Gayoso • Percy Bastidas Castro
Omar J. Canúa Aguilar • Percy Castilla Torres
Guillermo Andrés Chang Hernández • Julio Mazzucos Goello
Guillermo Collantes Robles • Juan Pablo Condori Luna
Roberto Carlos Díaz Sánchez • Diego Alonso Harman Vargas
Isabel Herrera González-Peña • Miguel Á. León Uricovate
Héctor Martínez Flores • Jorge Luis Mayer Sánchez
Carmen Meza Ingar • Luis Miguel Reyna Alfaro
Enzo Pablo Parides Castañeda • Emilio Iván Parides Yatao
Rebeca Alexandra Prado Murga • Manuel Alipio Román Olivares
Jorge Rossi Yaconi • María Leticia Solano Prado
Anibal Torres Vásquez • Daniel E. Urquiza Magaña
Freddy Vásquez Ríos • Wilmar Villanueva Gutiérrez

ISSN 1993-3150



9 771993 315006 >

GRILEY

DERECHO PROCESAL PENAL

ARTÍCULOS

La investigación preparatoria en el nuevo Código Procesal Penal Jorge Rosas Yataco	111
La vulneración de los derechos fundamentales del recluso en la legislación penitenciaria peruana Emilio Iván Paredes Yataco	129
La aplicación del principio constitucional de proporcionalidad en la prueba ilícita Daniel Armando Pizilli Flores	147

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

El principio constitucional de presunción de inocencia como consecuencia del debido proceso Austo Edward Nieves-Chero	165
---	-----

INFORMES PRÁCTICOS

En la etapa de calificación de la denuncia formalizada por el representante del Ministerio Público, ¿cómo puede acreditarse la ausencia del peligro procesal?	171
El principio <i>tantum devolutum quantum appellatum</i> , ¿determina la vinculación del Tribunal Penal con la pretensión o con los fundamentos del recurso de apelación?	177

SELECCIÓN DE DOCTRINA

Tema central: El principio de oportunidad	181
---	-----

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tema central: El antejuicio en el proceso penal	185
Fallos recientes	
• ¿Puede darse la suspensión de la prescripción cuando exista un recurso de nulidad concedido vía queja excepcional en resoluciones que pongan fin a la instancia?	187
• ¿Cómo se computa los plazos de prescripción de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80° y 83° del Código Penal?	187

DERECHO CIVIL

ARTÍCULOS

Contrato a favor de tercero Anibal Torres Vásquez	191
El estado de necesidad: ¿constituye causa de justificación de la responsabilidad civil extrac contractual? Diego Alonso Narman Vargas	229
La interpretación del contrato en el Derecho peruano Guillermo Andrés Chang Hernández	235

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Para constituirse como personas jurídicas, las asociaciones religiosas deben cumplir más requisitos que los contemplados en la ley? Juan Pablo Aguilar Ledrón de Guevara	243
--	-----

INFORMES PRÁCTICOS

¿Cuáles son los derechos y obligaciones que se derivan de la suscripción de un contrato de arrendamiento de bien inmueble?	251
¿Cuándo se debe proceder a vender un inmueble por acciones y derechos?, y cómo se realiza esta transacción?	254

SELECCIÓN DE DOCTRINA

Tema central: Patria potestad	257
-------------------------------	-----

SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tema central: Derecho de propiedad	259
------------------------------------	-----

Emilio Iván PAREDES YATACO^(*)

La vulneración de los derechos fundamentales del recluso en la legislación penitenciaria peruana



SUMARIO:

1. Introducción. 2. Los derechos fundamentales de la persona. 3. ¿Los reclusos gozan de los mismos derechos fundamentales que las personas que viven en libertad? 4. ¿Cuáles son los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad limitados por la condena y la ley? 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad. 6. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes. 7. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. 8. El principio de legalidad. 9. El derecho al debido proceso. Principio de *ne bis in idem*. 10. Prohibición de realizar un trabajo forzoso u obligatorio. 11. El derecho a la libertad sexual. 12. Conclusiones.

RESUMEN:

El autor demuestra que los derechos fundamentales del recluso se encuentran vulnerados por la propia normativa penitenciaria, lo que lo convierte en un ciudadano de segunda categoría. Para tal efecto analiza una serie de derechos fundamentales del interno, teniendo en cuenta la Constitución Política, los tratados internacionales y las sentencias del Tribunal Constitucional.

1. Introducción

El presente estudio pretende analizar y demostrar que existen diversos derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad que

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Paredes Abogados. Maestría en Derecho Penal en la PUCP. Profesor de Derecho Penitenciario y Criminología en la UICV. Profesor de Derecho Penal en la Unife. Profesor de la Maestría en Derecho Penal en la Universidad Privada de Chimbote. Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (1995-1996). Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Justicia (1993-1994). Director general de Asesoría Jurídica del Ministerio de Justicia (1994-1995). Miembro de la Comisión Multisectorial del Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas (1993-1994). Miembro de la Comisión de Extradición Activa (1994-1996). Miembro oficial de la delegación del Gobierno del Perú ante el IX Congreso Mundial de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Egipto, 1995. Miembro de la Comisión Permanente de Calificación de Indultos (1995-1996). Miembro de la Comisión de Indulto, Derecho de Gracia y Comutación de Penas para los Casos de Terrorismo y Traición a la Patria (2000-2001).

se encuentran vulnerados por las propias normas de nuestra legislación penitenciaria, tales como el Código de Ejecución Penal y el reglamento de dicho cuerpo normativo, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2003-JUS. Pese a que estas normas penitenciarias estipulan que a los internos solo se les debe privar de su libertad, cada uno de sus derechos fundamentales se encuentran «devaluados» en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando estos se refieren a las personas que viven en libertad.

Aquí no se pretende afirmar que la administración penitenciaria no respeta los derechos fundamentales del interno (situación de facto), sino que existen diversas normas de carácter penitenciario que vulneran lo establecido por la Constitución Política del Estado. Es decir, se va establecer cómo se ha diseñado un marco jurídico donde se considera a los internos como ciudadanos de segunda categoría, a diferencia de las personas que se encuentran en libertad, y que muchas de las discriminaciones que sufren (los internos) provienen, lamentablemente, de nuestra propia normatividad penitenciaria.

Para tal efecto, se acudirán no solo a las normas de carácter nacional sino también internacional, dada su importancia, al disponer la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretan de conformidad con los tratados internacionales ratificados por el Perú.

Del mismo modo, se acudirán fundamentalmente a las principales decisiones del Tribu-

nal Constitucional que directamente afectan a los derechos fundamentales de quienes viven privados punitivamente de su libertad. Debido entonces a que este trabajo se inscribe en el género de los estudios dedicados al análisis de los derechos humanos, deviene necesaria previamente una presentación referida a los derechos fundamentales de toda persona que se encuentra en libertad.

2. Los derechos fundamentales de la persona

La Constitución enarbola un conjunto de derechos fundamentales imprescindibles para el desarrollo de una sociedad libre y justa. Estos derechos se encuentran ubicados básicamente en el capítulo I del título I denominado «Derechos fundamentales de la persona».

El Tribunal Constitucional ha definido los derechos fundamentales como bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad⁽¹⁾, constituyendo componentes básicos estructurales del conjunto del orden jurídico-objetivo, puesto que son la expresión jurídica de un sistema de valores que por decisión del constituyente informan todo el conjunto de la organización política y jurídica⁽²⁾. Por lo tanto, afirma que estos constituyen mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan e irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada⁽³⁾. Por ello, se dice que los derechos fundamentales de la persona tienen como finalidad la protección unitaria e integral

(1) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6050-2004-AL, del 03 de junio de 2005, Fundamento Jurídico 72.

(2) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1042-2002-AA, del 06 de diciembre de 2002, Fundamento Jurídico 2.2.

(3) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0926-2003-AA, del 13 de marzo de 2003, Fundamento Jurídico 5.

de la persona en cuanto ser que posee dignidad. Y es esta dignidad la que justifica y explica estos derechos y le sirve de fundamento⁽⁹⁾.

Los derechos fundamentales presentan un amplio marco que sirve de límite tanto al Estado como al resto de las personas, enunciando las bases de un determinado sistema social, económico y jurídico que por el carácter abierto y difuso de las normas que los contienen adquieren un potencial de cambio y evolución de extraordinaria importancia con el fin de lograr un Estado al servicio del hombre y no un hombre al servicio del Estado. De tal manera que estos derechos no solo protegen a los ciudadanos de las arbitrariedades del Estado y de terceros, sino también que el Estado debe realizar todos los actos que sean necesarios para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales de toda persona.

Por otro lado, el artículo 3º ubicado en el capítulo I del título I de la Carta Fundamental establece, lo que en el derecho comparado se ha venido a denominar, la cláusula de los «derechos no enumerados», «derechos implícitos» o «derechos no escritos». Esto significa que el hecho que en este capítulo I existan una serie de derechos considerados fundamentales, no significa que estos sean los únicos derechos fundamentales de la persona. Por el contrario, significa que existen otros derechos de la persona que se encuentran recogidos adicionalmente en otras disposiciones de la Carta Constitucional⁽¹⁰⁾. Esto trae como consecuencia, como señala acertadamente Castillo Córdova, que todos los derechos recogidos en la Constitución

tengan un mismo reconocimiento y un mismo nivel de protección constitucional, no importando la expresión utilizada para designarlo, ya sea derechos fundamentales, derechos constitucionales o derechos humanos⁽¹¹⁾. Por tales motivos, no solo el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de opinión, la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, entre otros, constituyen derechos fundamentales o constitucionales, sino también el derecho al trabajo, el derecho de huelga y la seguridad social, entre los derechos sociales y económicos, y el derecho a elegir y ser elegidos, entre los derechos políticos, constituyen también derechos fundamentales.

El artículo 3º señala también la existencia de otros derechos –que no se encuentran expresamente establecidos en la Constitución– que tienen como sustento la dignidad de la persona humana, entre otros fundamentos. Es decir, estos derechos fundados en la dignidad del hombre gozan del mismo rango constitucional de los que aparecen estipulados en el artículo 2º. Se reconoce a la dignidad humana como un valor espiritual y moral que pertenece a toda persona, independientemente de su status o situación jurídica en la que se encuentre, sea o no persona privada de su libertad. La dignidad es un valor supremo, por tanto se halla exento de cualquier limitación o restricción. Como refiere Carpio Marcos, «el reconocimiento de nuevos derechos constitucionales a partir del principio de dignidad no solo debe tener como norte el rescate de determinados ámbitos de libertad del sujeto individual sino, incluso, en cuanto miembro y participe de un complejo de

(9) FERNÁNDEZ SERRANO, Carlos, «Los derechos fundamentales de la persona», en VV.AA., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. I, p. 31.

(10) CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra, Lima, 2005, p. 62.

(11) *Ibidem*, p. 67.

relaciones sociales⁷³. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional ha señalado que constituyen derechos fundados en la dignidad de la persona y, por tanto, son considerados también derechos fundamentales, el derecho a la personalidad jurídica⁷⁴ y el derecho a la verdad⁷⁵.

Los derechos fundamentales tienen límites intrínsecos y extrínsecos. Límites intrínsecos son los que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Y los límites extrínsecos son más numerosos y siempre vienen recogidos expresamente en la propia norma constitucional cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes o derechos constitucionales. Por ejemplo, el honor y la intimidad respecto de la libertad de expresión⁷⁶.

La diferencia entre ambos tipos de limitaciones a los derechos fundamentales se encuentra en los fundamentos de cada uno de ellos. Los límites intrínsecos aunque no estén recogidos expresamente por la norma constitucional se deducen de los valores reconocidos como superiores por la propia Constitución (artículo 1^o). Y los límites extrínsecos tienen su origen en las condiciones concretas en que cada derecho se desarrolla. Por ejemplo, en el caso de la inviolabilidad de domicilio, nadie puede ingresar en él sin consentimiento de la persona o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o de muy grave peligro de perpetración. O como en

el caso de la inviolabilidad de las comunicaciones que solo pueden ser abiertos, interceptados o intervenidos solo por orden judicial, con las garantías previstas en la ley.

Del mismo modo, el principio de reserva de ley prescrito en el artículo 2^o, inciso 24, literal d del texto constitucional impone que cualquier disposición que tenga por finalidad la regulación de derechos fundamentales debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior⁷⁷. En consecuencia, los reglamentos, las directivas y normas de inferior jerarquía nunca podrán regular ni modificar los derechos fundamentales que goza toda persona.

3. ¿Los reclusos gozan de los mismos derechos fundamentales que las personas que viven en libertad?

En esta parte del trabajo cabe preguntarse: ¿Los presos o reclusos gozan de los mismos derechos fundamentales que las personas que viven en libertad? ¿Todos estos derechos se encuentran restringidos por tratarse de personas privadas de su libertad?

En principio, la Constitución Política hace expresa referencia a que los derechos fundamentales son aplicables a «todas las personas» cuando señala en el artículo 2^o: «Toda persona

⁷³ CALVO MARCOS, Edgar, «Los derechos no enumerados», en VV.AA., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. I, p. 319.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2432-2007-PHC/TC, del 16 de noviembre de 2007, Fundamento Jurídico N° 14, en *JuS-Constitucional*, N° 1, Lima, 2008, p. 148.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2488-2002-HC del 18 de marzo de 2004, Fundamento Jurídico 13-16.

⁷⁶ MARELLI CASTELLANO, BORJA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 156.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1429-2002-HC/TC, del 19 de noviembre de 2002, Fundamento Jurídico N° 16.

tiene derecho [...]», artículo 7º: «todos tienen derecho [...]», artículo 23º: «Nadie está obligado [...]», entre otras disposiciones constitucionales. En consecuencia, cuando la carta magna alude a «todas las personas» significa que no admite excepciones para nadie. Pero existen unos límites extrínsecos que se encuentran establecidos en el artículo 2º, inciso 24, literales b, d y f de la Carta Fundamental, que restringen la libertad de locomoción para los reclusos.

Esto se corrobora con lo dispuesto en el artículo 1º del Código de Ejecución Penal, cuando establece expresamente que el recluso procesado o condenado goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad, con excepción de las limitaciones que impone la ley y la sentencia condenatoria. Esto en concordancia con el artículo V del Título Preliminar de dicho cuerpo normativo que también establece que el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena, prohibiéndose toda clase de discriminación racial, social, política, religiosa, económica, cultural o de cualquier otra índole, conforme al derecho de igualdad ante la ley prescrito en el artículo 2º, inciso 2 de la Carta Fundamental. Del mismo modo, el artículo 3º del Reglamento del Código de Ejecución Penal establece que la ejecución de las penas se deberán cumplir respetando los derechos fundamentales establecidos tanto en la Constitución Política como en los tratados internacionales. El sentido de estas normas penitenciarias es el de respaldar los derechos fundamentales de aquellos que por su situación jurídica (en este caso, los presos) tienen más oportunidades de sufrir la restricción de estos.

El Código de Ejecución Penal y su reglamento contienen una limitación muy grave, que es la de no mencionar de manera expresa junto a estas clases de penas a las medidas de seguridad, consecuencia jurídica de suma importancia.

Resulta inexplicable que el legislador se haya representado la necesidad de garantizar los derechos fundamentales del interno y no lo haya hecho extensivo a la persona que se encuentra sometido a una medida de seguridad cuando en estos casos existe un mayor riesgo de un relajamiento del principio de seguridad jurídica.

Como hemos señalado, en nuestro sistema penitenciario el interno (sea procesado o condenado) cuenta con iguales derechos fundamentales que una persona que vive en libertad, a excepción de aquellos afectados por la condena y las leyes. Cabe anotar la importancia de este precepto que exige tratar con dignidad al interno, respetar sus derechos como persona, favorecer su contacto exterior y procurar que la pena sea lo más atenuada posible para evitar la desocialización. Por tratarse de una norma de trascendental importancia referida a los derechos humanos de los reclusos, sector de mayor vulnerabilidad en nuestra sociedad, debió ser recogida en nuestra Constitución Política, tal como sucede en España que la establece de manera expresa en el artículo 25º, inciso 2, de su Constitución Política.

En lo que respecta a los tratados internacionales tenemos también que el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2º, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 1º de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen que toda persona goza de todos los derechos fundamentales proclamados en dichos tratados, sin distinción alguna. El artículo 10º, inciso 1 del Pacto Internacional y el artículo 5º, inciso 2 de la Convención Americana añaden que toda persona privada de su libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto a su dignidad inherente a todo ser humano. Como se puede apreciar, nuestras normas penitenciarias se conciben

perfectamente con las normas internacionales que no admiten limitaciones en los derechos fundamentales para las personas privadas de su libertad.

De otro lado, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tema, al establecer que en ningún caso se puede permitir desconocer la personalidad del individuo ni su dignidad. Ni siquiera cuando se trate de un recluso es posible dejar de reconocerle una serie de derechos que por su sola condición de ser humano le son consustanciales⁽¹²⁾, reconociéndole al recluso los derechos fundamentales inherentes a todo ser humano.

4. ¿Cuáles son los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad limitados por la condena y la ley?

Este precepto reconoce que el recluso pierde debido a su condición el goce de algunos derechos contemplados en el texto constitucional en dos casos: Por una sentencia condenatoria y por la ley.

En primer término, cabe apuntar cuáles son estos derechos restringidos por una sentencia condenatoria. Tratándose de una pena privativa de libertad, los derechos afectados por una sentencia condenatoria son la libertad ambulatoria o de locomoción en virtud de un fallo judicial. La condena limita la libertad ambulatoria o de locomoción del interno al establecer un tope temporal máximo de pena privativa de libertad. Esta pena restringe la libertad ambulatoria del recluso, restricción que no debe entenderse en términos absolutos porque, incluso, también dentro de la cárcel se le reco-

nocen al recluso ciertas parcelas de libertad. Pero, en todo caso, la pena privativa de libertad restringe ciertos derechos fundamentales que son inimaginables o impracticables en un estado de privación de libertad como el de inviolabilidad de domicilio y el de libertad de residencia, toda vez que no puede violarse el domicilio de un recluso cuando precisamente se encuentra recluido en un establecimiento penitenciario o que el recluso pueda elegir el lugar de su residencia cuando está privado de su libertad. En consecuencia, la condena restringe la libertad ambulatoria, así como hace impracticable, el derecho a elegir su lugar de residencia y el derecho a la inviolabilidad de domicilio, establecidos en el artículo 2º, incisos 10 y 11 de la Carta Fundamental.

En segundo lugar, cabe analizar cuáles son los derechos restringidos por la ley. Hemos señalado anteriormente que los reclusos gozan de todos los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, salvo que la propia Constitución restrinja estos derechos como límites extrínsecos, lo cual no ocurre porque la carta magna no admite excepciones. Entonces, debemos concluir que los internos gozan de todos los derechos fundamentales a excepción de los que la propia Constitución restringe o limite de manera expresa para el caso de los reclusos.

El artículo 51º del texto constitucional establece que las normas constitucionales prevalecen sobre toda norma legal, y esta sobre las normas de inferior jerarquía. Es decir, las leyes (o normas con rango de ley) no deben transgredir normas constitucionales, más aún si tenemos en cuenta que las leyes y reglamentos no solo deben elaborarse de conformidad con el

(12) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 019-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, Fundamento Jurídico N° 218, en RIVERO ALVARO, Luis, *Jurisprudencia penal Constitucional*, Jurista, Lima, 2005, p. 296.

procedimiento establecido en la carta magna, sino que también su contenido tiene que responder al mandato constitucional. De acuerdo con esta jerarquía ninguna norma inferior puede entrar en contradicción con una superior; una directiva no puede contradecir un reglamento; un Reglamento no puede contradecir una ley, y una ley no puede atentar contra la Constitución⁽¹³⁾. En otras palabras, las disposiciones que restringen o limiten los derechos fundamentales contenidas en el Código de Ejecución Penal, leyes especiales, Reglamento del Código de Ejecución Penal y Directivas nunca podrán contravenir lo dispuesto en la Constitución Política. Entonces, si estas normas penitenciarias atentan o vulneran la Constitución Política, estas devienen en inconstitucionales.

Seguidamente, se analizarán algunos de los más relevantes derechos fundamentales que afectan a la población reclusa, pero que las normas penitenciarias la vulneran expresamente. Estos son el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la inviolabilidad de las comunicaciones, el principio de legalidad, el no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, la prohibición de realizar un trabajo forzoso u obligatorio y la libertad sexual.

5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad

El reconocimiento de este derecho que se encuentra garantizado en el artículo 2º, inciso 2 de la Constitución Política es amplio para toda

persona, sin exclusión de nadie. Toda persona tiene derecho a desarrollarse libremente en su personalidad, sin ningún tipo de coacción psíquica y física. Como señala Fernández Sessarego, la personalidad es la manera de ser de la persona, es el modo como ella se extrovierte en el mundo y cualquiera sea la personalidad de cada persona, esta debe realizar a través de ella su proyecto de vida⁽¹⁴⁾. Entonces, nadie puede imponer coactivamente a otra persona que esta se desarrolle o comporte de la manera que no desea.

Este derecho tiene reconocimiento internacional en los artículos 1º y 3º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la dignidad, por eso el artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, del cual se desprende su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Del mismo parecer es el Tribunal Constitucional al referir que el derecho al libre desarrollo de la personalidad garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera del desarrollo de la personalidad, reconociéndole parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida cuyo ejercicio se vincula con el concepto constitucional de persona, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres⁽¹⁵⁾. Nuestro supremo

(13) Uzcuzo OLASCOSA, José, «Principio de legalidad en materia penal», en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, T. I, p. 260.

(14) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad, a la libertad y al bienestar» en AA.VV., *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, T. I, p. 34.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2368-2004-AA, del 24 de noviembre de 2004, Fundamento Jurídico N° 14, en *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 46.

intérprete de la Constitución también se ha pronunciado expresamente sobre este derecho fundamental en el caso de los reclusos. Afirma que la dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. Estos derechos no son absolutos por lo que pueden ser limitados o restringidos, pero en ningún caso, así se trate de un recluso, se puede permitir desconocer su personalidad como individuo y, por ende, su dignidad¹⁹⁹.

El artículo 97º del Reglamento del Código de Ejecución Penal establece que el tratamiento penitenciario es el conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos²⁰⁰. Este artículo debe ser concordado con el artículo 104º de dicho cuerpo normativo que dispone que el trabajo penitenciario es obligatorio para los internos condenados y voluntario para los internos procesados y que este forma parte del tratamiento terapéutico a que está sometido el sujeto privado de su libertad. Del mismo modo, el artículo 26º del Código de Ejecución Penal dispone que constituye falta disciplinaria cuando el recluso se niega a trabajar o a asistir a las actividades educativas, sin justificación alguna, lo que va a traer como consecuencia la aplicación de una sanción disciplinaria al interno. Esto significa que el trabajo y la educación, actividades sumamente importantes en el tratamiento del interno, son de carácter obligatorio para los reclusos. En consecuencia, nuestras normas penitenciarias indican que el tratamiento penitenciario, que implica la modifica-

ción del comportamiento del interno, es netamente obligatorio, es decir, se le impone coactivamente al recluso una determinado forma de comportamiento que, a lo mejor, él rechaza.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido que «la proyección del principio dignidad 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». Agrega que «el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir»²⁰¹. Esto significa que nadie, ni siquiera el Estado puede imponerle coactivamente al recluso una forma de comportamiento que él no quiere admitir, es decir, no se puede atentar contra el libre desarrollo de la personalidad del que goza todo recluso.

Como puede verse, esta jurisprudencia constitucional origina, como consecuencia, que todo el ideal resocializador del recluso a través del tratamiento terapéutico, paradigma de nuestro sistema penitenciario, se convierta en inconstitucional por considerarlo obligatorio para todos los reclusos. Este se basa justamente en modificar el comportamiento del recluso, imponiéndole de manera coactiva un conjunto de valores que él no desea admitir, lo que lo convierte en atentatorio al libre desarrollo de la personalidad del recluso.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, Fundamento Jurídico N° 217-218.

²⁰⁰ García Valcárcel, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1982, p. 193.

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2004, Fundamento Jurídico N°s 187-188.

Entonces, como podemos ver, los artículos 97° y 104° del Reglamento del Código de Ejecución Penal y el artículo 26° del Código de Ejecución Penal afectan el derecho al libre desarrollo de la personalidad del interno, el cual debe estar exento de todo tipo de coacción física y psíquica de parte de la administración penitenciaria.

Por otro lado, no estamos proponiendo que el tratamiento penitenciario, el trabajo y la educación del interno deban desaparecer de nuestro sistema penitenciario, todo lo contrario: deben seguir manteniéndose pero de manera voluntaria, sin coacción alguna. Como veremos más adelante en el ítem 10, el trabajo es un medio de realización de la persona (artículo 22° de la carta magna) y debe verse y practicarse como tal.

6. Prohibición de tratos inhumanos o degradantes

Este derecho fundamental se regula en el artículo 2°, inciso 24, literal h de la Constitución Política y está destinado a todas las personas, sin exclusión. En el ámbito internacional se encuentra establecido en el artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 5°, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹⁹⁾.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la prohibición de los tratos inhumanos o

degradantes se encuentra estrechamente vinculada con el derecho de dignidad de las personas garantizada en la Constitución Política y que ambos garantizan el derecho de vivir en condiciones de detención compatibles con las necesidades y requerimientos psicosomáticos de todo ser humano portador de dignidad, tratándose de derechos que titularizan todas las personas en su condición de seres humanos, independientemente de si se encuentran privadas de su libertad de locomoción, que vincula de manera específica a la administración penitenciaria⁽²⁰⁾.

En otra sentencia, el Tribunal Constitucional, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de la interpretación del artículo 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señala que el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad y que se está ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que esta reviste traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena, ya que de por sí, esta contiene un aspecto humillante. Lo importante es la forma y las condiciones en que la pena se ejecuta⁽²¹⁾.

Los artículos 27° al 33° del Código de Ejecución Penal establecen como sanción disciplinaria al interno que comete una falta disciplinaria el aislamiento hasta por treinta días, el que puede llegar incluso a cuarenticinco días, cuando la falta disciplinaria se comete dentro

(19) CARRASO TORRES, Percy. «Integridad moral, psíquica y física», en VVAA, *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, T. I, pp. 304-310.

(20) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0726-2002-HC/TC, del 21 de junio de 2002, Fundamento Jurídico N°s 6-9.

(21) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1429-2002-HC/TC, del 19 de noviembre de 2002, Fundamentos Jurídicos N°s 6-8; DERRAMATA DEL PASTOR, *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004, pp. 120-124.

de la vigencia de una sanción anterior de aislamiento, debiéndose cumplir en el ambiente que habitualmente ocupa el interno o en el que determina la administración penitenciaria⁽²⁰⁾. En buena cuenta, hasta por cuarenta y cinco días el interno puede estar aislado en cualquier parte del establecimiento penitenciario, lo cual está sujeto a muchas arbitrariedades y vulneración de derechos humanos.

El artículo 32° del Código de Ejecución Penal dispone que en estos casos, el interno no es exonerado del trabajo, siempre cuando lo pueda efectuar dentro del ambiente que lo ocupa y que, además, se le debe permitir material de lectura. Y el artículo 93° del Reglamento del Código de Ejecución Penal establece que durante el cumplimiento del aislamiento, el interno solo tendrá derecho a salir una hora diaria al patio, recibir una visita quincenal hasta de una persona por cuatro horas, recibir asistencia religiosa y la visita de instituciones humanitarias.

Al respecto Castillo Torres, siguiendo al Tribunal Constitucional español, señala que esta sanción no constituye privación de libertad sino que es un cambio en las condiciones habituales de detención y que no constituye un trato inhumano o degradante, salvo cuando por sus condiciones se llegue a un nivel inaceptable de severidad⁽²¹⁾.

Esta sanción de aislamiento a nuestro modo de ver constituye una sanción muy drástica y que acarrea sufrimientos de una especial intensidad, provocando una humillación o sensación de envilecimiento que alcanza un nivel distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena. Es de nivel distinto a la pena porque proviene de una sanción

disciplinaria que no forma parte de la pena y, aún más, no es como consecuencia de haber cometido un delito, sino más bien consecuencia de una falta administrativa. Y es de nivel superior porque el recluso, si bien es cierto se encuentra restringido de su libertad, se le reconoce ciertas parcelas de libertad dentro de la propia cárcel. Y esta sanción lo que hace es restringirle aún más su libertad de locomoción. Por tanto, no es un cambio de las condiciones de su detención sino, por el contrario, es una nueva forma de restricción de su libertad de locomoción.

Este confinamiento aislado es una forma de sanción que envuelve condiciones degradantes que aísla al interno del contacto con sus pares, debiendo ser en consecuencia proscrita del catálogo de sanciones disciplinarias. Si bien es cierto que durante su cumplimiento el interno puede tener contacto con el exterior, este es mínimo porque no tiene contacto con los demás internos, solo puede salir al patio una hora al día y tener una visita quincenal de una sola persona, asistencia religiosa y tener material de lectura. Esto significa que tras estar restringido de su libertad se le impone otra mayor restricción, pero en este caso no es por haber cometido delito alguno o estar sujeto a un proceso penal, sino por una sanción administrativa disciplinaria, lo cual hace que esta forma de ejecución penal oculte un envilecimiento diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de la condena.

En sí misma, esta sanción de aislamiento significa otra sanción penal adicional a la ya impuesta por la administración de justicia, constituyendo una forma de detención arbitraria. Más aún si tenemos en cuenta que es impuesta de manera arbitraria e ilegal por el Consejo Técnico Penitenciario, sin supervisión judicial,

(20) GARCÍA VALDEZ, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., pp. 121-140.

(21) CASTILLO TORRES, Percy, «Breves reflexiones sobre el procedimiento de aplicación de sanciones disciplinarias en cárceles», en *Comentarios al Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Lima, 2004, p.176.

como debía corresponder, conforme al principio de legalidad garantizado en nuestra Constitución, por el cual toda forma de detención debe ser en virtud de un mandato judicial²⁴⁰. Este tema lo analizaremos más profundamente en el ítem ocho de este trabajo.

7. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones

Nuestra Constitución Política señala en su artículo 2°, inciso 10, el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y que solamente pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. También se encuentra expresamente reconocido en el ámbito internacional en el artículo 12° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 17° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11°, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al señalar que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su correspondencia y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esa injerencias y ataques.

Este derecho se encuentra íntimamente vinculado al derecho a la intimidad que se proyecta a las comunicaciones en general de las personas, porque a través de ellas puede revelarse aspectos concernientes a aquel espacio que la persona reserva para sí, no existien-

do razón alguna que justifique la intromisión de las demás personas o del Estado²⁴¹. Incluso el Código Penal protege este derecho, tipificando en el artículo 161° la violación del secreto de las comunicaciones, debiendo estar ajenas las comunicaciones a toda intromisión y captura de las mismas. La protección de este derecho comprende toda clase de documentos privados, cartas, memorias, diarios o cualquier tipo de comunicación, sean cablegráficas, telefónicas, correos electrónicos y otros. El consentimiento de la propia persona es un factor determinante para la configuración o no de la trasgresión de este derecho fundamental²⁴².

Este derecho fundamental no es de carácter absoluto por cuanto tiene limitaciones, ya que las comunicaciones solo pueden ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas solo por orden judicial, debidamente fundamentada y con las garantías previstas en la ley.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse por este derecho fundamental al disponer que este derecho impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no está autorizado para ello, garantizando su no penetración y conocimiento por terceros, sean estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación²⁴³. A través de esta norma se busca salvaguardar que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo²⁴⁴.

²⁴⁰ Loc. cit.

²⁴¹ RIVERA BUSTOS, Itaki, «La 'devaluación' de los derechos fundamentales de las reclusos», en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 67.

²⁴² MORALES GODO, Juan, *Secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados*, en VVAA, *La Constitución comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. I, p. 139.

²⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2863-2002-AA/TC, del 29 de mayo de 2003, Fundamento Jurídico N° 3.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0774-2005-HC, del 8 de marzo de 2005, Fundamento Jurídico N° 24, en *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 112.

El artículo 38° del Reglamento del Código de Ejecución Penal señala que el portador de la correspondencia en un establecimiento penitenciario deberá exhibir al personal de seguridad el contenido de la misma, debiendo asegurarse que el contenido de la misma no sea perjudicial para la seguridad del penal. Añade que en los casos de régimen cerrado especial, toda la correspondencia será revisada por el personal de seguridad, en presencia del interno o el portador de la correspondencia. Por tal motivo, toda correspondencia que es remitida al recluso debe ser abierta obligatoriamente en presencia de o por el personal de seguridad del establecimiento penitenciario, lo cual es a todas luces inconstitucional.

Esto constituye nuevamente una violación a las normas de la carta magna, porque el mandato constitucional exige previamente la orden judicial para la revisión de la correspondencia, más aún si tenemos en cuenta que el personal de seguridad del establecimiento penitenciario será el encargado de asumir la función que le corresponde a una autoridad jurisdiccional, función que no la tiene. Todo esto nos lleva a pensar que los internos son considerados por nuestra legislación penal como ciudadanos de segunda categoría o de otra categoría diferente a la de los ciudadanos que viven en libertad¹⁹⁹. En todo caso, se debe asignar un control judicial a la revisión de correspondencia en los establecimientos penitenciarios²⁰⁰, lo cual es casi improbable porque no existen en nuestro país los jueces de ejecución penal, cuestión suma-

mente grave a pesar de que el texto constitucional lo prescribe (artículo 139°, inciso 22).

8. El principio de legalidad

Este principio se encuentra establecido en el artículo 2°, inciso 24, literal d de la carta magna cuando señala que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Es decir, a ninguna persona se le puede restringir su libertad si es que no ha cometido delito alguno, y esta debe ser impuesta en virtud de una sentencia condenatoria emanada de una autoridad judicial²⁰¹. Y para el caso de los internos procesados, señala el artículo 2°, inciso 24, literal f, que nadie puede ser detenido sino por orden escrita y motivada de la autoridad judicial, lo que se denomina medida cautelar o coercitiva en el proceso penal. En otras palabras, para cualquier forma de detención, esta requiere obligatoriamente que sea por orden judicial en virtud de una sentencia condenatoria o de un proceso penal. Del mismo modo es reconocido en los tratados internacionales, lo recoge el artículo 11°, inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Como hemos señalado en el ítem 6 de este trabajo, el aislamiento²⁰² en celdas prescrito en los artículos 27° al 33° del Código de Ejecución

¹⁹⁹ RIVERA BERRA, «La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos», cit., p. 73.

²⁰⁰ ALONSO CASTROJA, Jesús, «Administración y jurisdicción penitenciaria: responsabilidades y conflictos», en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 93.

²⁰¹ DÍAZ DE OLIVERA, José, «Principio de legalidad en materia penal», cit., p. 258.

²⁰² CASSELLA TORRES, Percy, «Breves reflexiones sobre el procedimiento de aplicación de sanciones disciplinarias en cárceles», en *Comentarios al Reglamento del Código de Ejecución Penal*, Defensoría del Pueblo, Lima, 2004, pp. 167-184.

ción Penal es una sanción que directamente implica restricción de libertad. Por tanto, única y solamente por vía judicial puede imponerse. En ningún caso, una restricción de libertad como esta, puede imponerse por una autoridad que no sea la judicial. En este caso, la sanción de aislamiento es impuesta por el Consejo Técnico Penitenciario, compuesta por un abogado, un psicólogo y un asistente social, funcionarios de la administración penitenciaria que no tienen, de ninguna manera, funciones jurisdiccionales. Es más, al recluso por haber cometido una falta disciplinaria, de carácter administrativo, nunca se le podrá imponer una restricción de su libertad en virtud del principio de legalidad. Si un interno comete falta disciplinaria se le debe imponer cualquier sanción que no sea la restricción de libertad. Esto conforme al artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General que dispone que ninguna sanción administrativa habilitará a disponer la privación de libertad.

Hay tal confusión en las normas referidas al régimen disciplinario del interno, que se confunde el Derecho administrativo con el Derecho penal. Por ejemplo, en el artículo 78° del Reglamento del Código de Ejecución Penal se dispone que si la conducta se ha limitado a la tentativa de una falta disciplinaria grave se deberá aplicar la sanción prevista para la leve y que la tentativa en las falta disciplinaria leve no será sancionable, es decir, cabe la tentativa en las faltas disciplinarias, aunque sea para las faltas graves. Cabe señalar que el Libro Tercero de nuestro Código Penal referido a las faltas penales, en su artículo 440°, dispone que no es punible la tentativa en cualquier tipo de faltas,

a excepción del primer y segundo párrafo de los artículos 441° y 444° referidos a las faltas contra la persona y contra el patrimonio, respectivamente. Esto convierte a las faltas administrativas penitenciarias con mayor punibilidad que las propias faltas de nuestro Código Penal, lo cual es un absurdo. Más aún, si no existe en el derecho administrativo el concepto de tentativa que es de connotación netamente penal.

Esto significa que nuestro reglamento penitenciario le otorga a las faltas disciplinarias un confuso tratamiento parecido al de los delitos. Se trata de un procedimiento que no solo atenta contra la dignidad del interno y a la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, como hemos explicado en el ítem 6 de este trabajo, sino que también se atenta contra el principio de legalidad impuesto por nuestra Constitución Política.

En conclusión, como podemos ver, la administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento ni de ninguna clase que implique restricción de libertad aunque sea de un día de duración porque esta es una exclusiva facultad de la administración de justicia⁶⁰.

9. El derecho al debido proceso y el principio de *ne bis in idem*

El derecho al debido proceso se encuentra recogido en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política y consagra el principio de *ne bis in idem*. El Tribunal Constitucional ha referido que el *ne bis in idem* constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso⁶¹. Significa que ninguna persona puede

60) MANELLI CARRERINA, Berja, «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en *Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 26.

61) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0728-2003-RC, del 14 de abril de 2003. Fundamento Jurídico N° 2.

ser sancionada dos veces por el mismo hecho y con idéntico fundamento (bien jurídico)⁵⁹.

Este principio constitucional se encuentra recogido expresamente en el artículo 230º, inciso 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que dispone que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento⁶⁰.

Este principio sancionador presupone la existencia de dos ordenamientos sancionadores en el Estado que contienen una doble tipificación de conductas: el penal y el administrativo. Al respecto Morón Urbina señala que este principio intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal⁶¹.

El artículo 24º del Código de Ejecución Penal señala que las faltas disciplinarias se sancionan sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. Es decir, se permite indebidamente que un interno sea sancionado dos veces por un mismo hecho, sea sancionándolo administrativamente como imponiéndole también una pena, cuando se ha apreciado la triple identidad, lo cual es atentatorio al principio de *ne bis in idem*.

Esto trae mayores problemas cuando se tipifica, por ejemplo, en el artículo 25º, inciso 7 del Código de Ejecución Penal, como falta

grave, la instigación o participación en motines, el cual también se encuentra tipificado como delito en el artículo 415º del Código Penal. Es decir, se sanciona la participación del interno en motines tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito penal, lo cual va a originar definitivamente la vulneración de *ne bis in idem*. No se puede tipificar como faltas administrativas conductas tipificadas en el Código Penal porque también podría tipificarse el homicidio, el asesinato y otros delitos como falta disciplinaria, lo cual es un absurdo ya que contraviene el principio de legalidad establecido en nuestro texto constitucional.

Por tanto, se está transgrediendo el principio constitucional del *ne bis in idem*, toda vez que este principio se aplica a toda persona que esté cumpliendo una pena privativa de libertad o se encuentre viviendo en libertad⁶². Como es de verse, este artículo debe ser derogado de nuestro Código de Ejecución Penal.

10. Prohibición de realizar un trabajo forzoso u obligatorio

Este derecho constitucional que se encuentra recogido en el capítulo II del título I de la Constitución Política denominada «De los derechos sociales y económicos», como hemos señalado en el ítem 2., constituye también un derecho fundamental de la persona. El artículo 23º, último párrafo, establece que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

59 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2856-2004-AA/TC, del 24 de noviembre de 2004, Fundamentos Jurídicos N°s 4-5.

60 CANCHA AGUILAR, OMBE, «El principio de *ne bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador: el control al exceso de la potestad sancionadora del Estado», en *JuS-Doctrina & Práctica*, N° 1, Lima, 2008, p. 524.

61 MORÓN URBINA, JUAN CARLOS, «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General», Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 636.

62 MARILLI CARRASINA, BORJA, *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 266.

En esta disposición constitucional se establecen tres supuestos que estarían prohibidos:

- a. Trabajo libre, es decir, existe la voluntad de trabajar de manera onerosa pero no se remunera.
- b. Trabajo no libre y no remunerado, es decir, no existe la voluntad de trabajar, se obliga a hacerlo y no se remunera el mismo.
- c. Trabajo no libre y remunerado, es decir, no existe la voluntad de trabajar, se obliga a hacerlo y se remunera el mismo³⁹⁹.

En todos estos casos estamos ante un trabajo forzoso u obligatorio, siendo su eje central la falta de libertad en la decisión de trabajar. Como se puede apreciar esta prohibición se extiende también a todos los reclusos porque el artículo constitucional se aplica a todas las personas. Por otro lado, el artículo 8º, inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 6º, inciso 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de forma similar establecen también que nadie será obligado a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

Del mismo modo, el artículo 22º de la Constitución Política señala que el trabajo es un deber y un derecho y que es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona. El Tribunal Constitucional ha establecido que este derecho al trabajo comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedi-

carse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libertad para aceptar o no un trabajo, entre otros⁴⁰⁰. Es decir, el recluso no puede ser obligado a trabajar porque este constituye un derecho a través del cual el interno busca realizarse como persona humana.

El artículo 104º del Reglamento del Código de Ejecución Penal establece que el trabajo penitenciario es obligatorio para los condenados como parte del tratamiento terapéutico adecuado a los fines de la resocialización, lo que se encuentra en clara contradicción con lo dispuesto por la norma constitucional⁴⁰¹. Del mismo modo, el artículo 2º, inciso 15 de la Constitución Política señala que toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley, es decir, sin ser coaccionado u obligado de alguna u otra manera. En consecuencia, el trabajo que es un derecho fundamental no puede ser vulnerado por ninguna clase de detención, bajo pena de convertirse en una nueva sanción no autorizada.

En conclusión, respecto del trabajo, debemos precisar y ser enfáticos en esto: no estamos proponiendo que el trabajo deba ser proscrito del Código de Ejecución Penal. Por el contrario, debe ser mantenido pero en su real dimensión, como derecho fundamental del interno, compatible con la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona⁴⁰², que de ninguna manera debe ser impuesto coactivamente por el Estado, sino debe ser realizado de manera voluntaria al constituir este un medio de la realización de la persona.

³⁹⁹ Cortés Caxellán, Juan Carlos, et al., «Promoción del trabajo, empleo productivo y educación para el trabajo», en AA.VV., *La Constitución peruana*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, T. I, p. 530.

⁴⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4058-2004-AA, del 28 de enero de 2005, Fundamento Jurídico N° 5.

⁴⁰¹ De Tienda García, Jordi, «¿Dónde está el tratamiento?», en *Instituto penitenciario y derechos fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 217.

⁴⁰² García Valdez, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, cit., p. 191.

11. El derecho a la libertad sexual

El derecho a la libertad sexual encuentra su fundamento en el artículo 3º de nuestra Constitución Política, que establece que existen otros derechos fundamentales de la persona que se fundan en la dignidad del hombre, entre ellos, la libertad sexual, que tiene relación directa con el derecho a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad ya que a través de esta el sujeto logra su autorrealización como persona. Los atentados a la libertad sexual poseen para el individuo un claro matiz diferenciador frente a otros atentados a la libertad en esferas vitales no tan vinculadas a la autorrealización personal. El prohibir su ejercicio merece un peculiar enfoque valorativo, derivado del hecho de que supone privar a la víctima de la libre disposición de una de las dimensiones de la personalidad y de su existencia dotada de una mayor aportación personal en cuanto a su sentido y consiguiente ejercicio⁴⁹¹.

Cabe agregar que la libertad sexual se encuentra expresamente reconocido como bien jurídico protegido en el capítulo IX del título IV del Código Penal, es decir, se reconoce su alta importancia y trascendencia para el desarrollo de toda persona. Su importancia es tal que se imponen penas muy severas a todos aquellos que vulneran dicho derecho, entre ellos la cadena perpetua.

El artículo 197º del Reglamento del Código de Ejecución Penal regula la visita íntima de los reclusos, señalando que esta constituye un beneficio penitenciario, al cual pueden acceder solo los casados y los convivientes. Esto

trae como lógica consecuencia que se encuentre prohibida la visita íntima para los solteros.

Resulta inexplicable que los internos solteros o solteras vean restringido ese derecho, como si ellos no tuvieran derecho a la libertad sexual⁴⁹². El derecho a la libertad sexual lo tiene toda persona, sin importar su estado civil o condición alguna, porque, de lo contrario, se le estaría discriminando como persona, vulnerándose también de esta manera el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política, que establece la igualdad ante la ley.

Lo que es peor aún, este derecho a la visita íntima es considerado, inexplicablemente, en nuestro Código de Ejecución Penal (artículo 42º), como un beneficio penitenciario, es decir, como un estímulo que forma parte del tratamiento penitenciario del interno, cuando se trata en realidad de un derecho fundamental de la persona, sea casado o soltero, que debe ser practicado sin riesgos por el interno y su pareja, de manera que ejercite su autodeterminación sexual con quien desee y, por supuesto, siempre cuando se cumpla las reglas básicas de prevención sexual.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema de manera equívoca. Señala que la visita íntima constituye un beneficio penitenciario que tiene por objeto el mantenimiento de la relación del interno con su cónyuge o concubino y que su concesión está sujeta no solo al cumplimiento de determinados requisitos sino también a la valoración positiva que le corresponde analizar y resolver a la administración penitenciaria⁴⁹³. Igual criterio sostiene Francia Sánchez, al se-

⁴⁹¹ DIEZ RAPELLA, José Luis, *La protección de la libertad sexual*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 24.

⁴⁹² MAVILA LEÓN, Rosa, «Estudio sobre los establecimientos carcelarios con población femenina», en *Situación actual de la ejecución penal en el Perú*, Vol. 3, Lima, 1998, p. 251.

⁴⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2750-2006-PHC/TC, del 23 de marzo de 2007, Fundamentos Jurídicos N°s 19-20.

afalar que este es un beneficio penitenciario, pero que su denegación y restricción debe obedecer a motivos objetivos y razonables¹⁹⁰. En buena cuenta, si el recluso tiene buena conducta dentro del establecimiento penitenciario podrá tener relaciones sexuales con su pareja, por el contrario, si no se ha portado bien durante su reclusión no podrá tener relaciones sexuales. Esto resulta inexplicable.

Se equivoca de sobremanera el Tribunal Constitucional porque la visita íntima constituye un derecho a la libertad sexual y, por tanto, lo goza toda persona, al margen de su estado civil. Si bien es cierto, el Código de Ejecución Penal la regula como beneficio penitenciario, el Tribunal Constitucional debió haberse pronunciado que este constituye un derecho fundamental y, por tanto, aplicable a los internos solteros y solteras.

12. Conclusiones

Se ha comprobado la vulneración de los derechos fundamentales de los reclusos en el momento de la creación de la norma jurídica, lo que hace que el preso sea considerado un ciudadano de segunda categoría. Y todo ello, sin haber hablado todavía de la situación de facto en la cual se encuentran las cárceles del país.

Disponemos de un marco normativo que posee diversas incongruencias que es necesario solucionar mediante modificaciones o derogaciones de las normas penitenciarias analizadas. Necesitamos un sistema penitenciario coherente y íntegro que respete los derechos fundamentales del interno, bajo los lineamientos que impone el trato digno y humano para las personas privadas de su libertad. ■

190 FRANCIS SÁNCHEZ, LUIS. «Constitucionalidad en la reclusión de internos en la Base Militar del Callao», en *JuS-Constitucional*, N° 1, Lima, 2008, pp. 133-134.