

NORMAS LEGALES

ANÁLISIS JURÍDICO

DOCTRINA • COMENTARIOS • JURISPRUDENCIA • CONSULTAS • DOCUMENTOS

Setiembre 2005 - Normas Legales Tomo 352

CIVIL

CONSTITUCIONAL

LABORAL

PENAL

PROCESAL CIVIL

Normas
EDITORIA
Legales

**AÑO LXIII
2005**



NORMAS LEGALES

ANÁLISIS JURÍDICO

DOCTRINA • COMENTARIOS • JURISPRUDENCIA • CONSULTAS • DOCUMENTOS

Setiembre 2005 - Normas Legales Tomo 352

DIRECTOR: Luis Carlos Santa María Meoq

SECCIÓN CIVIL: Judith Marlene Linares Cubas

SECCIÓN CONSTITUCIONAL: José Paulo Césare Sifuentes

SECCIÓN LABORAL: Norelli Yóplack Zumaeta, Manuel Antonio Ledesma Jacinto

SECCIÓN PENAL: Yolanda R. Murillo Armas

SECCIÓN PROCESAL CIVIL: Eriana Vigo Cabrera

DIAGRAMACIÓN: Rocío Rodríguez Quiñones

DISEÑO GRÁFICO: Eduardo A. Castro Joulain

DIVISIÓN GRÁFICA: Edilberto Paredes Briceño

COLABORADORES PERMANENTES:

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho de la Universidad de Piura

Facultad de Derecho de la Universidad de Chiclayo

Estudio Jorge Avendaño V. Abogados

Estudio Figueroa Gutarra Abogados

PORTADA: "Ambiguo" / Leonora Velásquez Di Doménico / 70cm. x 50cm. / Acrílico / 2004



Contenido

CIVIL

DOCTRINA

- La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda
Dr. Leonardo B. Pérez Gallardo 3

COMENTARIO LEGAL

- La responsabilidad civil por prestación médico-asistencial
Manuel Miranda Canales 45

JURISPRUDENCIA

- Desalojo por ocupación precaria 51
- Prescripción adquisitiva de dominio 54
- Libertad de contratar 57
- Obligatoriedad de los contratos 64
- Responsabilidad objetiva: indemnización por daños y perjuicios 68

CONSULTA LEGAL

- Responsabilidad extracontractual 73

DOCUMENTO LEGAL

- Inventario judicial 77

CONSTITUCIONAL

DOCTRINA

- La interpretación constitucional
Anibal Quiroga León 83
- La seguridad jurídica del *ne bis in idem* y de la cosa juzgada cuando se ampara una excepción de naturaleza de acción. La debida protección a través de un hábeas corpus conexo
Fernando V. Nariñez Pérez 99

COMENTARIO LEGAL

- El Principio de la Dignidad Humana y la Función Jurisdiccional
Giuliana Carmen Brindani Ferrás Rios 115
- Disposiciones Generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento
José Paulo César Silvestre 117

JURISPRUDENCIA

- Devolución de pagos indebidos por concepto del impuesto a los Juegos Tragamonedas 125
- Nulidad de juicios donde los jueces y fiscales tienen identidad secreta 128
- Cumplimiento de una norma legal aparentemente opuesta a los mandatos constitucionales 131
- Condición del pago de la obligación tributaria para que se admita una demanda 138
- Disponen la inaplicación del D.U. N° 078-2000 que suspende el ingreso a los CETICOS de vehículos automotores de transporte de pasajeros con más de 9 asientos y de transporte de carga con peso bruto vehicular mayor a 3,000 kilogramos 141
- Nomenclamiento como docente por haber ganado la referida plaza por concurso público 144

CONSULTA LEGAL

- En torno al Código Procesal Constitucional 147

DOCUMENTO LEGAL

- Demanda de Amparo 151

LABORAL

DOCTRINA

- ¿Reformular las teorías del derecho del trabajo?
Gonzalo Oscar Cuatrecasas 155
- El trabajo en la era digital: análisis de la relación contractual
Rosa Laguna Quiroz 165

JURISPRUDENCIA

- Cálculo de la pensión adelantada: porcentaje de reducción 179
- Asignación familiar por convenio vs. Asignación familiar de trabajadores cuyas remuneraciones no se regulan por negociación colectiva 182
- Debido proceso laboral: violación del principio lógico de razón suficiente 185
- Debido proceso laboral: potestad nulificante del juzgador 188
- Tercería preferente de pago: conflicto de prevalencia de créditos en el proceso laboral 191
- Acto de hostilidad: rebaja de remuneración o categoría 194

CONSULTA LEGAL

- Indemnización por falta de descanso 197

DOCUMENTO LEGAL

- Convenio de acumulación de vacaciones 201

PENAL

DOCTRINA

- El fracaso de la pena privativa de la libertad
José Emilio Cabañero Miranda 205
- La excarcelación por vencimiento del plazo (razonable) en la detención judicial preventiva
Luis Castillo Córdova 209

COMENTARIO LEGAL

- La resocialización y vulneración de derechos fundamentales del interno en el sistema penitenciario peruano
Ivan Paredes Yataco 221

LA RESOCIALIZACIÓN Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO EN EL SISTEMA PENITENCIARIO PERUANO

IVAN PAREDES YATACO* ✍

SUMARIO: I. Introducción.- II.- La resocialización en nuestro sistema penitenciario.- III.- Algunos derechos fundamentales del interno vulnerados por nuestra normatividad penitenciaria.

I. INTRODUCCIÓN.-

1.1. El objeto de estudio de este trabajo es analizar cuál es el contenido del concepto "resocialización" existente en nuestra Constitución Política del Estado, toda vez que ésta constituye el objeto de la ejecución penal en nuestro sistema penitenciario y, a partir de ello, demostrar que existen diversos derechos fundamentales del interno garantizados por nuestra Carta Magna que se encuentran vulnerados por las propias normas del Código de Ejecución Penal y de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2003, del 11 de septiembre del 2003.

1.2 Aquí no pretendemos demostrar que tales derechos fundamentales no

sean respetados por la administración penitenciaria, sino que vamos a demostrar que diversas normas penitenciarias vulneran lo establecido por la Constitución Política. Es decir, vamos a establecer cómo se ha diseñado un marco jurídico donde muchas de las discriminaciones que sufren los internos provienen lamentablemente de nuestro propio ordenamiento jurídico.

II.- LA RESOCIALIZACIÓN EN NUESTRO SISTEMA PENITENCIARIO.-

2.1. La denominada "resocialización" conocida también como reinserción, reincorporación, rehabilitación,

* Abogado, Estudios de Maestría en Derecho Penal de la PUCP, Profesor de Derecho Penitenciario y Criminología en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Profesor de Derecho Penal en la UNPE, Presidente del Instituto Nacional Penitenciario (1990-1993), 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 Educación 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, realizada en El Cairo, 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 Termino y Tránsito a la Paria (200-2001).

reeducación y corrección, es reconocida como uno de los fines de la pena, como prevención especial positiva.¹ En buena cuenta, ésta pretende que el autor del delito no delinca más en el futuro y asuma las normas fundamentales que regulan la convivencia social a través del tratamiento, logrando la resocialización del mismo a través de la pena.² Lo cierto es que este concepto ha permitido en el pasado y en el presente diversas interpretaciones. La resocialización no tiene un contenido concreto y determinado, y por ello cada autor le atribuye una finalidad distinta de acuerdo a su personal ideología. Esta tiende a considerar al delincuente como un sujeto que padece determinadas carencias somáticas, síquicas o sociales y es sobre el total de su persona donde se aplica las medidas resocializadoras.³ Es decir, se parte del delincuente como objeto único y principal del tratamiento, buscando que la pena procure incidir positivamente en el condenado de forma que éste desista en el futuro de incurrir en la comisión de nuevos delitos y facilite su digno retorno a la comunidad.⁴ El hombre pasa a ocupar el centro primordial de la reflexión científica, lo importante no es sancionar de forma implacable al culpable, sino orientar el cumplimiento y ejecución del castigo de tal manera que éste pueda reportar alguna utilidad al delincuente.

2.2. La resocialización propugna, entonces, neutralizar en lo posible los

efectos nocivos inherentes al castigo, a través de una mejora sustancial del régimen de ejecución de éste, sugiriendo una intervención positiva en el condenado que, en lugar de estigmatizarlo con una marca indeleble, le habilite para integrarse en la sociedad, de forma digna y activa, sin traumas ni limitaciones.⁵ Se trata de aplicar tratamientos o terapias científicamente avaladas que faciliten la posterior integración social del infractor, que no lo limiten sino que potencien sus expectativas de participación social, toda vez que han cometido el delito debido a un déficit en el proceso de socialización que ocasiona el aislamiento del infractor y su conflicto con las pautas y exigencias sociales. Se afirma que esto, además de justo y humano, es útil para las dos partes. Es útil para la sociedad, que puede reducir así la tasa de criminalidad a largo y medio plazo. Y es útil para el delincuente, que puede volver a vivir en libertad sin que la pena que acaba de cumplir lo aparte definitivamente de una convivencia social normal en condiciones de igualdad con las demás personas. Entonces, el objetivo fundamental de la intervención punitiva sería integrar al delincuente en la sociedad, prestándole la asistencia necesaria para que asuma su propia responsabilidad. Por ello, el derecho del Estado de corregir al delincuente o de orientar la ejecución de la pena a la modificación de la personalidad o convicciones del condenado en base a un

1 Serrano Melillo, Alonso. *Introducción a la Criminología*. Ana Editores, Lima, 2004, p.273; Peña Cabrera, Raúl y Francisco Aparicio, Manuel. *Comentarios al Código de Ejecución Penal*. Editorial Fesal, Lima, 1999, p. 57; Sibero-Hugo Vitzaco. *Derecho Penitenciario Peruano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2004, pp. 34-35.

2 Héssner, Wilfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Trant lo Blanch, Valencia, 2001, p.238 y 247.

3 Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975; Vitzaco, Sibero Hugo. *Derecho Penitenciario Peruano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Lima, 2004, p.39.

4 Prado Salazar, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p.29; Demetrio Orrego, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca España, 1992, p.64.

5 García Pablos de Molina, Antonio. *Tratado de Criminología*. Trant lo Blanch, Valencia, 1999, p.911.

tratamiento, entendido como el conjunto de actividades específica y exclusivamente dirigidas a la neutralización etiológica del comportamiento criminal del condenado.

2.3. De otro lado, para que este tratamiento no constituya una manipulación del interno, ni que se le trate como a "un conejillo de indias", éste no debe ser obligatorio, sino más bien voluntario, donde el sometimiento debe ser totalmente espontáneo. Por ello se debe insistir en la autonomía del sometido a tratamiento, es decir, en su libre decisión para aceptar y conformar la terapia, pues, de no darse estas condiciones, estarían fundadas las clásicas objeciones formuladas por los partidarios de la teoría retribucionalista de la pena, en cuanto que el tratamiento resulta más bien un condicionamiento de la conducta que una ayuda para los problemas humanos.⁶

2.4. Sin embargo, el concepto "resocialización" ha sido objeto de duras y diversas críticas. Así pues, Prado Saldarriaga señala que la pena tal como se expone en las teorías relativas manipula la consciencia colectiva o individual de las personas. A través de la pena, el Estado influencia e instrumentaliza políticamente a la población, neutralizando o interfiriendo en sus valores, patrones conductuales, expectativas y desarrollos.⁷ Se afirma también que la labor que dentro del desarrollo de la pena puede realizarse a favor de la resocialización del delincuente es tan escasa que de ninguna forma podría este concepto orientar la política peniten-

ciaria, ya que éste es un proceso complejo sujeto a variaciones de multitud de factores exógenos y endógenos en gran parte desconocidos, que ni siquiera un control absoluto de la personalidad a lo largo de la vida podría garantizar la adaptación del individuo a unas normas sociales. Por ello, la resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza metapenitenciaria. Además, cabe tener en cuenta que la resocialización se tiene por legitimada sólo cuando garantiza la libertad y autonomía de la persona. Un proceso que condujese al individuo a un comportamiento dependiente estaría en contradicción con los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho. Como señala Bacigalupo, "toda resocialización que tienda más allá encerraría el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista".⁸

2.5. Es así como la resocialización que aparece según sus teóricos como un proceso liberalizador, se convierte en un instrumento deshumanizado que conduce a la destrucción de la persona, convirtiéndose en desocialización. Por eso Muñoz Conde afirma que todo intento resocializador supone la imposición de una idea a costa de la autonomía del individuo y que los establecimientos penitenciarios no son lugares idóneos para la terapia social y el tratamiento, por lo que, al contrario, fomenta la delincuencia y produce la desocialización de las personas que ingresan a ella.⁹

6 Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología*. Trancés Blanch, Valencia, 2001, p.251.

7 Prado Saldarriaga, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del delito en el Perú*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 31.

8 Bacigalupo, Enrique. *Significación y Perspectivas de la Opinión "Derecho Penal-Político Criminal"*. En *Revista Internacional de Crim. Penal*, Nº 1, 1979, pp. 24-25.

9 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Invest. Juríd., 1985, p.116. Del mismo autor: Raúl A. Peña Cuevas y Manuel Priamonte Aparicio. *Comentarios al Código de Ejecución Penal*. Editorial Penal, Lima, 1984, p. 80.

2.6. Es más las cárceles se constituyen en escuelas de formación del delincuente porque ocasiona el aprendizaje de formas y modos de conducta delictiva. Por ello se habla del mito o de la utopía de la resocialización, alzándose voces de protesta contra la ideología del tratamiento resocializador, tratándose de un espejismo engañoso realizable ficticiamente en todo el mundo. Zaffaroni afirma que, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, la prisión siempre es deteriorante, más aún si ésta es prolongada, por lo que la resocialización no constituye una utopía, sino más bien un absurdo,¹⁰ porque tratar de enseñarle a vivir en libertad a alguien privado de libertad es como enseñarle a jugar fútbol a alguien dentro de un ascensor.¹¹ La resocialización debe tener un contenido uniforme que permita su eficaz aplicación, que no quede reducido este importante instrumento de cambio de la pena a una justificación legal de ensayo de nuevas técnicas de control de la personalidad y de la conducta humana. Por último, si bien es cierto, la aceptación al tratamiento terapéutico puede ser voluntario, lo que es peor, éste puede ser impuesto obligatoriamente, de manera encubierta, al otorgársele beneficios penitenciarios a los internos. Incluso la excarcelación si se somete a éste. En otras palabras, de una u otra manera, el tratamiento siempre va a atacar contra la libre autonomía y la dignidad de la persona humana.

2.7. Ante estas duras críticas formuladas por la doctrina contemporánea,

entendemos que este concepto debe tener un contenido estricto y netamente penitenciario, es decir, su aplicación debe darse dentro de todo este proceso que es la ejecución de la pena, por lo que debemos de tratar de neutralizar al máximo posible el efecto deteriorante de esa particular forma de institucionalización, ofreciéndole los elementos para que aumente su nivel de invulnerabilidad frente al ejercicio del poder punitivo.

2.8. Es por ello que, siguiendo en parte a Borja Mapelli, debemos entender la resocialización como un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad, por la cual, éstas deben adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad y contrarrestar las consecuencias dañinas de esta privación de libertad.¹² En otras palabras, la resocialización debe asegurar las condiciones de vida compatibles con la dignidad humana, que sea posible vivir en prisión como persona digna, y que los internos sean preservados del daño que supone vivir en una cárcel. Zaffaroni por eso señala que en prisión debe otorgarse al interno un trato lo menos incompatible con los derechos humanos, debiendo tener tres importantes características: que el trato sea lo más humano posible, que sea lo menos deteriorante y que se le ofrezca al interno la posibilidad de abandonar el papel que motivó su selección criminalizante.¹³ Es decir, se trata también de atenuar gradualmente la ejecución y de compensar en lo

10 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo*. En: Cuadernos de la Cárcel, Edición Especial de "No Hay Destino", Buenos Aires, 1981, p. 61.

11 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Sentido y Justificación de la Pena*. En: Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p. 40.

12 Mapelli-Calturino, Sora. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1983.

13 Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales*. En: Jornadas sobre Sistema Penitenciario y Derechos Humanos. Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p. 191.

posible las condiciones de vida de los presos en libertad.

2.9. Entonces, así entendida la resocialización no depende de los resultados de los programas terapéuticos porque ésta se encuentra preocupada fundamentalmente en disminuir la dañinidad de la pena. Esta resocialización no necesita justificarse en base al resultado de los programas terapéuticos, sino que la atenuará al margen del comportamiento del condenado, al margen del tratamiento. Se trata de que la vida en prisión se asemeje lo más posible a la vida en libertad y que sean contrarrestadas sus consecuencias dañinas. Por ello, el carácter circunstancial que adquiere el tratamiento penitenciario en virtud de la diferenciación entre resocialización y tratamiento, favorece que éste tenga una mayor autonomía y pueda desarrollarse al margen de la coacción y de la presión psicológica que representa la pena.

2.10. Este proceso resocializador se convierte en un mandato ineludible que ordena y da significación a la actividad legislativa y reglamentaria. Este criterio ordenador es de gran utilidad para la interpretación de los preceptos de la ley y para la solución de las situaciones de conflicto, por lo que representa un instrumento que garantiza a reclusos y funcionarios la buena marcha de las instituciones penitenciarias.

2.11. Ahora cabría preguntarse, si este contenido de resocialización a que nos adscribimos, tiene en nuestro país amparo constitucional. En principio, habría que señalar que en nuestro Código Penal se habla expresamente de la

resocialización como uno de los fines o funciones de la pena, conforme lo dispone el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal. Acá sólo vale destacar que se está hablando de uno de los fines de la pena, es decir, el preventivo especial positivo, más no de cómo debe desarrollarse la ejecución penal o el régimen penitenciario.

2.12. La resocialización aparece en nuestra Constitución Política, en el Capítulo VIII referido al Poder Judicial, en el artículo 139°, numeral 22) que señala como principio fundamental del régimen penitenciario a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, en buena cuenta, la llamada resocialización. Pero la pregunta es si la resocialización es considerada como uno de los fines de la pena (prevención especial positiva) o como principio fundamental de la ejecución penitenciaria (resocialización penitenciaria).

2.13. Debemos señalar que en la doctrina peruana, la unanimidad de los profesores la han interpretado como fin de la pena, es decir, como fin preventivo especial. Vale sólo dar una mirada a los diversos conceptos esgrimidos por algunos connotados maestros universitarios, como César San Martín al afirmar que el artículo 139.22 de la Constitución impone a la ejecución penal, en concreto al régimen penitenciario, un fin preventivo especial.¹⁴ Del mismo modo, Víctor Prado Saldarriaga señala que dicho artículo constitucional reconoce de manera eufemística a la pena una función preventivo especial o de resocialización.¹⁵ Wilfredo Pedraza, actual Presidente del Instituto Nacional

¹⁴ San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*, Volumen II. Editorial Jurídica Gilbey, Lima, 1999, p. 1077.

¹⁵ Prado Saldarriaga, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú*. Editora Gaceta Jurídica, Lima, Perú, 2000, p. 49 y p. 50; Del mismo modo: Vilaverde Torres, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Cultural Casco, Editores, Lima, 1986, p. 42; Ruiz A. Palla Castro y Manuel Pizarro Aparicio. *Comentarios al Código de Ejecución Penal*. Editorial Focal, Lima, 1999, p. 47.

Penitenciario, también es del mismo parecer cuando señala que: "el sistema penitenciario peruano tiene una clara orientación positiva y se adscribe a la ideología del tratamiento, pues la imposición de una pena privativa de libertad, tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (Inc. 22 del art. 139° de la Constitución Política del Estado) a través del tratamiento progresivo". Más tarde agrega: "lo que significa que nuestro sistema penal sigue la filosofía de las teorías utilitarias de la pena, por cuanto están dirigidas a promover aptitudes positivas del condenado, con miras a su reintegración a la sociedad".¹⁶

2.14. Somos de la opinión, a diferencia de los autores mencionados, que este artículo constitucional se encuentra dirigido al ámbito estrictamente penitenciario, es decir, debe ser entendido como resocialización penitenciaria, como un principio fundamental de la ejecución de las penas, por tres motivos:

a) Se habla expresamente del término "principio" entendido como criterio orientador u ordenador de la ejecución penal. Más aún, se encuentra regulado conjuntamente con toda una gama de principios y derechos fundamentales de la función jurisdiccional, lo que hace aún más indudable su carácter de principio. Si los legisladores hubieran querido señalar que ésta constituye unos de los fines de la pena, ésta no se encontraría dentro del catálogo de principios y derechos, porque el carácter preventivo especial no constituye un principio ordenador, sino más bien un fin

de la pena, como ocurre en el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

b) El articulado constitucional habla expresamente del régimen penitenciario, que como sabemos, constituye un conjunto de normas o medidas que debe cumplir el condenado durante la ejecución penal, es decir, de cómo se debe cumplir la ejecución de la pena, más no se refiere a la finalidad de la pena. Es de verse también, que este régimen penitenciario es aplicable no sólo a la ejecución de las penas privativas de libertad sino también a todas las demás penas, conforme lo reconoce expresamente nuestro Código de Ejecución Penal en su artículo I del Título Preliminar que dispone que el referido Código regula tanto las penas privativas de libertad, las restrictivas de libertad y las limitativas de derechos.

c) De otro lado, si se reconociera que este artículo constitucional tiene un fin preventivo especial, colisionaría con otros artículos de nuestra Constitución que reconocen derechos fundamentales como el artículo 1° que garantiza el respeto a la dignidad de la persona humana, y el artículo 2°.1 por el cual toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad. Es decir, si se afirma el carácter preventivo especial de esta norma constitucional estaríamos trasgrediendo dichos derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución, toda vez que la modificación del comportamiento o de la personalidad del recluso siempre va a importar un atentado contra su dignidad y su libre desarrollo, conforme lo hemos señalado al analizar esta finali-

¹⁶ Pedraza, Wilfredo. Áreas comunes en el ámbito de ejecución penal y el sub sistema judicial. En: Situación Actual de la Ejecución Penal en el Perú. Fines de Aproximación Empírica. Cuadernos de Debate Judicial. Volumen 3. Consejo de Coordinación Judicial, 1996. p. 17. También Vioxoro, Silvano Hugo. Derecho Penitenciario Peruano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lima, 2004. pp.153-154.

dad preventivo especial. Por ello, cuando el legislador establece este principio fundamental está afirmando que la resocialización es un criterio ordenador de la ejecución penal.

2.15. En conclusión, el artículo 139º, inciso 22) de la Carta Magna no se refiere a la resocialización como elemento de la prevención especial, sino a la resocialización penitenciaria, como principio fundamental de la ejecución de la pena. Esto significa un mandato ineludible dirigido a todos los que participen en la ejecución de las penas para que éstas se asemejen en su desarrollo al modo de vida en la sociedad libre y cuando esto no sea posible se busquen sistemas de compensación. Esto constituye un deber que afecta a todos los estamentos, a todas las instituciones y en todos los momentos de la ejecución. También para el interno, como parte del sistema penitenciario, la resocialización penitenciaria es un deber ineludible.

2.16. Además, si el interno tiene el derecho de participar en la vida política, económica y social del país, conforme lo dispone el artículo 2º.17 de la Constitución Política, es evidente que nos encontramos ante un supuesto en el que dicha obligación debe materializarse en un verdadero esfuerzo por lograr que no se interrumpa a consecuencia de la ejecución de la pena el acceso a la participación social, más aún todavía si la pena privativa de libertad sólo restringe los derechos afectados por la ley y la condena.

2.17. Esta tesis se refuerza aún más, cuando el propio Código de Ejecución Penal, en el artículo V del Título Preliminar afirma que el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena, y en el artículo 1º señala que el interno goza de los mismos derechos

que el ciudadano en libertad, sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la condena. En otras palabras, cuando la resocialización penitenciaria habla que la ejecución penal debe adaptarse a las condiciones generales de la vida en sociedad y que su trato debe ser humanamente digno, precisamente se está refiriendo a estas normas penitenciarias. Sería un contrasentido señalar que nuestra Constitución Política se adscribe a una finalidad preventivo especial, de imposición de una ideología por otra, cuando por otro lado, nuestro Código de Ejecución Penal señala que debe respetarse los derechos del interno no afectados por la condena, entre ellas la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

2.18. De esta manera, la administración penitenciaria debe iniciar un proceso de reinstalar los contactos sociales del interno atenuando la pena cuando ello sea posible o bien haciendo que la vida que se desarrolla dentro del establecimiento penitenciario o fuera de ella, se asemeje a la vida en libertad. Es por esto, que estos conceptos aspiran a que la ejecución penal no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo a los derechos fundamentales expresamente reconocidos en nuestra Constitución Política.

2.19. De otro lado, se hace también imprescindible interpretar el sentido de las normas internacionales que han consagrado al principio de la resocialización como fin de la ejecución penal y ver si se adscriben a una finalidad preventivo especial o al principio de humanización como criterio rector, teniendo en cuenta fundamentalmente que nuestro país ha suscrito diversos tratados internacionales y por ello la importancia de su estudio, toda vez que

nuestra Constitución Política no debe ser opuesta a ellas. Así, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del 16 de diciembre de 1966 establece que: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" y el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de diciembre de 1999, establece que: "Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Si bien es cierto, estas normas internacionales fueron tomadas del marco ideológico de la resocialización de los años cincuenta y sesenta, que le adscribían una finalidad preventivo especial a la pena, estas normas deben ser interpretadas conforme a la realidad actual de la prisión. El propio artículo 10° del Pacto Internacional señala expresamente que todo preso será tratado humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, es decir, cuando se refiere al tratamiento no se está refiriendo a un tratamiento terapéutico sino, más bien, al trato humano y digno que se debe conferir al interno conforme al principio de resocialización penitenciaria. Del mismo modo se expresa la Convención Americana, cuando señala en el propio artículo 5° 2, que todo preso deberá ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, y en el artículo 2° 3 que la pena no puede trascender la persona del condenado. Como puede desprenderse de dichas normas internacionales, éstas no tienen una finalidad preventivo especial, no se refieren a un tratamiento terapéutico, por el contrario, están al

margen de ella. Estas normas internacionales se refieren al trato digno que deben recibir los internos compatible con los derechos humanos. Además, si tuvieran una finalidad preventivo especial colisionarían, como hemos visto, con otras normas del propio Pacto o de la Convención. En consecuencia, como podemos ver, estas normas internacionales también asumen la resocialización como principio fundamental o criterio ordenador, siendo perfectamente compatibles con la Constitución Política del Perú.

III.- ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO VULNERADOS POR NUESTRA NORMATIVIDAD PENITENCIARIA.-

3.1. A tenor de lo expresado en el apartado anterior, debemos preguntarnos, si en nuestro país, los presos o reclusos gozan de los mismos derechos que la persona que vive en libertad y, luego de ello ver, si algunos de sus derechos fundamentales son vulnerados por nuestras leyes penales. La respuesta la dan el artículo V del Título Preliminar y el artículo 1° del Código de Ejecución Penal que, congruentemente con el principio de resocialización penitenciaria recogido por nuestra Constitución Política, nos señala que el régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena y la ley, prohibiéndose además toda clase de discriminación racial, social, política, religiosa, económica, cultural o de cualquier otra índole, conforme al derecho de igualdad ante la ley, protegido también constitucionalmente en el artículo 2° 2 de la Carta Magna.

3.2. Entonces, el interno cuenta con iguales derechos que una persona en

libertad, salvo los afectados por las leyes y la condena. Pero además, estas leyes no deben transgredir normas constitucionales, más aún, si tenemos en cuenta que las leyes y reglamentos no sólo deben elaborarse de conformidad con el procedimiento establecido en aquella, sino que también su contenido tiene que responder al mandato constitucional. En otras palabras, si nuestra Carta Magna nos deriva los límites a la ley y a la sentencia, debemos tener en cuenta que éstas nunca podrán exceder a nuestra Constitución Política. Esto en íntima concordancia con lo dispuesto por el artículo 51° de nuestra Carta Magna cuando señala que la Constitución prevalece sobre toda norma legal. Entonces, cabe señalar que si nuestra legislación penitenciaria vulnera o atenta contra la Constitución Política, ésta deviene en inconstitucional. Esto ha sido acogido por el Reglamento del Código de Ejecución Penal, que en su artículo 3° dispone que la ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú y en el resto del ordenamiento jurídico peruano.

3.3. Por este motivo pasaremos a analizar algunos derechos constitucionales que, a nuestro modo de entender, son vulnerados por nuestras propias normas legales, las cuales contravienen no sólo el principio constitucional de resocialización sino también otros derechos fundamentales expresamente reconocidos en nuestra Carta Magna.

III.1. El derecho a la dignidad y a la integridad física, psíquica y moral (artículos 1° y 2°.1).-

a) El artículo 27° y ss. del Código de Ejecución Penal establece como sanción disciplinaria el aislamiento del interno hasta por treinta días, la que puede llegar incluso a cuarenticinco días, debiéndose cumplir en el ambiente que habitualmente ocupa el interno o en el que determine la administración penitenciaria.¹⁷ Esta sanción de aislamiento a nuestro modo de ver atenta contra este derecho fundamental a la dignidad humana y a la integridad física, psíquica y moral porque implica una sanción adicional a la pena privativa de libertad. En sí misma, esta sanción de aislamiento significa otra sanción penal adicional a la ya impuesta por la administración de justicia, más aún si tenemos en cuenta que es impuesta, de manera arbitraria, por el Director del Establecimiento Penitenciario y no por la autoridad judicial, como debía corresponder, conforme al principio de legalidad garantizado en nuestra Constitución. El aislamiento en celdas es una sanción que directamente implica privación de libertad y por tanto solamente por vía judicial puede imponerse.¹⁸ Cabe agregar que el artículo 78° del Reglamento del Código señala expresamente que para imponer una sanción se tomará en consideración la naturaleza de la falta, la gravedad del perjuicio ocasionado, la responsabilidad del interno, el grado de su participación, la confesión sincera y la reparación espontánea del perjuicio,

17 Ver García Valdés, Carlos. *Comentarios a la Legislación Penitenciaria*. Editora Orbis, Madrid, 1982.

18 Castillo Torres, Percy. *Breves Reflexiones sobre el Procedimiento de Aplicación de Sanciones Disciplinarias en Carócel*. En: *Comentarios al Reglamento del Código de Ejecución Penal*. Delorsora del Pueblo, Lima, 2001.

así como las demás circunstancias concurrentes. En resumen, se trata de casi una copia exacta de nuestro artículo 46º del Código Penal referido a la individualización de la pena. Aún más añade, que si dicha conducta se ha limitado a la tentativa de una falta disciplinaria grave, se deberán aplicar las sanciones previstas para las leves, y que la tentativa en las faltas disciplinarias leves no será sancionable. Cabe señalar que ni siquiera en el Libro Tercero de nuestro Código Penal referido a las Faltas es punible la tentativa, lo cual convierte a las faltas administrativas penitenciarias con mayor puntibidad que las propias faltas de nuestro Código Penal.

Esto significa que nuestro Reglamento Penitenciario le da a las faltas disciplinarias similar tratamiento legal que a los delitos, lo cual genera graves confusiones. Se trata de un procedimiento que no sólo atenta contra la dignidad del interno y a su integridad física y moral, sino que también se estaría atentando contra el principio de legalidad impuesto por nuestra Constitución Política. En conclusión, como podemos ver, la administración penitenciaria no puede imponer sanciones de aislamiento aunque sea de un día de duración porque vulnera derechos fundamentales de la persona.

b) De otro lado, esta norma penitenciaria también colisiona con lo dispuesto por el artículo 2º 24.h de la Constitución que dispone que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes, la misma que es recogida por el artículo III del

Título Preliminar del Código, cuando señala que la ejecución penal está exenta de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno.¹⁹ Como podemos apreciar este derecho fundamental está reservado a todas las personas, sin exclusión. Por ello, consideramos que esta sanción de aislamiento constituye una sanción muy drástica que aísla al interno de toda forma de interacción humana, por lo que la convierte en extremadamente inhumana y degradante, debiendo ser en consecuencia ser proscrita del catálogo de sanciones penales.

III.2.El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º.1).-

a) El reconocimiento de este derecho es amplio para toda persona, sin exclusión de nadie.²⁰ Toda persona tiene derecho a desarrollarse libremente en su personalidad, sin ningún tipo de coacción psíquica y física. Este libre desarrollo de la personalidad puede ser buscado a través del trabajo, conforme lo dispone el artículo 22º de la Constitución Política donde se señala que éste es un deber y un derecho y que es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Más aún esta disposición constitucional agrega que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Es decir, ningún régimen laboral sea de la clase que fuere, incluyendo el penitenciario, puede vulnerar los derechos fundamenta-

19 Ver Delatoria del Pueblo, La Ejecución de la Pena Privada de la Libertad, Lima, 2004.

20 Ferrer Bellos Iñaki, La "devaluación de los derechos fundamentales de los Reclusos". En: Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales, José María Sison, Editor, Barcelona, 1984.

les de la persona. En consecuencia, el artículo 104° del Reglamento del Código se encuentra en clara contradicción con lo dispuesto por la norma constitucional, al considerar que el trabajo sea de carácter obligatorio para los internos sentenciados como parte del tratamiento terapéutico adecuado a los fines de la resocialización.²¹ Como lo señala la Constitución nadie puede imponer a otra persona que trabaje obligatoriamente porque atenta contra el libre desarrollo de su personalidad y también de su dignidad personal. Asimismo, el artículo 2°, 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 humano no puede ser vulnerado por ninguna clase de detención, bajo pena de convertirse en una nueva sanción no autorizada.

b) De otro lado, también se puede desprender de esta norma penitenciaria, que a los condenados se les debe de curar mediante el trabajo obligatorio, como parte del tratamiento penitenciario.²² Esto crea una grave confusión con las medidas de seguridad existentes en el Código Penal (Internación y Tratamiento Ambulatorio, estipuladas en los artículos 74° y 76°), las mismas que también tienen fines terapéuticos.²³ Entonces tanto las penas como las medidas de seguridad tienen fines terapéuticos. Como se puede apreciar en este artículo ocurre algo contradictorio, por un lado, se señala que el trabajo no deberá atentar contra la dig-

nidad del interno y, por otro, que el trabajo tiene carácter obligatorio, utilizándose como medio terapéutico. Como lo señala efectivamente el artículo 97° del Reglamento del Código, el tratamiento penitenciario, del cual es parte el trabajo, 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 delitos, con lo cual está señalando efectivamente que el delincuente es considerado como si fuera un enfermo y que por ello requiere de un tratamiento terapéutico para poder modificar su comportamiento. Así concebida la pena, ésta se asimila a una terapia y no es el criterio judicial el que determina su duración, sino un criterio clínico fundado en las necesidades de la terapia, lo cual como hemos señalado se asemeja a una medida de seguridad. Esto sin tener en cuenta que, en la práctica, lo que sí queda fuera de toda duda es que la personalidad del recluso se altera durante el internamiento y que dicha modificación puede ser muy profunda y dejar secuelas síquicas irreversibles, o en el mejor de los casos temporales, por lo que se puede concluir que la prisión afecta negativamente a las posibilidades de resocialización durante el cumplimiento de la pena.²⁴ En otras palabras, no sólo normativamente se está atentando contra el libre desarrollo de la personalidad, sino que aún se salvara esto, en la práctica se estaría vulnerando este derecho, o viceversa. Esto se debe, como señala Wilfredo Pedraza, a que nuestro sistema penitenciario se

21 Ver: De Tenda García, José. (¿Dónde está el Tizamesov?). En: Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales. José María Bosch, Editor, Barcelona, 1994.

22 López Baño de Quiroga. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

23 Majell Carriena, Sojo. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1982.

24 Raúl A. Peña Cabrera y Manuel Fisancho Apalcó. Comentarios al Código de Ejecución Penal. Editorial Peafé, Lima, 1999 p. 40.

adscribe a la ideología del tratamiento que actualmente se encuentra en crisis, por la imprecisión de sus presupuestos, la fungibilidad de sus metas y modelos y la coactividad de los medios con que se lleva a cabo. Por eso, debe abandonarse todas las concepciones prácticas de la concepción patológica del interno, lo que constituye un importante aporte ya que a partir de la presunción de normalidad del detenido, los programas de reintegración pueden resultar más adecuados a las exigencias de cada individuo.²⁵

c) De otro lado, el artículo 13° de la Constitución señala que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, lo cual se contradice abiertamente con la educación como medio terapéutico de modificación del comportamiento del interno, señalado en nuestro Código de Ejecución Penal y su Reglamento. En este caso, también son aplicables las consideraciones expuestas en el apartado anterior, de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad, porque la educación obligatoria nunca puede servir para modificar el comportamiento de una persona, como si fuera parte de un tratamiento terapéutico.

d) En conclusión, respecto del trabajo y la educación debemos precisar y ser enfáticos en esto, que no estamos proponiendo que ambas deban ser proscritas del Código de Ejecución Penal, por el contrario, deben ser mantenidas pero en su real dimensión, como derechos constitucionales del interno, las que de ninguna manera deben ser impuestas coactivamente por el Estado

porque constituyen un medio de la realización de la persona humana. De esta manera, la ejecución de la pena se convierte compatible con la dignidad humana, siguiendo los lineamientos del principio de resocialización penitenciaria a que nos hemos adscritos en este trabajo.²⁶

e) Otro problema que se detecta también es lo referente a la visita íntima que tiene relación directa con el tema vinculado al derecho a la libertad sexual, derecho íntimamente vinculado con el de libre desarrollo de la personalidad.²⁷ Por ello, resulta inexplicable, como señala acertadamente Rosa Mavila, que la visita íntima se otorgue exclusivamente a los presos casados o concubinos y que los solteros o solteras vean restringido ese derecho, como si ellos no tuvieran derecho a la libertad sexual.²⁷ Y lo que es peor aún, que es considerado, inexplicablemente, en nuestro Código como un Beneficio Penitenciario, 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.

III.3. El derecho al respeto de la correspondencia (artículo 2° 10):

a) Nuestra Constitución Política señala en su artículo 2°, inciso 10) el derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y que solamente pueden ser abiertos, incautados, inter-

25. Wilfredo Padroza, Áreas comunes en el ámbito de ejecución penal y el sub sistema judicial. En: Situación Actual de la Ejecución Penal en el Perú. Primera Aproximación Empírica. Cuadernos de Debate Judicial. Volumen 3. Consejo de Coordinación Judicial. 1996. p. 32.

26. Ver Defensoría del Pueblo, Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Serie Informes Orientadores. N° 29. Lima, 2000.

27. Rosa Mavila, Estudios sobre los Establecimientos Carcelarios con Población femenina. En: Situación Actual de la Ejecución Penal en el Perú. Primera Aproximación Empírica. Consejo de Coordinación Judicial. Cuadernos de Debate Judicial. Volumen 3. 1996. p. 251.

ceptados o intervenidos por mandato motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. A diferencia de lo estipulado por la Constitución, el artículo 38º del Reglamento señala que el portador de la correspondencia en un Establecimiento Penitenciario deberá exhibir al personal de seguridad el contenido de la misma. 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.

b) 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. 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 vivimos en libertad.²⁸

III. El derecho a no ser sancionado dos veces por el mismo hecho (artículo 2º.24.d):

a) Esta norma constitucional consagra el principio del "non bis in idem", es decir, que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho y con idéntico fundamento (bien jurídico). Este principio constitucional se encuentra recogido en el artículo 230.10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, del 11 de abril del 2001, que señala 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 fundamento. El artículo 24º del Código de Ejecución Penal por el contrario señala que las faltas disciplinarias se sancionan sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. Es decir, se permite que un interno sea sancionado dos veces por un mismo hecho, sea sancionándolo administrativamente como imponiéndole también una pena. Por tanto, se está transgrediendo el principio constitucional del "non bis in idem", toda vez que este principio se aplica a toda persona, esté cumpliendo una pena privativa de libertad o se encuentre viviendo en libertad.²⁹ Como es de verse, este artículo debe ser derogado de nuestro Código de Ejecución Penal.

En conclusión, como se había anunciado en la introducción de este trabajo, se ha podido comprobar la vulneración de derechos fundamentales de los internos en el momento de la creación de la norma jurídica, lo que hace que el preso sea considerado jurídicamente algo distinto a un ciudadano. 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 tiene diversas incongruencias que es necesario solucionar. Por ello, necesitamos un sistema penitenciario coherente y fuerte que respete los derechos fundamentales del interno, bajo los lineamientos del principio de resocialización que impone un trato más digno y humano para las personas privadas de su libertad.

28 Rivas Beras, 1984. La "violación" de los derechos Fundamentales de los Reclusos. En: Tratado Penitenciario y Derechos Fundamentales. José María Bosch, Editor. Barcelona, 1984.

29 Macóli Caffarena, 2002. Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1983.