

PENA Y COVID-19: LA PANDEMIA DESDE EL ENCIERRO

“La pena...como sufrimiento huérfano de racionalidad, hace varios siglos que busca un sentido y no lo encuentra, sencillamente porque no lo tiene, más que como manifestación de poder”

E. R. Zaffaroni

Josefina Miró Quesada¹

Pamela Morales²

Introducción

Una de las preguntas filosóficas de mayor calado, aun sin respuesta definitiva y uniforme, es para qué sirve el castigo. ¿Por qué o para qué castigamos? ¿En qué se basa este poder, llamado ‘derecho a castigar’ (ius puniendi)? ¿Con qué frecuencia nos preguntamos por qué mandamos a las personas a la cárcel? ¿O qué pasa con quienes son condenadas a una pena privativa de libertad? ¿Las encarcelamos para prevenir que otros comenten delitos? ¿Para evitar que los delincuentes reincidan? ¿Lo hacemos para que sufran el mismo mal generado? ¿Para proteger a las víctimas del delito? ¿Porque los consideramos seres peligrosos que es necesario aislar? La realidad da cuenta que muchas de las razones atribuidas al poder del Estado para sancionar con la pena más severa a aquellas personas que infringen las reglas mínimas de convivencia social, están vinculadas a las preguntas previamente formuladas. Basta visitar un establecimiento penitenciario para confirmar que hay mucho de retribución en el cumplimiento de la pena, y que, dadas las precarias condiciones carcelarias, la coacción psicológica de la que hablaba Feuerbach, hacia las y los ciudadanos que no han delinquido, también está presente a través del temor latente de ir a prisión por cometer una conducta considerada como desviada.

Una aproximación empírica revela la función que cumple la pena en un contexto como el nuestro, y puede ser útil para entender que, al estar divorciada de todo análisis axiológico, su ejecución es inconstitucional. Pero explicar qué es lo que persigue la pena, en la práctica, no es lo mismo que justificarla. En un Estado social y democrático de Derecho, observar la realidad es indispensable, aunque insuficiente para validar el arma más vil que tiene el Estado para restringir el bien máspreciado: la libertad. La única manera de legitimar esta sanción será tomando

1 Abogada por la PUCP. Abogada de la Defensoría del Pueblo. Adjunta de docencia y Jefa de Práctica de la Facultad de Derecho PUCP. Miembro del grupo de Investigación y Estudio del Derecho Penal y Criminología.

2 Abogada por la PUCP. Asociada de Hernández & Cía. Abogados. Adjunta de docencia y Jefa de Práctica de la Facultad de Derecho PUCP. Miembro del grupo de Investigación y Estudio del Derecho Penal y Criminología.

en cuenta que la razón que justifique su aplicación, además de ser posible de realizar, debe ser legítima según los estándares de un Estado respetuoso del marco internacional de los derechos humanos. El fin asignado a la pena que no cumpla con estas dos características no tendrá legitimidad alguna.

Las respuestas a las preguntas formuladas deben mirar tanto la realidad como la Carta Magna y el bloque de constitucionalidad que incluye tratados de derechos humanos que son vinculantes al Estado peruano. Deben ser capaces de identificar una razón que legitime la aplicación de una pena que, en la práctica, especialmente en esta región del mundo, no sólo priva de la libertad, sino de otros derechos fundamentales como la salud, dignidad y, en algunos casos, incluso la vida.

Esta es la realidad que prima en contextos ordinarios. Sin embargo, se vuelve aún más extendida en tiempos de anormalidad, en las que, de un momento a otro, aterriza una amenaza letal que paraliza al mundo entero y que, dadas las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación penitenciaria, precaria infraestructura, insuficiente personal de seguridad, entre otros, aumenta significativamente los riesgos a la salud y vida que eran asumidos como inherentes a la pena.

Esto es precisamente lo que pasó cuando llegó al Perú (y al mundo) la enfermedad causada por el SARS-CoV-2 (en adelante, "COVID-19"). Las principales organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) advirtieron todas las condiciones que hacían, y siguen haciendo, particularmente vulnerables a estas personas frente al virus: contacto humano cercano, espacios cerrados, bajas condiciones sanitarias, mala alimentación, estrés y enfermedades preexistentes (principalmente, la tuberculosis y el virus de inmunodeficiencia humana). En suma, un coctel altamente letal.

Por ese motivo, las personas privadas de libertad fueron rápidamente visibilizadas como un grupo que requería especial atención, dadas las condiciones de detención en las que se encontraban. En estos espacios, las indicaciones del gobierno de lavarse las manos y mantener el distanciamiento social eran meras utopías. Esta realidad, sin embargo, no es monopolio del Perú. Las condiciones inhumanas en las que se encuentran las cárceles responden a un patrón en la región latinoamericana que, además, ha venido empeorando con los años al haberse incrementado la población penitenciaria sin tener como correlato una mejora en el sistema. Veníamos arrastrando este escenario año tras año, y la llegada del COVID-19 solo agravó esta situación.

Por ese motivo, fue más que oportuno que el 26 de mayo de 2020, el Tribunal Constitucional (en adelante, "TC") declarase un estado de cosas inconstitucional (en adelante, "ECI") la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios, su infraestructura y servicios básicos, dándole al Estado un plazo de cinco años para superar esta situación, bajo el riesgo de cerrar temporalmente las cárceles, empezando por las seis más hacinadas.

En este contexto, y dado el fracaso de las medidas adoptadas por el gobierno para hacer frente a la crisis del sistema penitenciario, cabe preguntarse si es

posible encontrarle una justificación a la pena, y así, mantenerla en los términos en los que existe hoy en día. La respuesta necesariamente debe iniciar por reconocer que el mismo Estado ya ha confirmado que la pena en nuestro país no sólo no cumple, en la práctica, el fin que le asigna la Carta Magna, sino que supone, dadas las condiciones carcelarias, una privación de derechos fundamentales que trascienden la libertad.

En las condiciones actuales, la pena privativa de la libertad corre seriamente el riesgo de colisionar con la prohibición constitucional de la pena de muerte. En este contexto, la pandemia nos obliga a repensar, una vez más, la justificación de la prisión como sanción penal frente al delito. Con la ‘nueva normalidad’ como telón de fondo, la pregunta sobre el fin que debe asignársele a la pena vuelve a cobrar relevancia. Para efectos de este artículo, y por razones de espacio, nos limitaremos a desarrollar la pena privativa de libertad, pero no las otras clases de penas reguladas en el artículo 28 del Código Penal (restrictivas de libertad, limitativas de derechos y multa), aunque la justificación que se halle debe ser igualmente idónea para sustentar estas últimas.

En esa línea, el presente artículo busca explorar dentro de las principales tesis que asignan un fin a la pena, aquella que resulte compatible con la Constitución y con una realidad que muestra al encierro como una amenaza inminente contra la salud, integridad personal, dignidad y vida; pudiendo incluso ser calificada como una pena cruel, inhumana y degradante. Para ello, resulta fundamental, como primer punto efectuar un análisis de la realidad carcelaria, de cara a las últimas estadísticas publicadas por el Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, “INPE”) correspondientes al mes de mayo de 2020. En segundo lugar, se desarrollará las teorías tradicionales de la pena, que históricamente han buscado otorgar una utilidad o fin a la imposición de una sanción penal, a fin de evaluar los vacíos que estas enfrentan al momento de contrastarlas con la realidad.

En tercer lugar, en virtud de la especial posición de garante del Estado, se analizará el alcance de las obligaciones del Estado peruano ante una eventual responsabilidad internacional por el incumplimiento de estándares de protección de los derechos humanos de esta población. Finalmente, como cuarto punto, se evaluará, a partir de un repaso de las declaratorias de emergencia del sistema penitenciario, así como de la sentencia del TC que declara un ECI el hacinamiento penitenciario, si acaso existe un discurso alternativo que permita legitimar, en contextos excepcionales como el que vivimos actualmente, la imposición de la pena privativa de libertad.

Escribimos estas líneas en homenaje al profesor Felipe Villavicencio, quien ejerció durante los últimos años de vida, un destacado rol como miembro del Subcomité de Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura. Este órgano fue creado por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 2006, con el propósito de realizar visitas a los centros de detención, asesorar a Estados Parte y cooperar con organizaciones nacionales, regionales e internacionales para fortalecer la protección de las personas privadas de libertad, contra la tortura y los malos tratos.

Con su partida, el profesor Villavicencio deja como legado una extensa trayectoria dedicada al servicio de los derechos fundamentales del sector más vulnerable de la sociedad.

1. Realidad Carcelaria

Para nadie es un secreto que en la región latinoamericana las cárceles operan en condiciones indignas, que distan mucho de poder garantizar una adecuada detención. Como ya lo señalamos, la permanente crisis de los centros de privación de la libertad en esta parte del mundo existe hace décadas y se ha ido intensificando con el paso del tiempo. Las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región incluyen precarias condiciones de salubridad e higiene y alarmantes niveles de hacinamiento (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

Esta situación genera que las personas privadas de libertad se conviertan en un grupo especialmente vulnerable. Según Elías Carranza, director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), los números oficiales de las investigaciones indican que las posibilidades de morir en prisión se incrementan 25 veces más que las posibilidades de que ello ocurra en libertad (Gusis & Espina, 2020, pág. 11).

La situación del Perú no es ajena a la que se vive en la región. En las dos últimas décadas nuestra población penitenciaria se multiplicó exponencialmente, sin que hayan mejorado de manera paralela las condiciones carcelarias. En 1997 la población penal reportada por el INPE era de 24,297 personas, y sólo 22 años después esta incrementó en 518%. Según el último Informe Estadístico del INPE, para mayo de 2020 la población penitenciaria dentro de establecimientos penitenciarios³ ascendía a 93,921 personas (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Estas personas se encuentran distribuidas en 67 establecimientos penitenciarios que, al mes de mayo de 2020, se encontraban habilitados a nivel nacional (Instituto Nacional Penitenciario). Dichos recintos tienen una capacidad de albergue –esto es, un aforo máximo– para alojar 40,065 internos e internas (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). No obstante, como se señaló en el párrafo anterior, en este momento la población penal total bordea las 94 mil personas. Esto quiere decir que, a la fecha, los establecimientos penitenciarios albergan un exceso de 53,856 personas. Es decir, estamos al 134% de nuestra capacidad de albergue (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020), lo que confirma el serio problema de hacinamiento que arrastra el sistema penitenciario.

De acuerdo con el Comité Europeo para los Problemas Criminales, hay sobrepoblación crítica cuando la sobrepoblación penitenciaria excede o es igual al

3 Cabe señalar que la población del sistema penitenciario se compone de dos grandes grupos: (i) las personas que se encuentran en establecimientos penitenciarios al tener mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva; y, (ii) las personas que asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos, dictaminado medidas alternativas al internamiento, o liberados con beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional.

20% de la capacidad de albergue (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). La grave situación en cada establecimiento penitenciario dependerá, sin embargo, de la capacidad de albergue que tenga y la cantidad de internos que se reciba en cada caso.

Por ejemplo, por la cantidad de internos que alberga, se piensa que el penal de Lurigancho es el más hacinado del Perú. No obstante, esto no es así. Este penal cuenta con una gran cantidad de internos pues es el establecimiento penitenciario con la mayor capacidad de albergue a nivel nacional (3,204 unidades de albergue). En realidad, el establecimiento penitenciario más hacinado en nuestro país es el que se ubica en Chanchamayo. Dicho recinto cuenta con una capacidad para 120 internos pero alberga 728, lo que se traduce en un 507% de sobrepoblación (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

¿Por qué es fundamental alertar sobre esta realidad? Porque el hacinamiento genera consecuencias nefastas en las y los internos. Según la Defensoría del Pueblo, esto ocasiona: (i) fallas en los mecanismos de control y vigilancia penitenciaria; (ii) problemas psicológicos y emocionales en los internos e internas al no tener un espacio propio y privado dentro del penal; (iii) imposibilidad de acceder por parte de un número mayor de internos o internas a las áreas de trabajo y educación existentes; y, (iv) afectaciones a la salud física y psíquica, dado que el interno o interna es susceptible de padecer enfermedades infecto-contagiosas y síndromes, como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA, además de desarrollar enfermedades mentales (2018, pág. 21).

Pero este no es el único problema que afrontan las cárceles. Al hacinamiento, que hace imposible cumplir el distanciamiento social requerido para evitar los contagios por COVID-19, se suman otros problemas estructurales: déficit en el sistema de salud penitenciario, limitado acceso a agua, deficiente calidad de las instalaciones sanitarias, falta de higiene y de alimentación adecuada, población penitenciaria mixta (procesados con condenados, menores con adultos, etc.), limitaciones en talleres educativos y de trabajo, incumplimiento de estándares básicos sobre infraestructura, ruptura del vínculo de internos e internas con sus familias, y otros.

Con respecto a las condiciones de salud, tales limitaciones afectan principalmente a las mujeres gestantes y madres que conviven con sus hijos e hijas en los establecimientos penitenciarios. Según el artículo 103º del Código de Ejecución Penal, las y los hijos menores pueden permanecer en los establecimientos penitenciarios con sus madres hasta los 3 años y deben ser atendidos en una guardería. A mayo de 2020, el INPE tenía a su cargo a 132 niños y niñas: 72 varones y 60 mujeres (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Con ello, las obligaciones del Estado para con esta población se intensifican, pues los hijos de las internas, que asumen las consecuencias jurídicas de los delitos por los que está encerrada su madre, para sobrevivir dependen de la administración penitenciaria en prestaciones tan básicas como la salud, alimentación, alojamiento, educación, entre otras (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020).

Si bien el artículo IX del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal señala que la interna gestante o madre y los hijos menores de ésta que conviven con ella gozan de amplia protección del Sistema Penitenciario, en la práctica, de acuerdo con el Informe Especial N° 02-2019 emitido por la Dirección del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (MNPT), la gran mayoría de centros no cuentan ni con pediatras que evalúen o hagan seguimiento periódico a los menores, lo que agrava su situación de vulnerabilidad (Dirección del MNPT, 2019, pág. 136). Al respecto, el referido informe reveló lo siguiente:

- En el penal de mujeres de Jauja el 38% de internas señaló que no cuentan con una guardería y el 39%, que no existe personal especializado a cargo de los niños y niñas.
- En el penal de mujeres de Chorrillos el 16% de las internas encuestadas señaló que tuvieron alguna dificultad para instalarse con sus hijos e hijas cuando lo solicitaron; y el 36%, que no existe personal especializado a cargo de los niños y las niñas.
- En el penal de mujeres de Arequipa, el 16% de las internas encuestadas señaló que, cuando uno de los hijos o hijas de las internas requirió atención médica, no fue atendido o atendida en el servicio de salud del establecimiento penitenciario. (Dirección del MNPT, 2019, pág. 136)

Con respecto a la alimentación y agua, el referido informe precisó las siguientes cifras:

- El 75% de las internas encuestadas en el penal para mujeres de Concepción, el 59% en el penal de mujeres de Chorrillos y el 59% en el penal de mujeres de Arequipa calificaron la calidad de la comida como mala.
- El 90% de las internas encuestadas en el penal de mujeres de Arequipa; el 85% en el penal de mujeres de Jauja; el 80% en el penal Anexo de mujeres de Chorrillos; el 57% en el penal de mujeres de Sullana; y, el 50% en el penal para mujeres de Concepción, indicaron que no reciben agua para beber cuando lo solicitan. (Dirección del MNPT, 2019, pág. 147)

La situación descrita por las internas de los establecimientos penitenciarios da cuenta, una vez más, de las carencias que existe en la satisfacción de condiciones mínimas de dignidad, que han de cumplirse al interior de los penales. Sobre todo, si deben asumir, mientras están privadas de libertad, la carga de criar y atender a un hijo o hija de tan temprana edad.

Por motivos de hacinamiento, al ser declarados en emergencia, varios establecimientos penitenciarios cerraron sus puertas a nuevos ingresos, motivo por el cual, los internos procedentes de Lima tuvieron que ser trasladados a los penales de Cañete, Huacho y Huaral (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). De cara al tratamiento penitenciario que reciben, el alejamiento de los penales de los lugares de residencia de sus familiares perjudica el vínculo familiar (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020), y dificulta que el cumplimiento de la pena persiga fines resocializadores, como señala la Constitución.

Además de generar un riesgo para las relaciones familiares, el traslado de internos a penales ubicados lejos de su lugar de residencia también dificulta que puedan recibir bienes de necesidad básica que usualmente son entregados por sus familiares en las visitas. Muchos internos e internas cuentan con dichas visitas pues por medio de ellas reciben productos que muchas veces los penales no cubren. Por ejemplo: alimentos, pañales, insumos de higiene personal e higiene menstrual, entre otros.

Por otro lado, con relación al mantenimiento del orden al interior de los penales, los estándares internacionales indican que la proporción entre el número de trabajadores penitenciarios y los reos debe ser aproximadamente de 1 cada 4 a 5 reos. En el Perú, sin embargo, por cada trabajador del INPE son 9 internos, por lo que se necesitaría el doble de personal penitenciario para cumplir tales criterios (Pérez Guadalupe, 2020, pág. 108).

Como bien refiere Zaffaroni, la desproporción entre los trabajadores penitenciarios y los reos genera que el orden interno termine siendo manejado por estos últimos:

Ello no es nada democrático, por cierto, sino que, se encargan de esa tarea, por regla general, los presos de alguna manifestación más o menos organizada de delincuencia, es decir, alguna banda somete al resto de la población penal a situaciones de humillación, servidumbre y, en algunos casos, incluso de servidumbre sexual. (2020a, pág. 31)

A esta lamentable realidad carcelaria, asentada durante años, se le suma un elemento devastador: la pandemia generada por el COVID-19. De acuerdo con la OMS, esta es una enfermedad infecciosa causada por el coronavirus, altamente contagiosa que se propaga principalmente de persona a persona, a través de gotículas que salen despedidas de la nariz o la boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Para evitar el contagio se recomienda estar al menos a un metro de distancia de los demás y lavarse las manos frecuentemente con agua y jabón o con un desinfectante a base de alcohol (Organización Mundial de la Salud, 2020). Estas recomendaciones, sin embargo, son altamente complicadas de cumplirse en una cárcel peruana, donde la regla general es el contacto humano cercano, personas concentradas en ambientes pequeños y cerrados, limitado acceso a agua y jabón, condiciones sanitarias deplorables, falta de ventilación y otros.

Además de estas condiciones críticas a las que se encuentran expuestas los internos e internas, se debe agregar otras variables que los hacen más vulnerables frente al virus. Nos referimos a enfermedades preexistentes, enfermedades crónicas, vejez, entre otros. Todo esto hace que los establecimientos penitenciarios sean focos de infección. Frente a ello, es responsabilidad del Estado tomar medidas para proteger y garantizar que los derechos de los internos e internas no se vean vulnerados. Ya sea que la persona esté cumpliendo una detención preventiva o una condena, las autoridades deberían asegurarse de que el único derecho que se vea restringido sea la libertad, no la integridad y, mucho menos, la vida.

Es importante tener presente, además, que de acuerdo a la oficina regional europea de la OMS, un eventual brote del COVID-19 dentro de los penales generaría una presión tremenda en el sistema de salud (World Health Organization, 2020). Ello no sólo afecta a las personas intramuros y a los trabajadores penitenciarios, sino también a la población en general. Nuestro ya saturado sistema de salud estaría aún más cargado ateniendo las necesidades de miles de personas en prisión. Esto generaría un serio problema de salud pública.

Con el propósito de responder a la advertencia realizada por las organizaciones internacionales, entre ellas, la CIDH, a través del documento “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, el gobierno peruano publicó un conjunto de iniciativas legislativas que buscaban reducir los niveles de hacinamiento penitenciario y de esta manera, combatir los factores que aumentaban el riesgo de contagio por el COVID-19.

En esa línea, en abril se emitió el Decreto Legislativo N° 1459 para optimizar la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar (en adelante, “OAF”). Lo fundamental de esta norma es que reconoció expresamente lo siguiente:

Que, las condiciones de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios a nivel nacional convierten a las y los internos y al personal penitenciario (agentes de seguridad, administrativos y personal de salud), en focos de riesgo de contagio de enfermedades infecciosas como el COVID-19. (DL N° 1459, 2020, 2020)

Si bien la finalidad de la norma era buena (reducir el hacinamiento), se preveía que esta tuviera un impacto limitado, no pudiendo generar un cambio en el status quo. Esto debido a la poca cantidad de personas que podían beneficiarse con ella. Según el Informe Estadístico del INPE, para abril de 2020, mes en el que se publicó el Decreto Legislativo N° 1459, el número de presos por OAF ascendía a 2,290, que equivalía al 2.4% de la población penitenciaria total (Instituto Nacional Penitenciario, abril 2020). Al mes de haber aplicado la medida, solo quedaban 1,672 internos por dicho delito (Instituto Nacional Penitenciario, mayo 2020). Entendemos que la excarcelación de 618 personas responde a la aplicación de la norma bajo mención. Si bien esto es algo positivo, no es suficiente para disminuir el hacinamiento, pues únicamente generó que la población penitenciaria disminuyera en 0.64%.

Si lo que realmente se buscaba era disminuir el hacinamiento de manera rápida y efectiva, lo que correspondía era implementar medidas para liberar a un gran número de internos e internas. Frente a ello el Estado debió preguntarse: ¿cuáles son los delitos por los cuales el grueso de la población penitenciaria se encuentra privada de la libertad? La respuesta se obtiene con una simple revisión de los Informes Estadísticos del INPE.

Al hacerlo, es fácil identificar que más de un tercero de los internos se encuentra en los establecimientos penitenciarios por delitos contra el patrimonio: hurto (4.3%), robo (30.9%) y extorsión (1.2%). Para el mes de abril, estos tres delitos

representaban el 36.4% de la población penitenciaria total. Por tanto, se pudo tomar en consideración extender la medida de conversión de penas para alguno de los delitos contra el patrimonio, poniendo como restricción los delitos más graves y aquellos que se hayan cometido con violencia.

Lo mismo sucede con el tráfico ilícito de drogas. En sus distintas modalidades, este delito representa el 18.5% de la población penitenciaria total. El mismo escenario se presenta con el delito de tenencia ilegal de armas, que para abril de 2020 representaba el 3.1% de la población penitenciaria total. Es decir, incluso más internos se encuentran en establecimientos penitenciarios por este último delito que por OAF. Por tanto, se pudo emitir normas que tuviesen mayor efectividad para lograr reducir el hacinamiento en las cárceles, tomando en consideración otros delitos y no sólo OAF.

Otra de las normas que se emitieron en este periodo fue el Decreto Supremo N° 004-2020-JUS. El objetivo de dicha norma fue establecer, “de manera excepcional y temporal, supuestos especiales para que la Comisión de Gracias Presidenciales proceda a evaluar y proponer el otorgamiento de indultos comunes y por razones humanitarias, así como conmutaciones de penas”, en el contexto de la emergencia sanitaria a nivel nacional por COVID-19. Sin embargo, nuevamente se presentó el mismo problema: muy pocas personas se vieron beneficiadas con la medida. Según información publicada por el Ministerio de Justicia, para junio de 2020 la emisión de gracias presidenciales habría permitido la excarcelación de 307 internos (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2020). Esto representa, aproximadamente, el 0.33% de la población penitenciaria total.

Por su parte, el Poder Judicial también adoptó medidas con el fin de “resolver el problema del riesgo de contagio masivo de la población penitenciaria con el COVID19, dadas las condiciones de hacinamiento de los penales y la vulnerabilidad de muchos de los internos” (Presidencia del Poder Judicial, 2020, p.2). En esa línea, el 7 de mayo de 2020 se emitió la Resolución Administrativa N° 000138-2020-CE-PJ, que aprobó la “Directiva de Medidas Urgentes con motivo de la Pandemia del COVID-19, para evaluar y dictar, si correspondiere, la reforma o cesación de la prisión preventiva”. El documento fue propuesto por los jueces supremos César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga.

Al respecto, identificamos dos problemas. El primero de ellos es que únicamente se aplica para prisiones preventivas, pero no para condenas. Esto quiere decir que solo el 36% de la población penitenciaria total para mayo de 2020 se podía ver beneficiada con esta medida. El segundo problema es que la misma Directiva señala que, si bien los criterios establecidos deben ser tomados en consideración por los jueces al momento de resolver, no tienen carácter vinculante. En ese sentido, los magistrados no se encuentran obligados a aplicar estos criterios en los casos a su cargo, sino que se trataría de una simple recomendación. Estas características reducen la efectividad de la Directiva para cumplir su objetivo, que es resolver el problema del riesgo y contagio masivo de la población penitenciaria con el COVID-19.

Para corroborar el fracaso de las medidas implementadas por el Estado en

disminuir el hacinamiento en los penales basta fijarnos en las cifras. En la Tabla 1 a continuación se puede apreciar cómo varió la población penitenciaria total durante los primeros meses de la pandemia.

Tabla 1

Variación de población penitenciaria en los meses de marzo, abril y mayo del 2020 según fuentes oficiales del INPE

Concepto Mes	Procesados	Sentenciados	Población penitenciaria total
Marzo	35,931	61,562	97,493
Abril	35,635	60,805	96,440
Mayo	33,989	59,932	93,921

Como se puede observar, la población penitenciaria total no sufrió una variación significativa. Entre marzo y mayo sólo 3,572 personas fueron excarceladas: 1942 procesados y 1630 sentenciados. Esta cifra no llega ni al 4% del total de personas privadas de la libertad.

Ahora bien, ¿qué efecto tuvo el que se hayan mantenido los niveles críticos de hacinamiento durante la pandemia? Además de agravarse la vulneración de derechos de las personas privadas de la libertad, el resultado obtenido fue la muerte de cientos y el contagio de miles de internos e internas, así como de funcionarios del INPE. Algunas de estas muertes, y lesiones, además, ocurrieron como consecuencia de hechos de violencia en distintos penales del país, derivados de las protestas de internos e internas que reclamaban atención médica para evitar el contagio del COVID-19 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020). En esa línea, al mes de julio, las cifras del impacto del COVID-19 en el sistema penitenciario peruano eran las que se muestran en la Tabla 2 a continuación (Quispe, 2020).

Tabla 2

Cifras del impacto de COVID-19 en el sistema penitenciario peruano a julio 2020

Efecto Población	Fallecidos	Contagiados
Agentes del INPE	29	2,434
Internos e internas	296	8,249
Total	325	10,683

Lo que se ha señalado en las líneas precedentes representa, a grandes rasgos, la realidad carcelaria peruana. Como se señaló, el listado de problemas que afronta nuestro sistema penitenciario es extenso. No obstante, lo que debe combatirse con mayor ahínco y urgencia, dadas las actuales circunstancias, son la sobrepoblación y el hacinamiento penitenciario. Esto último constituye la razón por la cual la

cantidad de contagios ha crecido de forma exponencial dentro de los establecimientos penitenciarios en los últimos meses. Si bien los internos e internas venían cumpliendo los mandatos de detención y condena en condiciones precarias, esta situación se volvió aún más crítica con la pandemia ocasionada por el COVID-19. Este escenario no sólo atenta y pone en riesgo la salud, dignidad e integridad personal de las personas privadas de libertad, sino también, sus vidas. Ante estas circunstancias cabe preguntarnos cuáles son las razones que justificarían el encierro en dichas condiciones en plena pandemia, si acaso hay alguna razón que la justifique. Como señala Zaffaroni,

El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan perdidos que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento, valiéndose de su vetusto arsenal de racionalizaciones reiterativas, nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad. (1998, pág. 16)

2. Los Fines Tradicionales Asignados a la Pena

La discusión sobre los fines de la pena no es exclusiva del derecho penal. Pero no es una discusión exclusiva de esta rama del Derecho. La pregunta sobre qué legitima el castigo o por qué castigamos es una de las más recurrentes cuando se habla del Derecho en general. No es casual que grandes filósofos como Aristóteles, Platón, Montesquieu, Beccaria, Bentham, Kant, Hegel, Feuerbach, y otros, se hayan planteado estas preguntas, habiendo formulado extensas teorías para asignarles un sentido, en un determinado momento y lugar. Esto último es importante teniendo en cuenta que las teorías han ido evolucionando con el paso del tiempo.

La pena es la característica más importante del derecho penal y, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que utiliza el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad (Villavicencio, 2017, pág. 24). Es un mal que implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona que la padece (Villavicencio, 2006, pág. 46). Es la manera a través la cual el Estado expresa la peor cara del poder que tiene sobre sus ciudadanos, privándolos de su libertad cuando considera que han cometido un delito. El uso del encarcelamiento evidencia que el derecho penal suele ser excluyente, pues excluye de los derechos y beneficios de la ciudadanía a aquellos contra quienes ejercer su poder (Duff, 2015, pág. 25).

La doctrina del derecho penal nacional ha estudiado por años qué cosa legitima privar a una persona de su libertad por los actos que ha cometido (Meini, 2013). La discusión sobre el fundamento y fin de la pena ha dado lugar a las denominadas teorías de la pena que buscan justificar o legitimar, mediante explicaciones racionales, la imposición del castigo (Villavicencio, 2017, pág. 25). Cada una de las teorías responden a una determinada concepción de Estado y, consecuentemente, cada teoría origina una determinada definición de derecho penal (Villavicencio, 2006, pág. 45). Estas teorías, en términos generales, podrían dividirse en

tres grandes grupos: a) retributivas o absolutas; b) preventivas o relativas; y, c) mixtas (Roxin, 1997, pág. 24).

Las teorías *absolutas* son todas aquellas doctrinas retribucionistas que conciben la pena como fin en sí mismo (Ferrajolli, 2000, pág. 253). Su nombre parte de la creencia de que existen verdades o valores absolutos, como la justicia, que le dan sentido y fundamentan la pena (Villavicencio, 2006, pág. 47). Los principales expositores, los filósofos Immanuel Kant y George Wilhelm Hegel, reivindicaban la idea de que la pena debía retribuir el daño causado y estar desvinculada de su efecto social. La pena, bajo esta tesis, se legitima si es justa, pero no si es útil (Villavicencio, 2006, pág. 47). En este caso, la pena no tiene utilidad alguna, y está estrechamente vinculada a una fundamentación teológica del delito como pecado y la pena como expiación.

Bajo el Antiguo Régimen, la pena representaba el castigo divino y adoptaba la forma retributiva propia de la tradición judeo-cristiana: “la pena se justifica ante todo porque constituye una ciega ejecución del mandato que ordena castigar a quien rompe el orden querido por Dios” (Pietro Sanchis, 2007, pág. 43). Esto encuentra su máxima expresión en la Ley del talión: *ojo por ojo, diente por diente*, que perdura desde la Edad Media hasta Kant y Hegel, que lo utilizan para respaldar el modelo ideal y normativo de la pena (Ferrajolli, 2000; Roxin, 1997). Cabe señalar que el talión, que ahora es símbolo de la barbarie, constituyó en la humanidad primitiva un gran progreso moral y jurídico, precisamente porque puso un límite y una medida a la reacción de la venganza defensiva (Ferri, 1933, pág. 16).

Para Kant el ser humano es un fin en sí mismo. En consecuencia, afirmaba que no era éticamente lícito instrumentalizarlo en beneficio de la sociedad, es decir, fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social (Mir, 2016, pág. 78). Para dicho filósofo sólo era admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la Justicia: la Ley penal se presenta como un *imperativo categórico*, es decir, como una exigencia incondicionada de la Justicia, libre de toda consideración utilitaria como la protección de la sociedad u otras (Mir, 2016, pág. 78). Como señala Mir:

Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant de una isla cuya población decidiese disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad — puesto que dejaría de existir — debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente «para que todos comprendieran el valor de sus actos». Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según esta, la pena *ha de imponerse por el delito cometido, aunque resulte innecesaria* para el bien de la sociedad. (2016, pág. 78).

Hegel llega a resultados muy parecidos. Haciendo uso de la lógica dialéctica postuló que el delito era el rechazo del sujeto al ordenamiento jurídico que pone en duda la voluntad general de las personas, con lo cual, la pena pretendía negar la negación del ordenamiento jurídico y con ello, reestablecer el Derecho (Meini,

2013, pág. 147). Sustituye, en esa línea, el principio del talión por la idea de la equivalencia de delito y pena.

La hipótesis de que la pena debía ser útil, en lugar de justificarse por sí sola como sostienen las teorías retributivas, se perfeccionó en la Ilustración. Aunque ya lo decía Platón en el siglo 5 A.C: “Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque” (Roxin, 1997, pág. 85). El proceso de secularización del siglo XVII fue determinante en desterrar la fundamentación teológica de la pena como simple expiación, en el tránsito hacia una pena orientada por el principio de estricta necesidad o máxima economía: “el castigo ha de ser más utilidad que venganza, y debe ser el estrictamente necesario para lograr esa utilidad” (Pietro Sanchis, 2007, pág. 45).

Frente a las teorías absolutas se han planteado diversas críticas, entre ellas, las principales serían las siguientes: (a) que son irracionales pues carecen de un fundamento empírico; y, (b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es ficticia pues el mal de la pena se suma al mal del delito (Bacigalupo, 1999, pág. 32). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que las teorías retributivas no sólo carecen de todo sustento científico, sino que, además, implica la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad reconocido en el artículo 1 de la Constitución (Demanda contra Ley N° 28568, 2005). Si el derecho penal busca proteger bienes jurídicos, no es posible valerse de una pena que prescinda de todos los fines sociales (Roxin, 1997, pág. 84).

En segundo lugar, tenemos a las teorías *relativas o preventivas*, que, a diferencia de las absolutas, buscan asignarle una utilidad social a la pena. Su nombre se debe a que, a diferencia de la retributiva, que es absoluta, las necesidades de prevención son relativas y circunstanciales (Mir, 2016, pág. 81). La función utilitaria constituye la base común de todo el pensamiento penal reformador, asociándose a la doctrina entre la separación entre derecho y moral: los sufrimientos penales son necesarios para impedir males mayores, y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza (Ferrajolli, 2000, pág. 260).

En esa línea, la pena busca prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales (Villavicencio, 2017, pág. 26). Dependiendo a quienes se dirige, se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro; y, prevención general, si se busca prevenir que terceros no delincan (Meini, 2013, pág. 148). En el primer caso, Franz Von Liszt postuló que había que intervenir al delincuente habitual capaz de ser resocializado y reintegrado a la sociedad. Esta es la postura que adopta la Constitución, en el numeral 22 del artículo 139: “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993).

Sobre la prevención especial, cabe hacer algunas precisiones. Primero, no se explica cómo las personas que han delinquido podrán resocializarse si se les interna en centros penitenciarios en donde el contacto social es restringido y donde imperan códigos de conducta que distan mucho de los que rigen fuera de prisión (Meini, 2013, pág. 149). Además, es contradictorio que se le exija a una persona

aprender a hacer uso responsable de su libertad, mientras se encuentra privado de ella. En segundo lugar, aun cuando el Estado dispone que existan talleres de trabajo y educación dentro de los penales, con el fin de capacitar a los internos e internas, y brindarles herramientas que les sirvan cuando recobren la libertad, el hacinamiento impide que todos puedan acceder a dichos cursos. Por tanto, dicho objetivo, por más reconfortador que suene, tampoco se cumple.

Por su parte, la prevención general tiene dos vertientes: negativa y positiva. Con respecto a la negativa, Feuerbach propuso que la pena debía servir para intimidar a los ciudadanos de manera tal que no delincan y opere así, como una suerte de ‘coacción psicológica’ (Mir, 2016, pág. 82). Al respecto, se ha objetado que, si el fin de la pena es disuadir, esto permitiría elevar las penas indefinidamente, pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante (Bacigalupo, 1999, págs. 33 - 34). Otra crítica es que, más que una teoría de la pena, la prevención general negativa sería una teoría de la norma penal (Meini, 2013, pág. 151). Esto, en razón a que la coacción psicológica se verifica antes de la imposición de la pena, mientras que esta última se aplica cuando la prevención no ha podido neutralizar los deseos criminales (Meini, 2013, pág. 151).

La teoría preventivo general positiva, por su parte, postula que la amenaza de la pena debe tener por efecto mantener o fortalecer la confianza de la población en el carácter inquebrantable del Derecho y en la protección del ordenamiento jurídico frente a ataques delictivos (Stratenwerth, 2005, pág. 36). La reafirmación del derecho se da a través de una función integradora, que consiste en reafirmar la conciencia social de que la norma vulnerada es válida; o, estabilizadora, según la cual la sanción reestablece la vigencia de la norma penal cuestionada, algo similar a lo que establecía la lógica dialéctica de Hegel.

Una de las críticas contra la prevención estabilizadora es que “no valora los fines políticos del sistema jurídico en cuya defensa se impone la pena” (Meini, 2013, pág. 153). Por tanto, podría terminar legitimando penas contra personas que no acaten normas injustas, emitidas, por ejemplo, en el marco de Estados no democráticos. Otro cuestionamiento interesante es que, si lo fundamental es propiciar confianza en el derecho, antes que acudir a la pena, primero se debería mejorar la eficacia de las instituciones que forman parte del sistema penal, como la Policía, el Poder Judicial y el Ministerio Público, pues de sus actuaciones depende en última instancia que la población confíe o no en el derecho” (Meini, 2013, pág. 153). Finalmente, la existencia empírica de un efecto preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta ahora comprobada convincentemente y, además, es difícil que pueda serlo en algún momento (Bacigalupo, 1999, pág. 33).

Por su parte, la tesis *mixta o de la unión*, como la concibe Roxin, es una combinación de fines preventivo especiales y generales, en función del momento en el que se aplica la pena: 1) en la conminación penal, el fin es preventivo general, 2) en la imposición de la pena, se toma en cuenta las necesidades preventivo especiales y generales, y 3) en la ejecución de la pena, impera el fin preventivo especial positivo, en la resocialización del individuo (Roxin, 1997, pág. 86). Al respecto, dado que la tesis mixta apuesta por la prevención general y especial, todas las

críticas que se han planteado contra dichas teorías se mantienen en esta última propuesta.

A pesar de los cuestionamientos que existen contra cada una de las teorías antes mencionadas, la Constitución (art. 139 numeral 22) y la jurisprudencia se apoyan en ellas para pretender justificar (de manera fallida) el fin que cumple la pena en el Perú. Hay una marcada resistencia en aceptar que una cosa son los fines que debería perseguir la sanción y otra muy distinta, los que la justifican hoy y ahora. Como señala Zaffaroni:

El discurso jurídico-penal no puede desentenderse del “ser” y refugiarse o aislarse en el “deber ser”, porque para que ese “deber ser” sea un “ser que aún no es”, debe reparar en el devenir posible del ser, pues de lo contrario lo convierte en un ser que jamás será, o sea, en un embuste. De allí que el discurso jurídico-penal socialmente falso sea también perverso: se tuerce y retuerce, alucinando un ejercicio de poder que oculta o perturba la percepción del verdadero ejercicio de poder. (1998, pág. 23)

Ahora, no basta con reconocer que ninguna de las teorías sobre los fines de la pena es real, idónea o satisfactoria. Ninguno de los internos o internas va a recuperar su libertad a pesar de que es un secreto a voces que las razones que presuntamente justifican la pena se han ido desbaratado poco a poco, hasta no quedar rastro de ellas. Lo que corresponde, por tanto, es llegar a un consenso respecto a cuáles son las razones que hoy en día y dadas las circunstancias, legitiman que el Estado imponga una sanción penal a una persona que ha cometido un delito. Esta es una responsabilidad que le compete a todos los ciudadanos y ciudadanas, especialmente, a los que gozamos de libertad.

3. Estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos (DIDH) Sobre Personas Privadas de Libertad

El derecho penal no sólo no puede contrariar la Constitución, sino que encuentra en ella sus límites (restricciones de la intervención penal), como también sus fines e instrumentos de tutela (fundamentos para legitimar su intervención de cara a la protección de bienes jurídicos) (Donini, 2001, pág. 24). De la Carta Magna se derivan los principios y reglas esenciales que han de respetarse, no sólo al momento de incriminar conductas, imputarlas a un individuo presuntamente responsable de un hecho delictivo o asignar la responsabilidad penal, sino también cuando se establecen los fines de la pena.

Si nos remitimos a la norma fundamental, como ya indicamos, esta recoge expresamente en el numeral 22 del artículo 139 que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (Constitución, 1993); con ello expresa que la ejecución de la pena debe buscar ‘corregir’ o ‘tratar’ al penado para que no vuelva a delinquir. El artículo IX del Título Preliminar del Código Penal también lo recoge: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora” (Código Penal, 1991).

En esa línea, el TC ha establecido igualmente que tanto las teorías preventivo especial, como general, gozan de protección constitucional directa (Demanda contra Ley N° 28568, 2005). Estas tesis que pretenden legitimar la sanción penal deben leerse a la luz de tratados internacionales sobre derechos humanos, que orientan, a través de disposiciones vinculantes, la actuación del Estado expresado en el *ius puniendi* (derecho a castigar).

En ese orden de ideas, en materia de personas privadas de libertad, el sistema internacional de derechos humanos (SIDH) establece una serie de obligaciones internacionales para los Estados parte de los tratados que ratifican. En el Perú, acorde a la Carta Magna, estos se integran al derecho interno y, aquellos que versan sobre derechos fundamentales, según la Cuarta Disposición Final y Transitoria, el artículo 55 y el artículo 3, y el mismo TC, tienen rango constitucional⁴. Para efectos de este artículo, y dado que estamos analizando los fines de la pena, no abordaremos los alcances referidos a las medidas de seguridad para personas inimputables, o socioeducativas, en el caso de adolescentes infractores.

Dicho esto, son vinculantes los tratados de derechos humanos como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH") de 1969, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, "PIDCP") de 1966, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1945 (en adelante, "DUDH")⁵, la Convención de la ONU contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, entre otros. También lo son los fallos de la Corte IDH, que interpretan el alcance de sus artículos, pues como señala el TC, "la vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso" (Colegio de Abogados del Callao, 2007).

En tanto el derecho penal es expresión del *ius puniendi*, su intervención estará legitimada siempre que ocurra dentro de los límites del Estado social y democrático de Derecho, y en respeto irrestricto de los derechos fundamentales (Naucke & Brond, 2006, pág. 103). En ese sentido, la función que se le asigne a la pena deberá tomar en cuenta los estándares internacionales que vinculan al Estado peruano al momento de ejercer legalmente la fuerza pública y, por tanto, privar de la libertad a un individuo como consecuencia de la comisión de un

4 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00007-2007-PI/TC: "Párrafo 36. En consecuencia, al Tribunal Constitucional, en el presente caso no le queda más que reiterar su reiterada doctrina, imprescindible para garantizar los derechos fundamentales, bien se trate de procesos jurisdiccionales, administrativos o políticos: que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. Así lo ha reconocido también el abogado del Jurado Nacional de Elecciones, según consta en la copia fedateada de la transcripción de la audiencia pública correspondiente a la presente causa, realizada en la ciudad de Arequipa el 6 de junio de 2007 y que obra en autos." (Colegio de Abogados del Callao, 2007)

5 Aunqu no es un tratado, la declaración universal es fuente de derecho consuetudinario.

delito. La pena, en tanto reacción a la criminalidad, legitima al Estado restringir la libertad de un individuo solo si con ello se garantizan los derechos a todos y cada uno (Bacigalupo, 2010).

En ese orden de ideas, la CADH ha precisado que los Estados Parte (como el Perú) tienen una posición especial de garante sobre las personas que, bajo su jurisdicción, se encuentran privadas de libertad. En ese sentido, se les exige adoptar las medidas necesarias a fin de salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos humanos de los internos e internas. Esta relación se explica debido al fuerte control o dominio que ejercen las autoridades penitenciarias sobre las personas sujetas a su custodia.

Como indica la Corte IDH, existe

una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. (“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, 2004; Isaza Uribe y otros Vs. Colombia, 2018; Hernández Vs. Argentina, 2019).

Como resultado de este deber, el Estado tiene obligaciones específicas para con estas personas, entre las que destaca la prohibición del derecho internacional de imponer una pena que, además de restringir la libertad personal, vulnera otros derechos como la vida, integridad personal, salud, debido proceso, entre otros (“Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, 2004; Isaza Uribe y otros Vs. Colombia, 2018; Hernández Vs. Argentina, 2019). Tampoco se les puede someter a penas corporales, y se considera que el hacinamiento es una vulneración per se a la integridad personal (Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, 2019). Lo mismo sucede con el aislamiento y la incomunicación prolongados que representan por sí mismo formas de trato cruel, inhumano, lesivos a la integridad psíquica y moral de la persona (Suárez Rosero Vs. Fondo, 1997).

Por otro lado, destaca la Corte IDH, que existe un deber de establecer condiciones de detención mínimas compatibles con la dignidad de estas personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013, 13 de febrero). Entre dichas medidas se encuentra: garantizar el acceso a agua potable para su consumo y aseo personal; brindar una alimentación de buena calidad, con un valor nutritivo suficiente; atención médica proporcionada regularmente; educación, trabajo y recreación para promover la rehabilitación y readaptación social; visitas en los centros penitenciarios; suficiente luz natural o artificial en las celdas (Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, 2012). Todo esto debe cumplirse sin que el Estado pueda alegar dificultades económicas como excusa de no alcanzarlos (Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, 2012).

La situación de desprotección y vulnerabilidad de las personas privadas de libertad deriva del incumplimiento del Estado de satisfacer las condiciones mínimas carcelarias compatibles con la dignidad. Esto último a pesar de que los tratados internacionales que ha ratificado, le imponen dichas obligaciones. El Estado no puede aplicar una pena y luego alegar incapacidad económica para incumplir el deber de garante que tiene de cara a las personas que se encuentran bajo su custodia.

Haciendo un paralelismo con las reglas del estado de necesidad (art.20.5 CP), ahí donde el obligado causó la situación de peligro o estaba obligado a soportarla por una particular relación jurídica, no procede la exención de responsabilidad penal. Lo mismo sucede en el caso de las cárceles. La situación de desprotección y vulnerabilidad en la que se encuentran los internos e internas ha sido generada por el propio Estado, por ende, no podría alegar una excusa para no remediarlo.

En la línea de establecer la posición de garante, dado que estas personas se encuentran bajo la custodia de agentes estatales, las muertes o lesiones de las personas privadas de libertad deben investigarse de manera seria, imparcial y efectiva (Vera Vera y otra Vs. Ecuador, 2011), y corresponderá al Estado ofrecer una explicación lo suficientemente convincente y satisfactoria que permita desvirtuar su responsabilidad (Mendoza y otros Vs. Argentina. , 2013).

Dado que existe la obligación especial de salvaguardar la vida, salud, dignidad y demás derechos, aquellos hechos que resulten lesivos a estos, mientras estas personas cumplan la pena y estén bajo una relación de sujeción, generarán una responsabilidad estatal si es que no se brinda una explicación convincente del origen de estos actos. Incluso podrían llegar a constituir una forma de trato o pena cruel, si debido a las condiciones del encierro, existe un deterioro de la integridad física, psíquica o moral (García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , 2005).

Cabe recordar que la “restricción de derechos del detenido, como consecuencia de la privación de libertad o efecto colateral de esta, debe limitarse de manera rigurosa” (López Alvarez Vs. Honduras, 2006; “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , 2004), justificándose sólo cuando sea necesario en el contexto de una sociedad democrática. Las muertes o lesiones en prisión no constituyen un efecto colateral del encierro. Pero ocurren, y no sólo a causa de las enfermedades transmisibles, como el COVID-19, VIH o TBC, sino también por motines registrados al interior de estos recintos, precisamente en razón al hacinamiento y sobrepoblación, que implican la intervención de agentes estatales que hacen uso de la fuerza para garantizar el orden interno.

Aunque el Estado tiene el derecho y deber de garantizar su propia seguridad, el empleo de la fuerza, con mayor razón en estos espacios, debe darse bajo los límites de la legalidad, necesidad y proporcionalidad (Neira Alegría y otros Vs. Perú., 1995). De lo contrario, una privación arbitraria de la integridad o vida

resultará en una pena ilegal, y traerá como consecuencia la responsabilidad internacional del Estado por ello.

Estos estándares vinculantes del DIDH, que están en consonancia también con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela⁶), generan obligaciones al Estado, bajo responsabilidad internacional, de garantizar una serie de condiciones carcelarias que garanticen la dignidad inherente y los derechos de las personas privadas de libertad. Obligación que se da con mayor intensidad cuando se trata de personas en situación de mayor vulnerabilidad, como son las mujeres, migrantes, niños, niñas y adolescentes, personas con enfermedades preexistentes, adultos mayores, entre otros.

Por otro lado, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobados por la CIDH en el 131 periodo ordinario de sesiones realizado entre el 3 y 14 de marzo de 2008, también recogen estas directrices. Así, por ejemplo, el Principio I reconoce la “posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad”, y agrega que no se podrá invocar

circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008)

como sería el caso de la pandemia que estamos atravesando.

Por su parte, el Principio VII señala, a su vez, que cuando los centros penitenciarios estén ocupados por más personas de lo que permiten las plazas establecidas por ley, y de ello deriven vulneraciones a derechos humanos, esto deberá ser considerado como una “pena o trato cruel, inhumano o degradante” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008). Situación que se encuentra prohibida por el derecho internacional.

Estos lineamientos recogidos por el DIDH también están, en parte, precisados en el Derecho Interno, como ya se anticipó en el artículo 139 de la Constitución, numerales 21 y 22, pero también en el Código de Ejecución Penal, a partir del principio de humanidad (artículo 3 del Título Preliminar), la prohibición de restringir más derechos a los internos que los estrictamente establecidos por ley y la sentencia (artículo 1), la separación de internos y procesados (artículo 11), la adecuada alimentación (artículo 17), el derecho al bienestar físico-mental (artículo 76), a acceder a actividades educativas, culturales, religiosas y laborales (artículo 18), así como a recibir comunicaciones (artículo 37) y visitas (artículo 39), entre otros.

⁶ Aun cuando estos no sean vinculantes per se, nada obsta que los Estados puedan adaptar sus marcos jurídicos de cara a tales Reglas, dado que estas se basan en principios fundamentales de aplicación general.

Ahora bien, en lo que respecta a los fines asignados a la pena, la CADH, en su artículo 5, señala que las penas privativas de libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, lo que ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte IDH (Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. , 2006; García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , 2005). Esto se encuentra precisado en los mismos términos en el artículo 10 del PIDCP, numeral 3 que, además, reitera que toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente, con el respeto debido a su dignidad humana. Al respecto la Observación General No. 21 del Comité de Derechos Humanos (que interpreta los alcances del PIDCP) señala que: “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso” (Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos, 1992).

Por su parte, los considerandos de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas recogen una multiplicidad de finalidades tanto preventivas generales, como especiales: “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008).

En la misma línea va la regla 4 de las Reglas Mínimas de Mandela al precisar que los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Y a ello, añade:

Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2015)

De lo descrito en líneas anteriores se deduce que, tanto el sistema universal de Derechos Humanos como el interamericano, se alinean en mayor medida, a una mirada preventivo especial, dirigida principalmente a garantizar la resocialización o reinserción del reo a la sociedad. O, en todo caso, la no desocialización, como la obligación del Estado de no obstaculizar que el ciudadano, si así lo decide, y en conformidad con el respeto a su libertad de pensamiento, se reinserte en la sociedad (Arias Holguín, 2012, pág. 150). Este discurso igualmente amparado en nuestra Constitución se debilita, sin embargo, ante la comprobada capacidad desocializadora de los lugares en los que se cumple la pena, tal como hemos indicado en el primer apartado.

Esto se ha visto aún más agravado con la llegada de la pandemia por el COVID-19 que, al afectar el derecho a la salud y vida de las personas privadas de

libertad, vulnera también el principio de proporcionalidad que debe regir la pena. En virtud de este, el Estado no puede responder con penas desproporcionadas al contenido ilícito (entidad del bien jurídico lesionado por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad según las circunstancias del caso (Zaffaroni, 2020b, pág. 28).

Aunque la realidad de la ejecución penal haya normalizado que el grado de la pena sea superior a lo estrictamente lícito, si este exceso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante, incluso de alto riesgo a la vida, ese plus desequilibra la relación tiempo-sufrimiento presupuesta por el legislador en el Código penal, y vuelve ilícita la pena.

El fin resocializador de la pena se convierte en este escenario en una aspiración político-criminal de lo que debería ser la pena privativa de libertad, más no de lo que es, por las razones expuestas líneas arriba. Por tanto, pretender legitimarla (recordemos que en eso consiste identificar un fin), a partir de un ideal irrealizable no sólo no resulta convincente, sino que debilita las razones a favor de imponer este castigo.

La sanción en esos términos se degrada a una de fines retributivos, estando esta finalidad prohibida al amparo del orden constitucional e internacional. La pregunta en esa línea es, entonces, si es dable asignarle un fin a la pena, desde una mirada político-filosófica, que no sólo se encuentra divorciada de la realidad, sino que, además, esta última frontalmente la transgrede.

4. Entre el Ser y el Deber Ser: ¿Qué Hacer?

Tal como se había señalado líneas arriba, el Estado ha reconocido en varias oportunidades que existe una situación de crisis en el sistema penitenciario. Ello no sólo se da debido a las declaratorias de emergencia en los últimos años, sino al reconocimiento del TC del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) en esta materia, que tuvo su última y más importante expresión el pasado 26 de mayo de 2020, pero que ya se había pronunciado antes, en el extremo de la salud mental de las y los internos.

Las declaratorias de emergencias y crisis del sistema penitenciario constituyen una reafirmación de la incapacidad del Estado para poder cumplir los mandatos constitucionales e internacionales de protección de los derechos de las personas privadas de libertad. A partir de un repaso de dichos pronunciamientos, y, a su vez, de los fines tradicionalmente asignados a la pena, se evaluará si cabe o no hallar un discurso alternativo legitimador de la sanción penal en este contexto de pandemia que, al fin y al cabo, justifique su existencia.

4.1 La Crisis del Sistema Penitenciario

El 6 de enero de 2017 mediante Decreto Legislativo N° 1325, se declaró en estado de emergencia el Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), por razones de seguridad, salud, hacinamiento y deficiente infraestructura por un plazo de 24 meses, a fin de revertir la aguda crisis que atraviesan

los establecimientos penitenciarios a nivel nacional. Una de las razones que llevó a esta decisión fue, según la normativa, lo siguiente:

Que, el Sistema Nacional Penitenciario viene atravesando una aguda crisis, en las últimas décadas, debido principalmente a la sobrepoblación de internos en los establecimientos penitenciarios, los mismos que han sido re-basados en su capacidad de albergue, así como por la falta de los medios necesarios, como recursos humanos, logísticos, presupuesto y servicios penitenciarios para el tratamiento, salud y seguridad penitenciaria, lo cual dificulta el proceso de resocialización del interno. (DL N° 1325, 2017, 2017, 6 de enero)

Esta medida buscaba reducir el hacinamiento en las prisiones e implementar acciones para mejorar las condiciones de salud, dada la alta incidencia de enfermedades como la tuberculosis y el VIH en las prisiones, y las afectaciones a la salud mental. También buscaba fortalecer la infraestructura de los penales, implementar medidas anticorrupción, salvaguardar la seguridad de las y los internos y el personal penitenciario, entre otros. A fines de 2018, el plazo para cumplir con estos objetivos se extendió por 24 meses, a través del Decreto Supremo N° 013-2018-JUS, hasta el 7 de enero de 2021.

En el marco de esta declaratoria, en el 2020 se impulsaron algunas medidas como la conversión de penas en los casos de internos condenados por el delito de OAF, si la persona realizaba el pago íntegro de la reparación civil y la deuda alimenticia acumulada (DU 008-2020); o la optimización de criterios y requisitos para que las personas extranjeras condenadas en el Perú puedan cumplir su pena en un establecimiento penitenciario del exterior o sean enviados a su país (DU 018-2020).

Por su parte, en relación con las sentencias del TC que declaran un ECI en materia penitenciaria, cabe recordar el primer fallo emitido en 2010 sobre salud mental vinculado a las personas que padecen enfermedades mentales, sujetas a medidas de internación (N° 03426-2008-PHC/TC, 2010) y el segundo en 2019 nuevamente sobre la falta de diagnóstico y tratamiento de la salud mental de las personas internadas (N° 04007-2015-PHC/TC, 2019).

Sin embargo, es el último fallo del TC sobre este tema el 26 de mayo de 2020 que, de manera generalizada y no limitándose al grupo de personas con discapacidad mental privadas de libertad, declara la existencia de un ECI “respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional” (N.° 05436-2014-PHC/TC, 2020).

El caso en virtud del cual se pronuncia es el de un interno del penal de Pocolay (Tacna) que presentó un habeas corpus alegando que la forma en la que estaba cumpliendo la pena ponía en riesgo su vida y salud, pues padecía de

enfermedades como la gripe y bronquitis, que se habían tornado crónicas y venía durmiendo en el suelo, a falta de camas individuales, en una cárcel que tenía una tasa de sobrepoblación de 355%. Por ese motivo, pedía atención médica, así como dejar de dormir en el suelo.

La sentencia declaró fundada en parte la demanda, en el extremo donde alega la vulneración de su derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad en la forma y condiciones en que cumple la pena. A su vez, declaró un ECI y estableció la necesidad de que las alternativas de solución a este problema deban ser el resultado de un trabajo conjunto y coordinado entre el Poder Legislativo, Judicial y Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad. En esa línea, dio un plazo de cinco años para superar esta situación de inconstitucionalidad, bajo el riesgo de cerrar temporalmente establecimientos penitenciarios, empezando por los seis más hacinados; y un plazo de 3 meses para que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos elabore un Plan Nacional de Política Penitenciaria 2021-2025.

Este último fallo resulta revelador de la dramática realidad carcelaria vigente en nuestro país y la manera cómo se distorsiona el cumplimiento de las penas privativas de libertad en los distintos establecimientos penitenciarios. Los argumentos ahí desarrollados no son nuevos, sino que dan cuenta de un estado de cosas inconstitucional que existe hace décadas. Sin embargo, lo relevante de esta sentencia es que el Estado reconoce formalmente que las penas que impone en ejercicio de su *ius puniendi*, a quienes incurren en la comisión de delitos, no solo son privativas de libertad, sino de la salud, integridad y dignidad, pudiendo ser incluso, calificadas de penas crueles, inhumanas y degradantes, y contrariando, además, la proscripción de la pena de muerte en el país.

Dicho esto, el TC, en esta oportunidad, recoge varios puntos interesantes. Lo primero es que, como precisamos en el primer apartado sobre la realidad carcelaria, este no es un problema reciente, ni exclusivo de nuestra región, sino que es una crisis heredada que no nació con la llegada de la pandemia (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020). Esto último, apenas agravó la afectación de derechos de las personas privadas de libertad. Lo segundo es que este escenario no ha sido generado única ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de prisiones, sino por diversas políticas de aumento de penas y persecución penal. Con ello, el tribunal determina que la responsabilidad detrás de esta situación es compartida, aunque ello resulte irrelevante frente a las obligaciones internacionales que pesan sobre el Estado como una sola entidad.

Otro punto interesante del fallo son las causas que subyacen al hacinamiento penitenciario en Perú, tales como las políticas de tolerancia cero, el incremento de penas, la eliminación de beneficios penitenciarios, la falta de mejora y aumento en la infraestructura, el uso excesivo de la prisión preventiva por sobre medidas alternativas, la creación de más delitos; así como sus consecuencias, que incluyen,

espacios de tensión, vulneraciones de derechos, proliferación de enfermedades, fallas en el control y vigilancia penitenciaria, motines, imposibilidad de acceder a trabajo y educación, etc. (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020).

Como bien afirma el TC, y acorde a lo reseñado líneas arriba, el Estado peruano no ha venido cumpliendo los mandatos constitucionales ni las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (N.º 05436-2014-PHC/TC, 2020). Esto incluye la finalidad que el mismo Estado ha asignado a la sanción punitiva, consistente en resocializar o reinsertar al reo en la sociedad. En un contexto de hacinamiento carcelario y sobrepoblación penitenciaria de 134% sobre su capacidad máxima, agravada con la crisis sanitaria del COVID-19, este fin no sólo constituye un imposible jurídico, sino que, en la práctica, esta sanción deviene en una pena cruel e inhumana, y una lesión de los derechos a la integridad personal, dignidad, salud, y vida.

Tal como sostuvo la Defensoría del Pueblo en un informe de Adjuntía No. 006-2018/ADHPD “un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores, afectando de forma casi ineludible, la dignidad de las personas encarceladas” (Defensoría del Pueblo, 2018, pág. 15). A ello agrega que, a pesar de los compromisos asumidos por distintos gobiernos, este fenómeno en vez de haber disminuido, ha aumentado significativamente (Defensoría del Pueblo, 2018).

En esa línea, la realidad de las prisiones a nivel nacional, y regional, nos lleva necesariamente a cuestionar los fines de la pena asignados tanto por el derecho nacional, como por el internacional (principalmente, en lo relativo a la pena privativa de libertad). Pese a que la pena no se reduce a ser únicamente de prisión, la teoría que busque legitimarla debe ser capaz de cumplirse en cada una de sus modalidades, lo que implica, necesariamente tomar en cuenta la realidad carcelaria. Como se dijo líneas arriba, con relación a las distintas teorías tradicionalmente esbozadas para legitimar la pena, estas no sólo no están exentas de críticas, sino que la postura adoptada en este artículo nos lleva a descartar la gran mayoría.

4.2. El Fin Posible: La Reivindicación de Libertades

La pena en tanto reacción al delito forma parte del sistema penal y se vincula necesariamente al fin del derecho penal, la norma penal y la ejecución de la pena. Sin embargo, no ha de recargársele las funciones que otras instituciones cumplen (Meini, 2013, pág. 155). Si el derecho penal garantiza la protección de bienes jurídicos, y la norma penal busca prohibir comportamientos que los ponen en riesgo y se valida, en tanto sea expresión de una justa distribución de libertades, la pena, que llega después de haberse cometido el delito, sólo se legitimará en tanto refuerce esta protección de libertades.

Esto es así, debido a que, como dijimos líneas arriba, no puede asignársele un fin preventivo general negativo, que legitime la pena en función de la amenaza de sanción a quienes aún no delinquen, pues estaría desvinculándola del daño

social del delito que aún no ha ocurrido. Como se impone después de haberse cometido, no tiene capacidad para prevenirlo. Tampoco podría atribuírsele un fin preventivo especial positivo, que pretende validar la pena a partir del tratamiento resocializador y correctivo del delincuente que, además de no poder realizarse por razones empíricas, condiciona su legitimidad a lo que ocurra después de imponerse la pena. Esto, además, ya ha sido validado por el mismo TC en su última sentencia que declara el ECI.

Qué duda cabe, además, que las tesis retributivas que despojan de toda utilidad a la pena no tienen cabida dentro de un Estado social y democrático de Derecho, más aún se trata de una privación arbitraria de la libertad personal. Aunque en los hechos, la pena termine generando una aflicción equivalente al mal causado, eso no da pie para consignarlo como uno de los fines que debe perseguir de cara a su legitimación. Al menos no en un Estado de Derecho al que le son vinculantes normas jurídicas de derecho internacional que le obliga a respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y prohíben expresamente las penas crueles e inhumanas.

La única manera de legitimar la pena, esto es, de atribuirle un fin constitucional en esa línea, es estableciendo que esta sea la reivindicación de una justa ponderación de libertades, lo que ocurrirá siempre que la sanción impuesta responda a criterios de necesidad social, idoneidad y proporcionalidad en la protección penal de bienes jurídicos. La pena, en este caso, será legítima solo si es capaz de reforzar que la norma penal resquebrajada debe seguir rigiendo como pauta de comportamiento por ser precisamente esta el reflejo de una justa expresión de libertades en democracia. Con ello, la pena, además, expresa un reproche ético-social de lo que representa el hecho cometido.

Por su parte, no basta reforzar el mandato de la norma penal, sino que, en su determinación a manos de un juez, la pena no sólo debe responder a la gravedad del injusto cometido y la culpabilidad del infractor, sino a la necesidad social que debe existir al momento de su imposición y durante su ejecución (Meini, 2013, pág. 157).

Asimismo, la respuesta asignada al fin de la pena debe ser útil para responder si la pena impuesta por un juez a una persona que infringe una norma que no expresa una justa distribución de libertades en un Estado social y democrático de Derecho es legítima o no. Si asumimos la postura aquí reseñada, ahí donde se imponga una sanción penal por realizar un comportamiento legalmente prohibido que, no sólo no refleja una justa distribución de libertades, sino que la conducta en sí es una manifestación de estas libertades (como ocurre con los delitos de homicidio piadoso del art. 112 o de aborto por violación sexual del art. 120 del Código Penal), la pena impuesta incumplirá el fin asignado y, por tanto, se tornará en ilegítima.

En este análisis, la aplicación de los principios constitucionales del derecho penal resultan indispensables para legitimar la sanción. En esa línea, además de la reivindicación de libertades, la legitimidad de la pena también recae en el respeto

al principio de proporcionalidad. Es importante reiterar que los jueces, por mandato constitucional (Constitución Política de la República, 1993, art. 139.8), están obligados a administrar justicia incluso ante vacío o deficiencia de la ley, ante lo cual deberán aplicar principios generales del derecho. No se trata pues, de realizar un simple proceso de subsunción de lo que indica la pena legal, sino que el juez debe resolver el conflicto que siempre se genera entre los derechos fundamentales afectados por los castigos, y los fines que estos persiguen (Arias Holguín, 2012, pág. 152).

En otras palabras, si el castigo recogido en las reglas previstas por el legislador es desproporcionado, debido a que no es idóneo para alcanzar el fin, ni necesario o proporcional en sentido estricto, el operador jurídico deberá optar por una sanción alternativa. En el análisis de la necesidad social, por ejemplo, se analiza si existen otros intereses igual de idóneos para alcanzar el fin de la pena, en la búsqueda hacia una distribución equitativa de libertades. Esto podría ocurrir, por ejemplo, con el paso del tiempo que hace decaer la necesidad de pena, a través de la prescripción penal, o la reparación del daño, a través del principio de oportunidad. En casos en los que el ilícito penal sea insignificante, además, por el principio de lesividad, también debiera prescindirse de la pena.

Regresando, entonces, al contexto del COVID-19, la pena de prisión impuesta en este escenario, significará necesariamente, la aflicción de un sufrimiento adicional no calculado por el legislador en el código penal al momento de establecer la duración de la pena de prisión (Zaffaroni, 2020b, pág. 27). Ello, dada la afectación excesiva que trae aparejada la imposición de una pena, en la que el cumplimiento de esta, por el nivel de hacinamiento carcelario y las condiciones de prisión, conllevarán a una vulneración excesiva a derechos que trascienden a la libertad personal, como el de la integridad, salud, dignidad e, incluso, vida. Los jueces conocen las condiciones carcelarias en las que se cumplirá la pena, y saben que resulta absolutamente desproporcional a sus fines. En esa línea, recae en estos el deber de recoger estas variantes al imponer una pena que sólo resultará legítima en tanto sea proporcional a la gravedad del injusto, y la culpabilidad del actor.

La sobrepoblación y el hacinamiento carcelario, así como las condiciones de detención incompatibles con la dignidad humana, constituyen problemas que tanto el Poder Ejecutivo, como el Legislativo deben resolver. En ese sentido, el TC reconoció adecuadamente que la problemática del hacinamiento penitenciario es compartida. Sin embargo, dado el incumplimiento de las obligaciones nacionales e internacionales por parte de estos dos poderes del Estado, corresponde a los jueces, en cuyas manos recae la imposición de las penas, legitimarla solo en tanto sea expresión de una justa distribución de libertades (que se restringen y se protegen con la pena), y en esa ecuación, la prisión, resulte necesaria y proporcional en sentido estricto para alcanzar ese fin, tomando en cuenta la restricción de derechos excesivamente desproporcional que puede generarse en el cumplimiento de la sanción.

Finalmente, si el grado de sufrimiento alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los llamados (por mandato constitucional que les prohíbe aplicar este tipo de penas, así como toda aquella sanción que resulte excesivamente restrictiva de derechos que trasciendan a la libertad) a reestablecer la observancia del principio de proporcionalidad, y a encontrar alternativas que sean igualmente idóneas y necesarias para alcanzar el fin de la pena. Lo contrario implicaría imponer penas ilegítimas e ilícitas, prohibidas por normas fundamentales como la Constitución y el derecho internacional, pudiendo incluso, calificar como actos de tortura (Zaffaroni, 2020b, pág. 27).

REFERENCIAS

- “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. , Serie C No. 11. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de septiembre de 2004).
- Arias Holguín, D. P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de la legalidad. *Revista de Derecho*(38), 142 - 171. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85124997005>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2010). Filosofía e ideología de las teorías de la pena. *Derecho y Humanidades*, 16(1).
- Código Penal. (1991). [CP].
- Colegio de Abogados del Callao, Expediente N° 00007-2007-PI/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2007).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Organización de los Estados Americanos.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (8 de mayo de 2020). CIDH condena hechos de violencia en cárceles peruanas. *oas.org*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (31 de marzo de 2020). *La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19*. Obtenido de *oas.org*: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, Resolución N° 1/2020*.
- Constitución Política del Perú. [Constitución] (1993). Perú.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1982). El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención Americana sobre Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-2/82*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 13 de febrero). *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* .
- Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe de Adjuntía No 006-2018-DP/ADHPD “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones”*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-Adjuntia-006-2018>
- Demanda contra Ley N° 28568, Expediente N° 0019-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 21 de julio de 2005).
- Dirección del MNPT. (2019). *Informe Especial N.02-2019-DP-MNPT; Informes Especiales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Lima: Defensoría del Pueblo. Obtenido de <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Especial-N2-Mujeres-en-penales.pdf>

- DL N° 1325, 2017. (2017, 6 de enero). *Decreto Legislativo N° 1325*.
- DL N° 1459, 2020. (2020). *Decreto Legislativo que optimiza la aplicación de la conversión automática de la pena para personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar, a fin de reducir el hacinamiento penitenciario y evitar contagios de COVID-19*.
- Donini, M. (2001). Un Derecho penal fundado en la carta constitucional: Razones y límites: La experiencia italiana. *Revista Penal*(8). Obtenido de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12963/Derecho%20Penal.pdf?sequence=2>
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Ferrajolli, L. (2000). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferri, E. (1933). *Principios de Derecho Criminal*. Madrid: Editorial Reus.
- García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. , Serie C No. 137. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2005).
- García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia 25 de noviembre de 2005).
- Gusis, , G., & Espina, N. (2020). *Prácticas de derecho penal y sistema de la pena*. Buenos Aires: Ediar.
- Hernández Vs. Argentina., Serie C No. 395. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2019).
- Instituto Nacional Penitenciario. (abril 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Instituto Nacional Penitenciario. (marzo 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Instituto Nacional Penitenciario. (mayo 2020). *Informe Estadístico*. Lima: Instituto Nacional Penitenciario.
- Isaza Uribe y otros Vs. Colombia., Serie C No. 363. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de noviembre de 2018).
- López Alvarez Vs. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de febrero de 2006).
- Meini, I. (2013). La pena: Función y presupuestos. *Derecho PUCP*, 141 - 167.
- Mendoza y otros Vs. Argentina. , Serie C No. 260. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de mayo de 2013).
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (16 de junio de 2020). MINJUSDH enfatiza que se está impulsando un deshacinamiento responsable en los establecimientos penitenciarios. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/minjus/noticias/187341-minjurdh-enfatiza-que-se-esta-impulsando-un-deshacinamiento-responsable-en-los-establecimientos-penitenciarios>
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- N.° 05436-2014-PHC/TC, EXP. N.° 05436-2014-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de junio de 2020).

- N° 03426-2008-PHC/TC, Exp. N° 03426-2008-PHC/TC (Tribunal Constitucional 26 de Agosto de 2010).
- N° 04007-2015-PHC/TC, Exp. N° 04007-2015-PHC/TC (Tribunal Constitucional 27 de junio de 2019).
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. (1992). *Observación General No. 21, 4.º período de sesiones U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176*. Ginebra.
- Naucke, W., & Brond, L. (2006). *Derecho penal: Una introducción: claves para resolver causas penales, subsunción, racionalización de la ley mediante la teoría del delito, aspectos procesales, límites constitucionales, teorías de la pena, terrorismo internacional, criminología, jurisprud.* Buenos Aires: Ed. Astrea.
- Neira Alegría y otros Vs. Perú., Serie C No. 20. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de enero de 1995).
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2015). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*. Viena: Centro Internacional de Viena.
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>
- Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras, Serie C No. 241. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de abril de 2012).
- Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú., Serie C No. 137. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de noviembre de 2006).
- Pérez Guadalupe, J. L. (2020). Población penitenciaria: Los transgresores. En M. Burga, F. Portocarrero, & A. Panfichi, *Por una nueva convivencia: La sociedad peruana en tiempos del Covid-19. Escenario, propuestas de política y acción pública*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Pietro Sanchis, L. (2007). *La filosofía penal de la Ilustración*. Lima: Palestra Editores.
- Poder Judicial. (2020, 7 de mayo). *Resolución Administrativa N° 000138-2020-CE-PJ que aprueba la "Directiva de Medidas Urgentes con motivo de la Pandemia del COVID-19 para evaluar y dictar, si correspondiere, la reforma o cesación de la prisión preventiva"*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República. (2020, 23 de enero). *Decreto de Urgencia que optimiza los criterios para que los internos e internas de nacionalidad extranjera cumplan su condena en un establecimiento penitenciario del exterior o sean enviados a su país, DU 018-2020*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia de la República. (2020, 8 de enero). *Decreto de Urgencia que establece nuevos supuestos de conversión de pena en los casos de personas privadas de libertad por el delito de omisión de asistencia familiar para promover el pago de la reparación civil y deuda alimenticia, DU 008-2020*. Lima: Diario Oficial El Peruano.
- Presidencia del Poder Judicial. (2020, 30 de abril). *Resolución Corrida N° 000105-2020-P-PJ*.

- Quispe, O. (30 de julio de 2020). Ministra Ana Neyra: “Queremos testear a los 90 mil reos”. *Peru21*. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://peru21.pe/politica/ministra-de-justicia-ana-neyra-queremos-testear-a-los-90-mil-reos-coronavirus-en-peru-martin-vizcarra-noticia/>
- Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 387. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de octubre de 2019).
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. . (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Salmón Gárate, E. (2019). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Slokar, A. (2020). Necropolítica de los cautivos. Crisis y destino de la construcción jurídico-penal. En E. Zaffaroni, *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo* (págs. 58 - 64). Buenos Aires: Ediar.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*. Navarra: Aranzadi.
- Suárez Rosero Vs. Fondo, Serie C No. 35. Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997).
- Vera Vera y otra Vs. Ecuador, Sentencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011).
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F. (2017). *Derecho Penal básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontifical Universidad Católica del Perú.
- World Health Organization. (2020). *Frequently asked questions about prevention and control of COVID-19 in prisons and othe places of detention*.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática Jurídico-Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020a). *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020b). *Penas ilícitas: Undesafío a la dogmática penal*. Buenos Aires: Editores del Sur.

DELITOS MOTIVADOS CULTURALMENTE Y EL ERROR CULTURALMENTE CONDICIONADO: REFLEXIONES A PARTIR DEL PENSAMIENTO DEL PROFESOR FELIPE VILLAVICENCIO¹

Yvan Montoya V.²

Introducción

El profesor Villavicencio siempre mantuvo un interés especial por el problema del delito motivado culturalmente, es decir, de aquel comportamiento realizado por un sujeto perteneciente a un grupo étnico determinado que es considerado delito por las normas del sistema hegemónico y que, al mismo tiempo, es perdonado, aceptado como normal o aprobado en la cultura del grupo al que pertenece el autor del referido delito (De Maglie, 2012, p. 68). El presente trabajo es una breve contribución al merecido homenaje que le hacemos en este libro.

En ese sentido, hemos dividido nuestro texto en cuatro partes. La primera, la dedicaremos a hacer un breve repaso del marco normativo nacional e internacional básico, que vincula al Estado peruano con la protección de la diversidad cultural. En la segunda, desarrollaremos, de la mano del análisis que en su momento realizó el profesor Villavicencio, las distintas perspectivas del tratamiento dogmático penal de los delitos motivados culturalmente y, en especial, de las posiciones asumidas sobre el artículo 15 de nuestro Código Penal. En la tercera parte, haremos una rápida presentación del tratamiento desarrollado por nuestra jurisprudencia penal sobre esta materia, la misma que, contrastada con las exigencias del marco normativo, revisado en la primera parte y con la dogmática tratada en la segunda parte, nos permitirá, en una última parte y a manera de conclusión, tener un balance preliminar de la situación actual, y plantear nuestra posición de cara a esbozar algunos lineamientos de lo que debería ser un tratamiento óptimo de los delitos motivados culturalmente.

1. Marco normativo internacional y constitucional de protección de la diversidad cultural y límites basados en los derechos humanos

En materia de protección de la diversidad cultural, en el plano internacional, destacan principalmente dos convenios: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1 Como se indica en el texto, algunas ideas ya han sido desarrolladas en Montoya y Díaz (2017).

2 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y Doctor en Derechos Humanos y Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP.