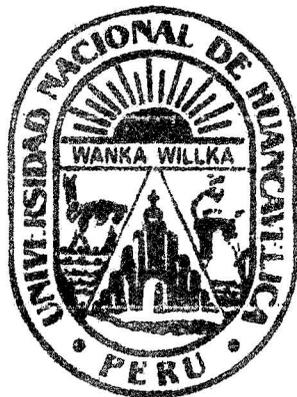


AÑO DE LA PROMOCIÓN DE LA INDUSTRIA RESPONSABLE Y DEL COMPROMISO CLIMÁTICO

# UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(Creada por ley N° 25265)



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS  
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

## TESIS

**"LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE  
LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO  
PERUANO"**

**LINEA DE INVESTIGACIÓN  
DERECHO PÚBLICO**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:  
ABOGADO**

**PRESENTADO POR:**

**CÁRDENAS ALMONACID, Jesús Gabriel**

**HUANCAVELICA - PERÚ**

**2014**



262

Universidad Nacional de Huancavelica  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS**

En los ambientes del Auditorio de la Facultad de Educación de la UNH – Paturpampa a los 07 días del mes de noviembre de 2014 siendo las once horas de la mañana, se reunieron el Jurado Calificador designado conformado por:

Presidente: Mtro. VICTOR ROBERTO MAMANI MACHACA

Secretario: Mag. LUIS ALBERTO LUNA HERNANDEZ

Vocal: Mag. REYMUNDO LAPA INGA

Designados mediante Resolución de Consejo de Facultad N° 204-2014-RCF-FDYCCPP-UNH del ..3.0./1.0... de 2014.

Investigación:

*Y LA REINGENIERIA CONSTITUCIONAL DE LA  
FUNCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD  
EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PERUANO*

Cuyo autor es:

SR. JESUS GABRIEL CARDENAS ALMONACID.

A fin de proceder a la evaluación, se invito al público presente y al sustentante abandonar el recinto; y luego de la correspondiente deliberación por parte del jurado, se llegó a al siguiente resultado:

APROBADO  POR.....*UNANIMIDAD*.....

DESAPROBADO ( )

Es conformidad a lo actuado, suscribimos al pie con nuestras firmas.

*[Handwritten signatures]*  
PRESIDENTE SECRETARIO  
VOCAL

261

## ÍNDICE

Portada	i
Índice	ii
Resumen	iii
Introducción	iv

### CAPITULO I: PROBLEMA

1.1. Planteamiento del Problema	11
1.2. Formulación del Problema	12
1.2.1. Problema General	12
1.2.2. Problemas Específicos	12
1.3. Objetivos de la Investigación	12
1.3.1. Objetivo General	12
1.3.2. Objetivos Específicos	12
1.4. Justificación	13

### CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	16
2.2. Bases Teóricas	17
2.2.1. Marco Histórico	17
2.2.1. Marco Conceptual	40
2.2.1. Marco Legal o Jurídico	144
2.3. Hipótesis	181
2.4. Variables de estudio	186
2.5. Definición Operativa de Variables e indicadores	187

### CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Ámbito de estudio	188
3.2. Tipo de Investigación	188

260

3.3. Nivel de Investigación.....	189
3.4. Método de Investigación.....	189
3.5. Diseño de Investigación.....	190
3.6. Población, Muestra, Muestreo.....	191
3.7. Técnicas, e instrumentos de Recolección de Datos.....	191
3.8. Procedimiento de Recolección de Datos.....	192
3.9. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos.....	193

#### CAPITULO IV: RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados.....	194
4.2. Discusión.....	219
Conclusiones	v
Recomendaciones	vi
Bibliografía	vii
Anexos	viii

**Dr. Lauro, LAPA RIVERA.**

**ASESOR**

*A Dios, Jesucristo "nihil sine deo" (nada sin dios) por ser fuente de amor y sabiduría, que me inspira y me da fuerza cada día de mi vida.*

*A mi madre: Vilma Soledad Almonacid Gala, por ser la mujer que me dio todo, a la que le debo lo que soy, y a todos y cada uno de mis cinco hermanos.*

*A mis amores: Analí Giovana Soto Donaires, y a mi unigénita Sanjena T. Cardenas Soto, por ser motor y motivo que me impulsan a luchar por la justicia.*

ESA

## RESUMEN

**TITULO: "LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"**

**TESISTA: JESÚS GABRIEL CARDENAS ALMONACID**

El propósito u objetivo de la presente investigación fue determinar los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales del Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica durante el año 2014. Ya que la función resocializadora que se encuentra también establecida en los tratados en materia de derecho humanos y de la que nuestro país es parte obligada por el principio de "PACTA SUNT SERVADA". Así también se pretende exponer brevemente argumentos sólidos para una Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de Libertad, mediante una reforma constitucional del artículo 139 inciso 22, a partir del análisis e interpretación de la opinión de la población mencionada. Para lo cual se utilizó el tipo de investigación Básica o Pura, Jurídica Propositiva; se arribó al nivel de investigación Científico, descriptivo – explicativo; se utilizó el método dogmático y dialéctico, con un diseño no experimental, utilizando para tal propósito como técnica el cuestionario encuesta y el cuestionario entrevista no estructurada, como medio de recolección de datos, así como jurisprudencia y doctrina jurídica.

Se trabajó con paquetes estadísticos, como el Microsoft Office – Microsoft Excel 2010, para los cuadros estadísticos, se usó la estadística descriptiva, se realizó la confrontación de la hipótesis, donde la mayoría de los encuestados y entrevistados considera que la función de la pena privativa de libertad no se está cumpliendo en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, por factores económicos, sociales, políticos y normativos, y por ende hay un consenso en cuanto a la propuesta del investigador cuyo texto reza: El principio de que el régimen penitenciario tenga por objeto principal la neutralización del reo y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad.

## ABSTRACT

**TITLE:** "REENGINEERING CONSTITUTIONAL FUNCTION OF THE DEATH OF FREEDOM DE PRIVATION LEGAL SYSTEM IN PERU"

**AUTHOR:** JESUS GABRIEL CARDENAS ALMONACID.

The purpose or objective of this research was to determine the inefficiency of the legal system in relation to the constitutional role assigned to the prison sentence, which aims at reeducation, rehabilitation and reintegration of the offender into society, that by the provisions in our standard normarum, inefficiency that is causing the most part the failure of the function of imprisonment in the Penitentiary of San Fermín de Huancavelica during 2014, ie rehabilitate the offender. Rehabilitating purpose which is also provided for in the treaties on human rights and that our country is a party to the principle of "PACTA SUNT SERVANDA". So also is intended to give strong arguments for a Constitutional Reengineering the Role of imprisonment, a constitutional amendment to Article 139, paragraph 22 For which type of Basic or pure research, Legal Propositiva was used; was reached at the level of scientific, descriptive research - explanatory; dogmatic and dialectical method was used with a non-experimental design, using for this purpose as the technical survey questionnaire and unstructured interview questionnaire as a means of data collection and Jurisprudence and Legal Doctrine.

We worked with statistical packages such as Microsoft Office - Microsoft Excel 2010 for statistical tables, descriptive statistics were used, the confrontation of the hypothesis, where the majority of respondents and interviewees considered performed the function of deprivation freedom is not being fulfilled in the penitentiary of San Fermín de Huancavelica, nor believe in the resocialization of the offender, and therefore there is a consensus on the proposal of the investigator which reads: the principle that the prison regime whose main activity is the neutralization of the defendant and exceptionally rejoining society.

## INTRODUCCIÓN

Una VEXATA QUESTIONE IN IURE PENAL es sin lugar a dudas, lo referente a la función de la pena privativa de libertad, ya que las tesis que fundamentan su finalidad (Resocialización del reo), han ingresado a una severa crisis, insoportable para un Estado Constitucional de Derecho, ya que no se puede seguir manteniendo una teoría europea que no se ajusta a nuestra realidad peruana, mucho menos que no tenga utilidad práctica.

Por lo esgrimido líneas supra, hoy más que nunca se tiene que repensar en la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, es por tal motivo que el investigador pretende identificar los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad y a partir de ello dar una alternativa de solución a este problema con el presente trabajo de investigación titulado: “LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”, tema elegido básicamente porque el problema de la finalidad de la pena privativa de libertad va mucho más allá de lo que podamos comprender; pues, como lo dirían los juristas romanos, es un “ALTRI TEMPI IN IURE PUNIENDI = FUERTE IMPACTO EN EL DERECHO SANCIONADOR”, ya que hoy en día la mayoría de la población está poniendo en jaque al mismísimo Derecho, al deslegitimar a una de las ramas más importantes del mismo, al Derecho Penal, bajo el argumento de que no está brindando la seguridad real y jurídica que demanda la población, y por ende no se llega a concretar uno de los fines más importantes del Derecho, alcanzar la justicia. Veamos pues, si a este tiempo se ha logrado brindar una solución real a este problema, pues en la mayoría de los casos podemos percibir que la resocialización sigue siendo una *desideratum* en muchos Estados.

Ahora bien y una vez más, no debemos olvidar que uno de los temas más polémicos en el Derecho Penal es lo relativo a los fines de la pena, el mismo que va a legitimar la intervención del Estado y también a que éste justifique su creación y su Statu Quo. Por supuesto y algo que no se debe dejar pasar, la aplicación de la pena privativa de libertad al delincuente no ha sido la misma en todos los tiempos, pues recuérdese que hasta hace dos siglos la prisión fue una alternativa humanitaria a la pena capital, a los tormentos y al exilio. La pena privativa de libertad y más aún aquella de corta duración, en lugar de

254

resocializar al reo lo desocializa, alejándolo de su familia, de su trabajo, asimismo en las cárceles sufren una especial estigmatización, pero lo peor de todo es que luego de su reingreso a la sociedad el rechazo de la misma es contundente, así también es importante tener en cuenta lo que manifiesta la *opinio iure*, como por ejemplo la doctrina del funcionalismo sistemático del profesor de la Universidad de Bonn en Alemania GUNTHER JAKOBS, quien señala que se puede renunciar a la pena privativa de libertad cuando existan otras formas de solucionar el conflicto. Estas y otras razones son las que nos conducen a defender una Reingeniería Constitucional de Función de la Pena Privativa de Libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

El trabajo en referencia se estructura bajo los parámetros del Reglamento de Grados y Títulos, en cuatro capítulos; los mismos que se detallan a continuación: Se da inicio con el CAPÍTULO PRIMERO en el cual se plasma la inquietud de la investigación en el planteamiento y la formulación del problema ¿Qué factores influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica sede-central, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?, para posteriormente determinar lo que se busca con la investigación en base a los objetivos generales y específicos; finalizando el capítulo con la justificación e importancia del trabajo.

El desarrollo del Marco Teórico, como sustento de lo formulado en el párrafo anterior se detalla en el CAPÍTULO SEGUNDO, explicando, describiendo y conceptualizando los diversos temas, todo ello referente a la Función de la Pena Privativa de Libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico; además del desarrollo del Marco Jurídico que propugna la resocialización del reo en el ámbito nacional relacionándolo con el ámbito internacional; para así intentar posibles respuestas a través de la Hipótesis: "La ineficiencia del Ordenamiento Jurídico, los factores económicos, sociales y políticos estarían ocasionando el incumplimiento de la Función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces Penales, ciudadanos y reos".

En el CAPÍTULO TERCERO se da a conocer la Metodología de la Investigación; para determinar el Tipo de Investigación se calificó el propósito del trabajo, naturaleza de los

problemas y objetivos formulados, reuniendo las condiciones suficientes para ser denominado, Descriptivo y Explicativo, con la presente investigación se busca, determinar los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica sede-central, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica. Respecto al rubro de población, la misma fue tomada del Distrito de Huancavelica; en lo concerniente a la muestra, ésta fue aplicada en 50 ciudadanos, 60 internos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, realizado 03 entrevistas a los jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica y el muestreo fue intencional.

Finalmente el CAPÍTULO CUARTO nos muestra los resultados de todo lo sustentado en el presente trabajo, resultados que realmente arriban al objetivo del trabajo y dilucidan las cuestiones que generaron dudas en un inicio y sobre todo determinan los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad. Como sustento de lo expuesto, se presentan los cuadros estadísticos con su respectiva descripción, interpretación y análisis.

No quisiera terminar esta pequeña introducción sin manifestar las muestras oportunas de agradecimiento de una manera especial a mi Hermano Víctor Hugo Cardenas Almonacid por el pleno apoyo sincero, de igual forma a mi madre y hermanos por el constante apoyo incondicional, y siempre haciéndome recordar que: en el momento que mi meta se halla cumplido, solo entonces y solo entonces mi vida habrá tenido sentido.

*"...Dejar en libertad al culpable de la infracción grave vulneraría el sentimiento popular de justicia misma que debe presidir la represión penal y exige que el delincuente expie su delito aun cuando su retribución no sea el único fin de la función penal"*<sup>1</sup>

**"En un Estado social y democrático, las normas constitucionales deben ser expresión y consecuencia de lo que demanda la sociedad."**

EL AUTOR.

---

<sup>1</sup> CUELLO, Eugenio. La moderna penología. Barcelona: Casa editorial Bosch, 1958. P. 623

## CAPITULO I: PROBLEMA

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En 1979, después de un periodo de dictaduras militares se sanciona la Constitución Política de 1979, en ella se hace mención expresa a la finalidad de la pena privativa de libertad, la resocialización del reo, es decir, a la Teoría de la Prevención Especial Positiva. Por lo tanto, el Código Penal de 1924 quedó modificado ya que las diversas formas de privación de libertad pasaron a llamarse “Pena Privativa de Libertad”.

En 1991 después de una larga espera se promulga el Código Penal (actualmente vigente en el Perú), el mismo que se ajusta al marco legal establecido por la Constitución de 1979, y por tanto dicho Código establece claramente que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización. En 1993 se produce un cambio constitucional y se promulga la Constitución Política de 1993, la misma que en este punto no realiza ningún cambio, ya que también establece que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización.

Sin embargo, se observa actualmente que la tan vociferada resocialización del reo en nuestro Ordenamiento Jurídico vigente no se estaría llegando a cumplir en su mayor parte, sino solo excepcionalmente; lo cual evidentemente genera un rechazo contundente por parte de la sociedad a la función asignada a la pena privativa de libertad; incluso la mayoría de la población peruana ha llegado a deslegitimar al mismo derecho penal como medio de control social institucionalizado, llegando en algunos casos a aplicarse la denominada justicia popular, porque ya no tendrían seguridad en el derecho, porque ya no confían en la ley penal, pero sobre todo en la administración de justicia.

Por lo expuesto, el problema planteado requiere una investigación exhaustiva para llegar al pleno conocimiento certero y convencimiento de que la función asignada a la pena privativa de libertad (la resocialización del reo) por nuestro Ordenamiento Jurídico, es un ideal difícilmente alcanzable e insoportable para nuestra sociedad actual.

Para ello, se ha propuesto y trazado la meta de investigar con materiales bibliográficos y demás fuentes de información sobre la resocialización, teorías de las penas, jurisprudencia, doctrina jurídica, y demás información pertinente sobre el tema en cuestión.

## 1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

### 1.2.1. Problema General

¿Qué factores influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica sede-central, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?

### 1.2.2. Problema Específico

1. ¿Cuál es el factor Económico que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?

2. ¿Cuál es el factor Social que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?

3. ¿Cuál es el factor Político que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento

Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?

4. ¿Cuál es el factor Normativo principal que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?

### 1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.3.1. Objetivo General

Determinar los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales del Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

#### 1.3.2. Objetivos Específicos:

**Analizar e interpretar** la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Económico que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**Analizar e interpretar** la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Social que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**Analizar e interpretar** la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Político que influye en el incumplimiento de la función

de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**Analizar e interpretar** la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Normativo que influye en el incumplimiento de la pena privativa de libertad.

#### 1.4. JUSTIFICACIÓN

La organización de mando y control que necesita el Estado peruano para mantener el control es inflexible y pesada, es buena para imponer el conformismo y mala para crear compromiso, es por tal motivo que este tipo de organizaciones tienen miedo al riesgo.

El modelo de mando y control se ve hoy en día como una organización cada vez menos eficiente, porque vivimos en una época de cambio acelerado. Las tendencias geopolíticas, sociales, económicas, culturales y tecnológicas cambian con tanta velocidad que estas estructuras no logran responder a los cambios continuos.

Ahora bien y más claro el porqué de la presente investigación:

Porque el Estado peruano esta por detrás de otros estados en alcanzar la tan vociferada resocialización del penado.

Porque la función asignada a la pena privativa de libertad por nuestra lex magna está en crisis, así como en otros Estados donde ya optaron por la pena de muerte y han consagrado la cadena perpetua, sin una posterior revisión.

Porque se quiere obtener una posición de líder en Latinoamérica en temas de neutralización eficiente de los declarados altamente peligrosos para la sociedad peruana.

Porque se quiere responder agresivamente a la delincuencia común y organizada.

Porque el Estado sabe que debe dar seguridad fáctica a sus ciudadanos y no solo seguridad jurídica, y sobre todo deba seguir justificando su existencia.

- **JUSTIFICACIÓN TEORÍCA.-** La presente investigación pretende contribuir al conocimiento de las causales del porque la Resocialización como función principal de la pena privativa de libertad es un ideal difícilmente sostenible en nuestro Ordenamiento Jurídico. Las causales de incumplimiento o ineficacia, ahora desconocidas podrán ser determinadas a partir de la información teórica, doctrinaria, jurisprudencial y sobre todo de la información que se obtenga de una población carcelaria y de un numero de entrevistados de entendidos en la materia.
  
- **JUSTIFICACIÓN PRACTICA.-** La justificación de esta naturaleza radica en señalar el uso aplicativo que se le dará a las razones, causales o motivos que se halle sobre el fenómeno del incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico que no permiten llegar alcanzar la tan ansiada resocialización del reo y proponiendo una reingeniería de la función de la pena privativa de libertad no prevista antes, enfocada cambios eficientes que se basen principalmente en obtener reformas radicales, lograra eliminar la antigua forma de funcionamiento de la pena privativa de libertad, es decir, la resocialización del reo como un principio constitucional, y así orientara una nueva política en el sistema penitenciario.
  
- **JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA.-** La urgencia de solución a la criminalidad común y organizada a partir de una reingeniería de la función de la pena privativa de libertad, justifica la urgencia de determinar las causales por las cuales no funciona el sistema jurídico, que ya cumple con la observancia de las leyes generales, pero que no se evidencia resultados objetivos de disminución de la criminalidad ni mucho menos se cumple con la finalidad de la pena, la resocialización del reo. El método descriptivo y explicativo que se utilizara permitirá llegar a la determinación de las causales de la existencia de la ineficacia en la solución de este problema jurídico - social.

## CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES

#### 2.1.1. A NIVEL LOCAL

En la búsqueda de información sobre los antecedentes propios al tema de la investigación, se ha podido verificar minuciosamente que tanto en la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Biblioteca de la Universidad Nacional de Huancavelica, de la Biblioteca del Ministerio Público y del Poder Judicial, no se han encontrado ninguna clase de investigación sobre los factores influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica sede-central, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica

#### 2.1.2. A NIVEL REGIONAL

Así también luego de haber visitado e indagado en las Universidades privadas como son “Alas Peruanas”, “Universidad Continental de Huancayo” y la “Universidad Peruana Los Andes”, no se encontraron investigación sobre la investigación realizada. Habiéndose realizado la búsqueda y verificación *in situ*, así como por otros medios electrónicos como el internet.

#### 2.1.3. A NIVEL NACIONAL

En lo que respecta a los antecedentes nacionales, no se ha podido encontrar *in concreto* sobre la Reingeniería de la Función de la Pena Privativa de

Libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, lo único que se ha podido verificar es que, hay temas relacionados al estudio de la pena, pero no desde el punto de investigación que tiene la presente investigación.

Asimismo y en el ámbito económico - empresarial se tiene el enfoque sobre procesos económicos aplicado mediante la Reingeniería de procesos.

#### **2.1.4. A NIVEL INTERNACIONAL**

En lo que respecta a los antecedentes internacionales, se ha podido encontrar al Doctor en Derecho:

**RAYMUNDO GIL RENDON**, en su trabajo de investigación titulado **"LA NUEVA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE PODER EN MEXICO: REINGENIERIA CONSTITUCIONAL"**, donde concluye lo siguiente: " se debe aplicar la reingeniería constitucional para obtener un nuevo equilibrio de poderes, incorporando a los denominados Organismos Constitucionalmente Autónomos, y logrando así un nuevo diseño de pesos y contrapesos distintos a los tradicionales que no han logrado resolver la problemática del Estado Moderno, por lo que se debe realizar una reforma constitucional"<sup>2</sup>

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **A. GENERALIDADES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**

#### **2.2.1. MARCO HISTÓRICO:**

A pesar de su clara e indiscutible importancia para este momento histórico, ha sido una tarea poco tratada, y, por lo tanto, difusa y sin claridad, lo referente al momento y los factores que llevaron a que en la modernidad se hubiera adoptado una nueva forma de respuesta estatal para el fenómeno del delito: La Pena privativa de la Libertad.

---

<sup>2</sup> RAYMUNDO GIL, RENDON. "La Nueva Forma de Organización de Poderes en México: Reingeniería Constitucional". México: Universidad Nacional Autónoma de México; 2009.

Las opiniones sobre el momento de su origen y su posterior desarrollo, así como las que versan sobre las causas que motivaron su surgimiento, se dividen facilitando las confusiones en la labor de comprender a esta institución, que, como es bastante sabido, se encuentra sumergida en una aguda crisis que ha servido para propiciar pensamientos que abogan por su total eliminación de los sistemas penales o por su reorientación en el interior de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por lo anterior, nos permitiremos realizar un breve recuento sobre las causas que considero como relevantes para explicar el surgimiento y posterior adopción y desarrollo de la pena privativa de la libertad; analizando, para este fin, y en cuanto sean pertinentes a nuestro propósito, las necesidades sociales de cada época y el uso concurrente que de la juridicidad se hizo para satisfacerlas.

#### 2.2.1.1. La Pena Privativa de Libertad en la Antigüedad.

En los pueblos de la antigüedad no se aplicó la figura de la pena privativa de la libertad, lo que se explica por el hecho de que no concebían al encierro como una forma autónoma de respuesta de la autoridad correspondiente ante las conductas consideradas como censurables o merecedoras de un castigo ejemplar, sino, por el contrario, como una simple manera de asegurar la presencia del procesado ante el tribunal o la persona que se encargaría de juzgarlo y de imponerle la sanción que mereciera. Es entonces, un encierro preventivo el que se presenta en estas sociedades. Un encierro que, por lo demás, no encuentra limitaciones temporales ni que vulnera derecho alguno por no haberse concebido a la libertad como una emanación de la personalidad humana.

En Roma así lo expresa Ulpiano al proclamar: “**carece ad continendos homínines non ad puniendos haberi debet**”<sup>3</sup>. Adicionalmente, Contardo Ferrini, por ejemplo, en cuanto se refiere a Roma, afirma que: “ni el derecho de la época republicana ni el de la época del imperio conocieron la pena de cárcel pública y aun en el derecho Justiniano se

---

<sup>3</sup> Digesto, 48, 19, 8 párrafo 9.

consideraba como inadmisible e ilegítima una condena judicial a cárcel temporal o perpetua”. Y como Neuman lo deduce, debe tenerse en cuenta que Ferrini habla tan solo de cárcel pública y no de la privada, ya que esta última sí existió tanto en Grecia como en Roma para los eventos del no pago de las deudas y del castigo a los esclavos<sup>4</sup>.

### 2.2.1.2. La Pena Privativa de Libertad en la Edad Media.

Las particularidades de esta época produjeron un excesivo desvío del derecho penal con relación a sus fines, que, como es obvio, encuentran su pilar fundamental en el hecho de servir a la organización social, y no, como sí aconteció en este tiempo, en el hecho de favorecer a una clase determinada. De esta manera, lo que en estos momentos se observa es un derecho penal excesivamente engrandecido en su órbita de aplicación y, por lo tanto, desprotegido ante las circunstancias que para su efectiva y racional aplicación le deben ser completa y absolutamente indiferentes, como lo son las condiciones sociales y económicas del delincuente.

Lo inadmisible fue la existencia de un derecho penal al servicio de los fines políticos y económicos de una clase dominante y no al servicio del ser humano individualmente considerado y de la sociedad, pues en esta época, debido a la multiplicidad de enfrentamientos bélicos, ocasionados por la ambición territorial y económica de una gran cantidad de líderes asentados en minúsculos territorios, se asumió que el castigo de los delitos debía servir para el logro de la paz y no para censurar a quienes habían realizado una conducta delictiva. Por lo tanto, lo que se evidencia es un servilismo jurídico o, más bien, una ausencia de juridicidad que favoreció, como más adelante lo veremos, a una determinada clase social, la más pudiente.

Por lo pronto, podemos afirmar que la penalidad, especialmente en la Alta Edad Media, se caracterizó por su simbiosis con los intereses

---

<sup>4</sup> Neuman, Evolución de la Pena Privativa de la Libertad, ediciones pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 22.

privados, como lo permite afirmar la existencia de la figura de la **Penance**<sup>5</sup>, que con esplendor demuestra que el derecho penal lo era con toda su rigurosidad para quienes no podían cumplirla, y que, con respecto a los otros, los que sí podían cumplirla, era, además de selectivo, excesivamente misericordioso.

Lo anterior, porque al no ser la penance nada distinto al pago de una suma de dinero que pretendía resarcir el daño causado a la víctima del delito, y que tenía como efecto la no imposición de pena corporal alguna, debemos, por lo tanto, concluir que no procedía para la generalidad, sino, por el contrario, para unas especialísimas personas, que, por poseer grandes y nutridos patrimonios, se encontraban inmunizadas contra las sanciones penales normales: la tortura, la desmembración y la muerte en el cadalso.

### 2.2.1.3. La Pena Privativa de Libertad en el Renacimiento.

El renacer de esta época, considerada como superior frente a su antecesora, no se extendió a las necesidades del derecho penal, que, como en las edades que le precedieron, continuó sufriendo los rigores de una clase que lo usaba para su propio y exclusivo beneficio, olvidándose, con ello, a su verdadera función y finalidad: servir con justicia a la organización y seguridad de la sociedad.

Eran las necesidades del poder y no las de la sociedad las que determinaban la magnitud, la aplicación o extensión de la pena. Las necesidades económicas superaron en importancia a las necesidades sociales de encontrar a la justicia en el derecho penal, pues fueron los aumentos o las disminuciones en los niveles de población los que determinaron las condenas a muerte y las maneras de cumplir las demás clases de penas. Si la población aumentaba, como sucedió durante el siglo XIV, aumentaba la oferta en la mano de obra, que era el

---

<sup>5</sup> La indemnización de los perjuicios causados por la conducta delictiva fue la primordial preocupación de la época, por lo que, a través del sistema de la penance, se elaboró un completo método de tasación para la imposición y posterior pago de los perjuicios derivados de las conductas consideradas como delitos. Indemnización que, en caso de no ser sufragada, o en caso de no poder ser asumida con los recursos Patrimoniales del autor de esta conducta, generaba la imposición de penas corporales sustitutivas.

242

factor que encrudecía la severidad de las penas, pues la abundancia del elemento humano hacía que el delincuente ya no fuera de utilidad para la sociedad, que, como puede deducirse, tan solo lo valoraba para sus fines económicos, militares o, incluso, para la satisfacción de sus necesidades recreativas, que encontraban su saciedad con el deleite que proporcionaban las muertes en el cadalso. En cambio, si la población disminuía, fenómeno que por causa de las enfermedades y de las guerras religiosas padecieron Inglaterra, España y Francia durante el siglo XVI, las penas se atenuaban para preservar el tan ansiado elemento humano que ofrecían los delincuentes y que requerían los gobernantes de la época para sus costosos y deplorables juegos bélicos.

Por lo anterior, fue por lo que en las épocas posteriores al descubrimiento de América se observa una humanización punitiva; sustentada ésta en la lógica de que la producción europea, acostumbrada a su demanda continental, debió superar el océano atlántico y llegar a los nuevos territorios que se habían anexado España, Inglaterra, Francia y Portugal.

El crecimiento en la demanda de trabajadores, que fue una consecuencia directa del aumento en la demanda de productos, unido a la insuficiencia de las capacidades poblacionales, produjo que quienes se encontraban vinculados al mercado laboral exigieran aumentos en sus salarios y mejores condiciones en sus trabajos, lo que terminó teniendo consecuencias directas sobre los ejércitos, que si durante el siglo XIV habían visto a sus filas nutrirse de mercenarios, ahora, por el contrario, encontraban que ese personal se desviaba hacia el sector productivo, que les ofrecía altos salarios y una vida alejada de las inclemencias de la guerra.

El derecho penal, por lo tanto, fue utilizado para corregir este vacío numérico de la milicia, que al no contar con los recursos suficientes para igualar las altas ofertas del sector productivo a la mano de obra, ni tampoco de ser capaz de compensar las inclemencias de la guerra,

241

tuvo, entonces, qué padecer el desvío de su capital humano hacia los campos de la producción, que eran terrenos tranquilos y pacíficos en comparación con los de las guerras.

#### 2.2.1.4. Período correccionalista o moralizador del derecho penal.

Hacia la mitad del siglo XVIII, aparecen dos grandes obras que habrían de cambiar las inclinaciones del pensamiento punitivo. La primera, la del Marqués de Beccaría; y, la segunda, la de John Howard. Hombres que darían comienzo a una filosofía penal que se enmarca en lo que se ha denominado el período correccionalista y moralizador del derecho penal, en el que, el primero de ellos, Beccaría, influiría en el aspecto de la humanización de la pena, y, Howard, en el aspecto de la humanización del régimen carcelario. En cuanto se refiere a Beccaría, expuso una nueva teoría punitiva que fue sustentada en dos bases fundamentales que permiten construir una justificación armónica sobre la existencia de la pena como consecuencia del delito: La primera de ellas, referente a la misión de la pena, que, no siendo otra diferente a la de mostrar las consecuencias del delito, permite, en consecuencia, disuadir de las conductas delictivas a los demás miembros de la sociedad; y la segunda, la de neutralizar y castigar al delincuente para brindar seguridad a la sociedad<sup>6</sup>.

Adicionalmente, Beccaría se pronunció sobre el tema de la proporcionalidad entre el delito y la pena, referente a la relación que debe existir entre la respuesta estatal al delito y la conducta cometida por el delincuente, rechazando, como es obvio, todo tipo de exageración punitiva por parte del Estado<sup>7</sup>. John Howard, en cambio, se concentró en

---

<sup>6</sup> BECCARIA en su libro “De los Delitos y de las Penas”, en el capítulo 12, denominado Fin de las penas, sostiene lo siguiente: El fin, pues, no es otro que el de impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas las penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”.

<sup>7</sup> En el mismo libro “De los Delitos y de las Penas”, Beccaría, en el capítulo 27, sostiene: “... No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado hará siempre mayor impresión que el de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad... La misma atrocidad de la pena hace que se ponga tanto más esfuerzo en eludirla y evitarla cuanto mayor es el mal contra quien se combate; hace que se cometan muchos delitos, para huir la pena de uno solo”.

el tema de las prisiones, pues sus múltiples viajes por las cárceles europeas le permitieron forjar su conciencia alrededor del deplorable estado en el que se encontraban funcionando estas instituciones. Habiendo recorrido las prisiones de Dinamarca, Suecia, Rusia, Inglaterra, Irlanda, Alemania, Suiza, España y Portugal, concluyó Howard que los delincuentes que las habitaban no eran, ni física ni moralmente, tratados como se merecían porque la alimentación en estos centros penitenciarios y el ambiente interno que en ellos se padecía, eran, en el decir de Howard, del todo reprochables. Los dementes, por ejemplo, eran encerrados con los demás criminales, quienes se divertían con ellos; criminales peligrosos eran también encerrados con criminales menores, como también sucedía con las personas de otro sexo y con los homosexuales. Pero, especialmente, Howard se centró en el tema del llamado derecho de carcelaje, por el cual la persona que estuviera privada de la libertad, sin interesar si ya había sido o no condenada, debía cancelar a los administradores carcelarios lo correspondiente a su alimentación y al sostenimiento de la prisión. En este punto, obtuvo Howard que Inglaterra sufragara con las arcas públicas el costo de manutención de los reclusos, que hasta entonces, por ese mal concebido derecho, habían sido víctimas de los más viles chantajes por parte de los guardias y de los administradores de las prisiones, quienes no dudaban en dejar morir de hambre física al que no tenía con qué pagar lo que le cobraban.

Otra persona que también influyó en el pensamiento punitivo del siglo XVIII fue Jeremías Bentham, quien, además de difundir las ideas reformadoras, se preocupó por el aspecto físico de la prisión, para lo que diseñó su famoso panóptico, consistente en una prisión circular que permitía la vigilancia total y constante de todos los reclusos. La intención de Bentham no era otra distinta a la de Howard, es decir, la de humanizar las prisiones, solo que éste último lo intentó por medio de una lucha intelectual; y, Bentham, en cambio, por medio del diseño de una prisión que, en virtud del tipo de vigilancia que permitía, obligaba al recluso a adoptar una conducta adecuada a su situación para así

aminorar los rigores físicos que en el interior de los presidios se practicaban para los casos de desobediencia

#### **2.2.1.5. El surgimiento de la Pena Privativa de Libertad.**

Como lo sosteníamos al comienzo de esta investigación, se carece de estudios profundos que, con respecto al tema que nos ocupa en esta parte del trabajo, el surgimiento de la pena privativa de la libertad y las circunstancias que dieron origen a la adopción de esta forma punitiva como la principal forma de represión del delito en las sociedades de la modernidad.

Son, entonces, numerosas, además de difusas y excluyentes, las explicaciones que han surgido en este tema, ocasionándose, con ello, una única, triste e indiscutible verdad, resumida por García Basalo en los siguientes términos: “Es lamentable que no dispongamos aún de una aceptable historia de conjunto sobre el origen y la evolución de la ciencia penitenciaria. Cuando se disponga de ella, desaparecerán ciertos puntos sumamente oscuros sobre el hoy controvertido origen del sistema penitenciario”.

#### **2.2.1.6. Nuestro pensamiento.**

En nuestro sentir, las justificaciones históricas de la pena privativa de la libertad no pueden ser tan solo estudiadas con los elementos que ofrecen la historia norteamericana y la historia francesa, porque si de lo que se trata es de despejar interrogantes sobre esta forma punitiva, entonces, lo primero que por lógica elemental debe hacerse, y por ser ella la que permite la aplicación de esta forma penal, es buscar los orígenes de la libertad misma, que se extienden más allá de los sucesos acontecidos en Francia y en Norteamérica.

Dentro de esta consideración, se nos presenta la evidente necesidad de estudiar a fondo la historia inglesa, que, con la Carta Magna de 1215, la Petition of Right de 1628, el Habeas Corpus de 1679 y la Bill of Rights,

nos proporciona toda una serie de elementos de primerísima importancia en el proceso de esclarecimiento de los orígenes de la condición que hace posible la aplicación de la pena privativa de la libertad: la libertad misma.

### **2.2.1.7. La Evolución Empírica de la Pena Privativa de Libertad**

En esta parte de la investigación realizaremos un recuento histórico de la manera como se ha venido aplicando la institución de la pena privativa de la libertad en la historia.

#### **2.2.1.7.1. El aislamiento celular.**

Los antecedentes de esta forma de aplicación de la pena privativa de la libertad, se encuentran, según Neuman<sup>8</sup>, en el derecho canónico, que hacia el siglo XVI adoptó a la reclusión y a la soledad como una forma de arrepentimiento, de reflexión y de moralización. Por lo que, teniendo en cuenta esta consideración, podemos sostener que fueron los monjes los primeros en ser confinados en celdas en las que sufrían padecimientos físicos, como el hambre, y morales, como la soledad absoluta.

Posteriormente, la iglesia extendería este procedimiento al orden civil, en el que fue, por ejemplo, aplicado en la prisión romana de San Miguel, construida en 1703; en Austria en 1759; pero, principalmente, aplicado en Norteamérica, en la que fue introducido en Pensilvania y en Filadelfia por Franklin y por Jefferson. Siendo, por esto mismo, que podemos encontrar que también a la forma penitenciaria se le ha denominado como régimen pensilvánico.

La característica primordial de este régimen se encuentra en el aislamiento absoluto y permanente de los reclusos mediante su

---

<sup>8</sup> Neuman, Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Carcelarios, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 116.

23A

confinamiento al interior de sus celdas, por lo que, a su vez, también se le ha otorgado a este régimen penitenciario, su más conocida denominación: aislamiento celular.

En términos reales, a los reclusos sometidos a esta forma de aplicación de la pena privativa de la libertad, tan sólo se les permitía el desarrollo de las tareas individuales de la lectura de la Biblia. Ni siquiera se les permitía acceder a las actividades laborales ya que la filosofía del régimen era la de generar las circunstancias necesarias para la meditación y para la reconciliación con Dios, por lo que, en consecuencia, se consideraba que entre más tiempo estuviera el recluso consigo mismo y que entre menos distracciones tuviera, más rápida y eficazmente llegaría a censurar su conducta criminal y a elaborarse propósitos futuros de no volver a delinquir. Adicionalmente, operaba, al interior de este régimen, la regla del silencio absoluto, por la cual los reclusos, además de no poder relacionarse físicamente con personas distintas a las que pertenecían al personal penitenciario, tampoco podían sostener ningún tipo de conversaciones ni de comunicaciones al interior del presidio. Posteriormente, sería este régimen eliminado de la mayoría de las legislaciones del mundo, pues, además de costoso, ya que implicaba el uso de celdas individuales para cada uno de los reclusos, fue también visto como inhumano por contrariar la naturaleza social del hombre debido a que lo alejaba de sus semejantes y le impedía el desarrollo normal de cualquier tipo de contacto humano.

A pesar de lo anterior, hoy en día, en países como Holanda, continúa subsistiendo este régimen penitenciario para el caso de los reclusos inadaptados. También, subsiste en países como Francia, España y Japón para el caso de delincuentes primarios, quienes, al ser los sancionados con penas privativas de la libertad que no superan el término de un año, son mantenidos

en un aislamiento absoluto para así poder evitar los contactos con delincuentes comunes que sean capaces de pervertirlos.

#### 2.2.1.7.2. Régimen Auburniano.

Por su supuesta benevolencia, el régimen del aislamiento celular no convenció a personas como Elam Lynds, un americano que en 1821 asumiría el cargo de director de la prisión de la ciudad de Auburn y que, en lo referente a su pensamiento sobre los reclusos, no dejaba de considerarlos como un par de “salvajes, cobardes e incorregibles”. Sería, en consecuencia, la prisión de la ciudad de Auburn un centro de reclusión con un régimen especial de tratamiento a los reclusos que, básicamente, fue el resultado de los bajos presupuestos destinados a las prisiones, y de un pensamiento exagerado e irracional, profesado y llevado a la práctica por Lynds. Los bajos presupuestos para los asuntos penitenciarios ocasionaron que Lynds no pudiera renunciar a la posibilidad de hacer trabajar a los reclusos, y, más aún, por su alto costo, ya que implicaba el empleo de numerosas personas para la enseñanza, renunciar también a la posibilidad de hacerlos trabajar individualmente, como, de acuerdo a la base de sus ideas, era lo que anhelaba. Fue, en consecuencia, implantado el trabajo comunal, pero, a la vez, fue conservado el aislamiento nocturno bajo la regla del silencio absoluto, que, con posterioridad, también fue extendida al momento del desempeño de las tareas laborales de los reclusos, en las que bajo la absoluta y permanente presión de sufrir castigos corporales, se les imponía la obligación de no hablar y de conservar la posición corporal adecuada para el desempeño de sus actividades. No es éste, entonces, un avance hacia la humanización de la pena privativa de la libertad, como se le ha pretendido hacer ver, sino, por el contrario, la consecuencia de los bajos presupuestos estatales para las cárceles, que obligaron a Lynds a abolir el trabajo individual y, por lo tanto, a permitir, con tanto desagrado

235

que elaboró sus propias reglas para ello, la relación de los reclusos en el desarrollo de sus actividades laborales.

De lo anterior, podemos, en primer lugar, deducir las normas establecidas al interior de este régimen penitenciario, compuestas por: aislamiento celular nocturno, trabajo en comunidad, disciplina severa y silencio absoluto. En segundo lugar, podemos decir que este régimen auburniano es el resultado del acoplamiento del régimen celular a los bajos presupuestos estatales en el campo de las prisiones.

Concluimos, en consecuencia, que éste es uno de los regímenes más crueles de todos los que han llegado a existir para la aplicación de la pena privativa de la libertad, y lo es porque en su interior, a diferencia del aislamiento celular, generaba la ansiedad y aumentaba la necesidad humana de mantener contactos verbales y físicos con los semejantes, es decir, con los demás reclusos. Lynds, sin duda alguna, lo sabía y por ello se propuso no ceder sino por el contrario imponer su pensamiento, que no era nada distinto a la necesidad de hacer cumplir sus reglas, ésas que arbitrariamente había elaborado y que eran tan difíciles de cumplir por la particularidad que tenemos los seres humanos, reclusos o libres, y que nos diferencia de las demás especies: La necesidad de relacionarnos con nuestros semejantes.

#### **2.2.1.7.3. Regímenes Progresivos.**

Como una reacción contra el aislamiento celular y contra pensamientos como el de Lynds, surgieron, en la práctica penitenciaria, una serie de novedosas aplicaciones que permitieron una benignidad en el cumplimiento de la pena privativa de la libertad. El pionero de este pensamiento fue Alexander Maconochie, quien al ser nombrado director de la prisión de la isla Norfolk en Australia, a donde Inglaterra, bajo la figura de la deportación, enviaba sus delincuentes más temidos,

234

que, para aquél tiempo, eran los que no podían llegar a ser disciplinados bajo ninguna forma de castigo corporal o, también, aquellos que habían reincidido en la comisión de delitos, implantó una novedosa y eficaz forma de tratamiento de los reclusos. La virtud y la grandeza de Maconochie fue la de haber corregido las fallas del sistema penitenciario de la época, que si daba lugar a motines, a desobediencias en el interior de las prisiones y a la comisión de nuevos delitos por la clara ausencia de un método que permitiera la regeneración del delincuente, debía, entonces, ser variado en su orientación. Introduciendo novedosas concepciones así lo hizo Maconochie, logrando, con todo éxito, una disciplina carcelaria absoluta y, a la vez, un sentimiento de fraternidad y de solidaridad entre los reclusos y la sociedad. Para Maconochie el problema no era el delincuente, como sí lo era para Lynds y para el aislamiento celular, sino, por el contrario, el régimen carcelario que venía aplicándose con arbitrariedad, pues éste, en lugar de preparar al recluso para su libertad en el momento de cumplir la pena, lo arrojaba al seno de una sociedad que lo discriminaba y que lo rechazaba por su inutilidad y por su grado de peligrosidad, que no eran sino el producto de un resentimiento que se creaba mediante el aislamiento y la humillación que padecían. Por lo que, Maconochie, con toda su conciencia sobre este fenómeno, orientó sus esfuerzos hacia las necesidades de esos reclusos, permitiéndoles la capacitación laboral adecuada que les facilitara la obtención de algún empleo en el momento de recuperar su libertad y, a la vez, la resurrección de esos sentimientos de necesidad y de utilidad que tanto necesitamos los seres humanos. Para esto, se sometía al recluso, por un tiempo no superior a los nueve meses, a un régimen de aislamiento absoluto que tenía el propósito no de castigarlo, sino, por el contrario, de permitirle que reflexionara sobre el daño que había ocasionado a la sociedad, lo que les era comunicado verbalmente por el director de la prisión y por los

233

guardias, a los que se les exigía una conducta respetuosa para con la población carcelaria. De esta manera, el período de reflexión no se convertía en un medio de tortura mental ni tampoco de rechazo social, sino, precisamente, en un medio de reflexión y de tranquilidad interna, permitiéndose, con ello, el resurgimiento de las ganas de recuperar la libertad para vivir conforme a las reglas de la sociedad. Después de los meses de aislamiento se procedía a aplicar la siguiente etapa, la del aprendizaje de un oficio que le pudiera ser útil al recluso en el momento de regresar a la sociedad, para lo que no fue ahorrado ningún tipo de esfuerzo, pues se permitía una entera libertad al momento de la escogencia de la actividad que se quisiera desarrollar, siendo el único límite el del presupuesto de la prisión. Sin embargo, el ambiente mismo de libertad y de valoración que este régimen despertó en la población carcelaria, permitió el desarrollo de una excepcional y nunca antes vista capacidad recursiva, pues los reclusos comenzaron a contar con ellos mismos para someterse a las orientaciones de ingenieros, abogados o arquitectos que también habían sido privados de la libertad y que no habían sido aprovechados por ningún otro régimen carcelario. Dependiendo de la capacidad laboral del recluso y de su desempeño en la labor, por él escogida, así iba a ser su castigo social. Fue ésta la gran novedad de Maconochie, quien si hasta el momento se había limitado a atenuar la severidad del régimen del aislamiento celular, llevó a la práctica esta gran idea que arrojó innumerables beneficios, pues si la condena dependía de la capacidad y de la voluntad de desarrollar alguna actividad que permitiera un sustento honesto y limpio, entonces el recluso se encontraría motivado al aprendizaje de la misma y a su reincorporación a la sociedad, que no dudaría en acogerlo y en recibirlo por los beneficios que éste podría llegar aportarle. Para esto, fue elaborado un sistema que se componía de unas boletas que acreditaban los puntos que iban sumando los reclusos por su buen comportamiento y

232

por su buen desempeño laboral en el presidio; igualmente, existían unas tablas que catalogaban esta puntuación y que graduaban la condena de acuerdo con los puntos que iba obteniendo cada recluso. El haber terminado con los motines y con las demás formas de indisciplina carcelaria, así como el haber creado una nueva y exitosa forma de regeneración del delincuente, le proporcionó un gran prestigio a Maconochie, quien, por esto mismo, fue llamado a Inglaterra para que orientara sobre el manejo de las prisiones y, posteriormente, para que se hiciera cargo de otra que también lo necesitaba como director. Pero el reconocimiento a Maconochie no solo se extendió en Inglaterra, pues sus enseñanzas fueron, entre otros más, también tomadas por Crofton, un irlandés que dirigía las prisiones de su país; por Montesinos, también director de prisiones en España; por Brockway, quien las implantaría en los Estados Unidos, y por Evelyn Ruggles Brise, quien las adecuaría a las nuevas necesidades de la Inglaterra del siglo XX. Todos ellos basados en la filosofía fundamental de Maconochie: Combatir el delito mediante la verdadera regeneración del delincuente, que se obtiene por medio de la motivación hacia el trabajo y hacia los deseos de recuperar la libertad perdida por no haber vivido conforme a las normas de la sociedad. El caso de Montesinos es tan especial que, a nuestro juicio, amerita un estudio y un pronunciamiento específico, pues en la mente de este hombre, que, como lo dijimos, fue director de una prisión española, la de Valencia, se encontró la experiencia de haber ocupado la posición de recluso en algún momento de su vida. Sucedió esto cuando, como militar que fue, fue capturado, hecho prisionero y encerrado en una lejana prisión francesa, en la que estuvo por cerca de tres años; hecho que, sin duda alguna, le permitiría comprender las necesidades de la población carcelaria, a la que siempre trató con una exigente pero respetuosa disciplina que se resume en su concepción de ver en el condenado a un hombre, como lo

231

demonstró con esta frase que colocó en la puerta del presidio que dirigió: "La prisión sólo recibe al hombre. El delito queda a la puerta. Su misión es corregir al hombre". En su ingreso en la prisión, el recluso sostenía una corta charla con Montesinos para después ser llevado a las oficinas de dotación, en donde le era entregado su uniforme y le eran puestos unos pesados grilletes, de los que no podría liberarse sino por su propia voluntad, que debía traducirse en el deseo de trabajar en alguna de las múltiples labores que se ofrecían en el presidio, organizado para este fin como una gran fábrica. Poco a poco, a través de su buena conducta y deseo de superación, traducido en su buen desempeño laboral, el recluso iba haciéndose merecedor de la confianza que era el eje fundamental de este régimen penitenciario y que incluso permitió sin mayor vigilancia el empleo de estos hombres en labores exteriores del penal, como el transporte de valiosas mercancías, la mensajería y la agricultura. La consideración de Montesinos nunca fue traicionada por los reclusos, que le demostraron un afecto y un respeto insuperables, y, por sobre todo, un noble uso de esa libertad y de esa confianza, tan extrañas como valiosas para sus condiciones de hombres privados de ellas por la sociedad y por causa de sus delitos. Las impresionantes anécdotas que se cuentan sobre él son una clara muestra de esta afirmación, pues, además de llegar a asignar reclusos como escoltas de su esposa, en alguna ocasión permitió, sin vigilancia alguna y por lo tanto con el único compromiso de reintegrarse al presidio, que uno de ellos visitara a su madre moribunda, que se encontraba en un domicilio distinto al del penal, proporcionándosele, por si fuera poco, un adelanto económico por la rentabilidad del trabajo que había desarrollado durante el cumplimiento de su sentencia para que sufragara los gastos de su viaje y para que comprara alguna ropa para que no se le viera con el uniforme del presidio. Como era de esperarse, el recluso no traicionó la confianza de Montesinos, o, con mayor justicia, de este gran hombre, pues,

230

apenas enterraron a su madre, regresó él al presidio en el que se encontraba privado de su libertad.

#### **2.2.1.7.4. Regímenes Abiertos.**

Como de su denominación se desprende, esta forma aplicativa de la pena privativa de la libertad nos indica un rompimiento con sus esquemas tradicionales, que si se habían caracterizado por la seguridad y por la desconfianza hacia los reclusos, reflejadas en los grandes muros que rodeaban a las prisiones y en los numerosos guardias que las custodiaban, comenzarían, de ahora en adelante, a experimentar una evolución hacia lo que se ha denominado la prisión de mínima seguridad.

Los orígenes de esta variación intelectual, materializada en la práctica penitenciaria, se ubican en los momentos posteriores a la segunda guerra mundial, en los que los estados europeos evidenciaron la necesidad de construir cárceles que no desbordaran sus limitados presupuestos, orientados principalmente a la habilitación de las vías y de las edificaciones que habían quedado averiadas por causa de los continuos e inclementes bombardeos que se habían padecido. A este factor se sumó el crecimiento de la delincuencia, que, debida a la postración de la economía de la época, sobresaturó las pocas cárceles que ya se habían colmado de delincuentes políticos que en la práctica no representaban un mayor peligro para la sociedad. Fue así como se evidenció la necesidad de construir nuevos y más económicos centros penitenciarios. Y la mejor manera para hacerlo era ahorrando en la edificación misma y en el personal que se requería para su funcionamiento, es decir, ahorrar en seguridad, por lo que se aludió a una nueva filosofía, la de la confianza del Estado en el delincuente, para así poder contrarrestar las críticas que de inmediato se formularon a éste, en el decir de algunos, peligroso, ingenuo e inseguro sistema de tratamiento para los reclusos. De esta manera, en países como

22a

Inglaterra, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Suecia y Austria, fueron reemplazados los altos muros de cemento que impedían la vista exterior desde el presidio por cercas de alambre en campos abiertos, o, en el mejor de los casos, por una puerta que para su seguridad contaba con un simple candado. Con razón, entonces, se dijo que la seguridad de estas prisiones era simbólica y no real, pues, como lo hemos querido hacer ver, es del todo comprensible que una cerca de alambre o un candado no son verdaderos límites a la libertad, sino, por el contrario, el cumplimiento de un mínimo requisito de una falsa seguridad penitenciaria.

Lo anterior, unido al hecho de que la disminución del personal de planta, como los guardias, llegó a tal punto que no pasaban de cinco para estos centros de reclusión que normalmente contaba con cerca de doscientos condenados. Las facilidades que este régimen brindaba para una fuga presidiaria se encontraban reforzadas por su preeminente orientación hacia el trabajo agrícola, que, debido a sus exigencias, era practicado al aire libre, en grandes extensiones de tierra, y, como lo hemos venido sosteniendo, bajo la vigilancia de unos pocos guardias. Fue, entonces, grande la sorpresa que se llevaron los opositores de esta filosofía de confianza estatal hacia el reo, pues si ellos habían tenido que orientar sus críticas hacia el campo de la inseguridad, previendo que un gran número de amotinamientos y de fugas se presentarían al interior de los centros de reclusión que contaran con este sistema, debieron, por el contrario, observar que el agrado, el respeto y la consideración de este económico y práctico método de rehabilitación delincencial había generado la tan necesitada y esquiva obediencia que no se había podido implantar bajo la más férrea por no decir irrespetuosa e inmisericorde disciplina que nos recuerda a los penales del aislamiento celular. Tan importante como el respeto al delincuente, era también la selección del mismo, pues con un gran acierto se consideró que este sistema no era apto para la

220

totalidad sino tan solo para una parte de la población carcelaria. Giraba este aspecto en torno a criterios distintos de los ya elaborados para la clasificación del delincuente, es decir, que para esta selección, al interior de este sistema, no era tomada en cuenta la magnitud de la pena ni la naturaleza del delito cometido, como sí sucedió en los anteriores regímenes, en los que el delincuente fue clasificado por la ofensa cometida contra la sociedad y no, como en éste, por su voluntad y disciplina para su rehabilitación social. Obedeció este cambio de concepciones a que el régimen también se sustentó en la creencia de que todo delincuente, sin consideración a su falta contra la sociedad, podía, según sus actitudes y consideraciones y rasgos personales, ser digno de esta confianza estatal, por lo que, como criterios fundamentales para seleccionarlos, se utilizaron los del análisis individual de las causas que lo habían motivado para la realización del delito, y, adicionalmente, el del estudio de las circunstancias personales que lo rodeaban en el momento de la ejecución de la pena que se le había impuesto. De esta manera, no es correcto afirmar que este sistema tan solo se practicó sobre delincuentes de faltas menores, que si bien eran los que más fácilmente reunían los requisitos para ingresar a él, no por ello fueron los únicos que lo disfrutaron, pues también se presentaron casos de ingreso de delincuentes de faltas tan graves como el homicidio, pues, como se ha venido sosteniendo, lo que interesaba a este sistema no era la falta cometida sino las circunstancias específicas que rodeaban al delincuente y que, como su núcleo social, hacían presumir su voluntad por la rehabilitación.

#### **2.2.1.8. La Aparición de la Pena Privativa de Libertad en el Perú y su Evolución Histórica.**

La República del Perú termina su proceso de independencia de España en 1824, cuando se produce la última batalla en la gesta independentista. Al firmarse el protocolo de Ayacucho (9 de diciembre

227

de 1824), acabó el Virreinato Peruano, y comenzó el proceso de formación de la República. Dicho proceso duro muchos años, en los cuales reinaba la inestabilidad política y las luchas internas por el poder.

Fue recién durante el primer gobierno de Ramón Castilla en que el Estado alcanzó un cierto orden, ya que anteriormente aún no se había comenzado con esa labor. Castilla entra al poder por elecciones populares en 1845, y comienza también la organización jurídica, porque aún nos regían leyes que provenían de las reales ordenanzas de la Corona Española. El Perú de estos años se adscribe en lo que respecta a su sistema jurídico, a un tipo de sistema jurídico de influencia Europea Continental. Esta influencia no sólo se produce en el campo normativo, sino también en el aspecto económico, ya que el país se orienta hacia un sistema de producción capitalista no muy desarrollada sino muy por el contrario incipiente.

La fuerte influencia en el marco jurídico definitivamente es producto de una tradición heredada de España, la misma que tiene su origen en el sistema jurídico de Europa Continental. Fue en el segundo gobierno de Castilla (1856) en que se empieza el proceso de creación del primer Código Penal Peruano. Este proceso fue aplazado por la Nueva Constitución Liberal que se estaba preparando. Tal constitución no tuvo éxito, así que tuvo que ser cambiada por la Constitución Conservadora de 1860 (la de más larga data en la historia republicana del Perú, ya que se mantuvo vigente hasta 1920).

Fue durante el gobierno de Ramón Castilla que se promulgó el Primer Código Penal Peruano en el año de 1862. Fue en este cuerpo normativo en donde se hace referencia a la pena privativa de libertad. Dentro de la “Sección Cuarta” bajo el acápite “De las Penas”, en el “Titulo 1º”, se hace referencia a las penas previstas en aquel Cuerpo Normativo y su duración. En su artículo 23º se hace mención en primer lugar, a las penas graves, y dentro de estas se incluyen la de penitenciaria, la de cárcel, la de reclusión, la de confinamiento, y la de

arresto mayor<sup>9</sup>. En segundo lugar, se hace mención a las penas leves, y dentro de estas la que interesa destacar es la de arresto menor. Asimismo, este Código deja muy claro en su artículo 25° que ni la detención ni la prisión de los procesados durante el juicio se reputará como pena.

Del análisis del artículo 28° se puede apreciar que entre la penitenciaría, la cárcel, la reclusión, el confinamiento, el arresto mayor y el arresto menor, sólo los diferencia el tiempo de la pena, y el lugar en el que se ejecuta la pena, tal como se verá a continuación. Por ejemplo, la pena de penitenciaría conlleva una duración que oscila entre los 4 y 15 años, siendo esta la pena de mayor duración. A su vez en el “Titulo 2°” se hace referencia a los grados y términos en los que las penas son divididas, el artículo 32° establece que las penas anteriormente señaladas se dividen en cinco grados, excepto la pena de penitenciaría que sólo está dividida en cuatro grados. Por su parte, cada grado es dividido en tres términos: mínimo, medio, y máximo, tal y como lo señalo el artículo 33°. En el artículo 34° se establece las escalas para cada una de las penas, así por ejemplo, el primer grado de la pena de penitenciaría tiene como término mínimo 4 años, como término medio 5 años y como término máximo 6 años. Con esto se evidencia el grado de sistematización que tenía aquel Código. Por ello, una sentencia podría establecer indubitablemente la duración de la condena sin hacer referencia a ninguna unidad de tiempo. En la “Sección Quinta”, bajo el acápite “De la Aplicación de las Penas”, dentro del “Titulo 1°”, se puede observar que existe una escala descendente entre las penas anteriormente señaladas (artículo 42°). En los artículos 71° y 72° se puede ver que las diferencias entre la pena de penitenciaría y las penas de cárcel y reclusión aparte del tiempo, son el lugar donde se ejecuta la sanción, en la primera se realiza en un Centro Penitenciario y en las segundas en la Cárcel. Otra diferencia está en lo que respecta al trabajo penitenciario, ya que al

---

<sup>9</sup> El referido artículo también incluye como penas graves: la de muerte, la de expatriación, la de inhabilitación absoluta, entre otras, que no son objeto del presente estudio ya que nada tienen que ver con la privación de libertad.

23

tenor de lo establecido en el Título 4º la pena de penitenciaria no permite el trabajo, mientras que para el caso de la pena de cárcel se impondrá trabajo (tiene carácter obligatorio tal como lo señala el artículo 73º ab initio). En lo que respecta a la reclusión podrá haber una elección del trabajo a realizar cuando no haya incompatibilidad con las disposiciones reglamentarias pertinentes (artículo 73º in fine). En las otras penas tampoco hay imposición del trabajo penitenciario. Debe quedar claro que dentro de la concepción de este Código no se considera al trabajo penitenciario como una forma de redención de pena, más bien parece ser que es concebido como parte de la pena, es decir, tiene el carácter de trabajo forzado. Con ello, se puede apreciar una cierta influencia de las concepciones penitenciarias de los sistemas pensilvánico y auburniano, que se verá aún más clara en las penas previstas del siguiente Código Penal. El Código Penal de 1862 tuvo una duración similar a la de la Constitución Conservadora de 1860, es decir, 62 años. En 1919 el Perú entra al gobierno más largo de su historia, 11 años de gobierno caudillista a cargo del presidente Augusto B. Leguía. Dicho presidente cambia la Constitución en 1920, y a los cuatro años promulga el Código Penal de 1924 que tuvo vigencia hasta la promulgación del Cuerpo Normativo de 1991. En el Código Sustantivo de 1924 se establece en el “Título IV” bajo acápite de “Penas, medidas de seguridad y otras medidas” la regulación de la pena privativa de libertad. Se habla en el artículo 10<sup>10</sup> de las penas de internamiento, penitenciaria, relegación, y prisión. El artículo 11º señala que la pena de internamiento tiene carácter indeterminado y tiene como mínimo la aplicación de 25 años de pena en un Centro Penitenciario. Este régimen es muy parecido al descrito líneas arriba al hacer referencia a los regímenes de Auburn y Pennsylvania, ya que se caracterizaba por aislamiento celular continuo, trabajo obligatorio aislado durante el primer año, y después de ello el trabajo podrá ser colectivo. En el artículo 12º se hace referencia a la pena de penitenciaria que durará desde 1 año hasta 20 años, siendo el lugar de realización de la pena variable, ya sea en un Centro Penitenciario

---

<sup>10</sup> El referido artículo no sólo contempla las penas mencionadas sino también otras como la pena de muerte, expatriación, entre otras, que no son objeto de estudio del presente trabajo.

224

(llamado en el Código Penitenciaria Central) o en una Penitenciaría Agrícola o en una Colonia Penal. Al igual que en el Código de 1862, el Cuerpo Normativo en análisis establecía que el trabajo era obligatorio durante el primer periodo, que podría oscilar entre una semana y seis meses, así como el aislamiento celular. El trabajo que el interno realiza es el típico trabajo de los regímenes norteamericanos, es decir, refacción de caminos y carreteras públicos, edificación de edificios escolares, y en cualquier otra obra pública del Estado. En este punto es claro que la ley penal no se aplicó en su totalidad ni hasta el momento de su derogación, ya que posteriormente los marcos Constitucionales (muy cambiantes en aquellos días<sup>11</sup>) no permitieron los trabajos forzados. Por lo que en este punto se produjo una derogación tácita de los trabajos forzados. Al tenor del artículo en análisis se puede concluir que la Penitenciaría Central tenía un carácter más riguroso que la Penitenciaría Agrícola y la Colonia Penal, que en la práctica no se llegaron a aplicar. El artículo 13º señala que la Relegación podrá tener dos modalidades, una de naturaleza temporal indeterminada y la otra de naturaleza temporal fija, la primera se cumplirá en la Penitenciaría Central y la segunda se cumplirá alternativamente en una Penitenciaría Agrícola o en una Colonia Penal. El artículo 14º señala que la Prisión tendrá una duración de 2 días hasta 20 años, y podrá ser cumplida en una Penitenciaría Agrícola o una Colonia Penal. El artículo 15º establece que cuando la Prisión se ejecute en la cárcel habrá necesariamente trabajo obligatorio a elección del penado. Debe quedar claro que, todas las disposiciones de este cuerpo normativo en lo referente a las diversas formas de aplicarse la privación de libertad quedó tan sólo en “letra muerta”, ya que nunca se implementó tales opciones, aplicándose todas ellas en un Centro Penitenciario sin mayor diferenciación.

En 1979, después de un periodo de dictaduras militares se sanciona la Constitución Política de 1979, en ella se hace mención expresa a la

---

<sup>11</sup> Para mayor información respecto a los cambios constitucionales históricos de la época republicana del Perú ver Jorge BASADRE, Historia de la República del Perú, Editorial Universitaria, Lima 1983, Séptima Edición.

223

finalidad de la pena privativa de libertad, adscribiéndose a las ideologías RE, es decir, a la Teoría de la Prevención Especial Positiva. Por lo tanto, el Código Penal de 1924 quedó modificado ya que las diversas formas de privación de libertad pasaron a llamarse “Pena Privativa de Libertad”.

En 1991 después de una larga espera se promulga el Código Penal (actualmente vigente en el Perú), el mismo que se ajusta al marco legal establecido por la Constitución de 1979, y por tanto dicho Código<sup>12</sup> establece claramente que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización.

En 1993 se produce un cambio constitucional y se promulga la Constitución Política de 1993, la misma que en este punto no realiza ningún cambio, ya que también establece que la finalidad de la pena privativa de libertad es la resocialización.

## **2.2.2. MARCO CONCEPTUAL**

**2.2.2.1. Ordenamiento Jurídico:** Este concepto proviene de la integración de las normas en un conjunto o sistema de normas e instituciones organizado y coherente, de manera que éstas adquieren relevancia por la posición que ocupan en el mismo. Ramón SORIANO lo define como “sistema de normas e instituciones jurídicas vigentes en un grupo social homogéneo y autónomo”, destacando como caracteres del mismo la unidad, la plenitud y la coherencia.

También se ha dicho que es, el conjunto normativo vigente en un país determinado. Como tal, es conocido también con el simple nombre de Derecho, con lo que se evidencia que, siendo las normas el componente mayoritario del mismo, debe incluirse también lo que directamente se relaciona con las reglas jurídicas: doctrinas, técnicas, principios generales, etc. Por otra parte, no debe identificarse el concepto de norma a la forma

---

<sup>12</sup> Para mayor información ver el análisis que sobre este punto se hace en el apartado tercero del presente capítulo, es decir, sobre el Código Penal de 1991, así como sobre la Constitución Política de 1993.

122

más habitual de manifestarse: ley escrita; cabe que la norma se evidencie en la formulación concreta que hace un tribunal al decidir un caso, o en la manifestación del uso o costumbre. El entramado normativo de un ordenamiento jurídico tiene siempre una determinada coherencia de forma y de contenido; a esta realidad se le da el nombre de sistema jurídico. En este sentido, puede decirse que todo ordenamiento jurídico tiene su propio sistema o coherencia lógica y de valores. Por último, conviene tener en cuenta que en todo ordenamiento jurídico existen normas agrupadas alrededor de determinadas instituciones sociales (propiedad, matrimonio, etc.); en cuanto estas normas tienen una probada experiencia en la regulación de hechos sociales o económicos de acreditado abolengo, se habla de instituciones jurídicas.

Las normas que integran un ordenamiento jurídico no constituyen un agregado inorgánico de preceptos. En otros términos, el derecho positivo de un estado, no es un conjunto de normas yuxtapuestas, destinadas a resolver cada una distintos casos de la vida social, sin que exista entre ellas vínculo alguno. Por el contrario, esa pluralidad de normas, según lo ha establecido el pensamiento iusfilosófica más reciente y lo confirma la experiencia, constituye un todo ordenado y jerarquizado, es decir, un sistema.

El más breve análisis nos muestra que hay un orden jerárquico entre las normas jurídicas, constituido por relaciones de subordinación y de coordinación.

Ahora bien, tal como hemos dicho, el sistema abarca todo el derecho de un estado, porque está constituido no solo por la constitución y las leyes, sino por todas las normas jurídicas, vale decir, que además de las citadas cabe agregar los contratos, testamentos, sentencias, etcétera. Comprende, pues, tanto los preceptos más generales como las normas individualizadas.

Como es obvio, cada derecho estatal constituye un sistema jurídico singular pero a ellos hay que agregar el sistema jurídico internacional, de análoga estructura, donde aquellos se armonizan, constituyendo una

221

unidad que, como ha aclarado Kelsen, es gnoseológica y no de organización. Esto no impide que pasando del plano lógico-formal, en el que trabajar el jurista viene, al terreno jurídico-positivo, propio de la ciencia dogmática, podamos encarar el estudio del régimen internacional positivo, incluyendo el de la organización de la comunidad internacional. Para cerrar este párrafo, agregaremos que fue Kelsen el primer iusfilósofo que aclaró este punto de manera inconclusa.

Estructura del sistema (teoría de la pirámide jurídica): aclarando la estructura lógica del ordenamiento jurídico, dice Kelsen que constituye "no un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de las otras, por así decir, sino un orden gradado de diferentes capas de normas".

Esta afirmación del maestro de Viena corrobora lo que venimos explicando, es decir, la existencia de una gradación en el orden jurídico, o si se quiere, de una estructura escalonada que, abarcando todas las normas jurídicas, se extiende desde la norma fundamental hasta las normas individuales.

Merkel, discípulo de Kelsen, comparo esta estructura con una pirámide y, por la difusión y éxito de esta comparación, se habla de pirámide jurídica como símbolo de cada orden jurídico singular y aun del internacional, en el que resultan armonizados todos aquellos.

Ahora bien, en dicha pirámide, las normas se distribuyen en las distintas gradas, que se escalonan desde el vértice hasta la base, disminuyendo en el mismo sentido su generalidad: es por ello que, mientras en el plano más alto se encuentran las normas constitucionales en sentido positivo, en la base de la pirámide se hallan las normas individuales. Entre ambos extremos se encuentran las leyes stricto sensu, los decretos del Poder ejecutivo, etcétera.

Debajo de las normas individuales, encontramos ya los actos de ejecución material de las mismas.

220

La estructura escalonada y la fuente de validez de las normas jurídicas: la estructura piramidal del ordenamiento jurídico nos permite ver con claridad que el fundamento de validez de una norma jurídica está en otra norma jerárquicamente superior, porque una norma es válida, no solo cuando ha sido establecida por los órganos y con el procedimiento prescripto por otra norma superior (validez formal), sino también cuando su contenido encuadra en lo que dispone la norma fundante (validez material). Por ej., Una sentencia (norma individual), es válida cuando ha sido dictada de acuerdo con las leyes procesales respectivas y cuando su contenido queda enmarcado por la norma superior. Por su parte, una ley será válida cuando haya sido sancionada de acuerdo con la constitución, etcétera. ¿Pero cuál es la fuente de validez de la constitución?: si ha sido dictada de acuerdo con los preceptos de otra constitución anterior, allí estará su fuente de validez. Cabe preguntarse ahora por la fuente de validez de esta otra constitución, y así sucesivamente, con lo que llegaremos a la primera constitución en sentido positivo, ya sea porque haya surgido de una revolución, conquista, etcétera.

**2.2.2.2. Constitución Política del Perú:** Es la norma jurídica fundamental que rige nuestro Ordenamiento Jurídico, la que se encuentra por encima de las demás normas, la que establece las libertades, deberes, la estructura organizativa del Estado Peruano y los fines de éste.

**2.2.2.3. Derecho Penal:** Es la rama del Derecho Público Interno, que trata sobre los hechos delictuosos, las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la conservación del orden social, estudia de manera sistematizada las normas jurídicas penales que definen ciertas conductas como delitos o faltas, así como dispone la sanciones (pena o medidas de seguridad) a imponerse al que realizó u omitió una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

Tenemos también las definiciones de los diferentes juristas de reconocida trayectoria en el mundo jurídico penal, y son:

**Eugenio Raúl Zaffaroni:** para quien el “Derecho Penal es la rama del saber jurídico que mediante las interpretaciones de las leyes penales,

219

propone a los jueces un sistema orientador de decisiones, que contiene y reduce el poder punitivo del Estado, para impulsar el progreso del Estado Constitucional del Derecho"<sup>13</sup>(1981).

**Hans Welzel:** "El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad"<sup>14</sup> (1967).

#### **A. Derecho penal objetivo (IUS POENALE)**

Es un conjunto de normas jurídicas penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito y, su consecuencia es la pena o medidas de seguridad. Así tenemos las definiciones que tienen algunos autores de la misma:

**BACIGALUPO:** "El Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas"<sup>15</sup>.

**MIR PUIG:** "El derecho Penal, son las normas jurídicas que asocian el delito, como presupuestos, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica"<sup>16</sup>.

**PEÑA CABRERA:** "El Derecho Penal es el conjunto de normas jurídico-positivas que garantizan su cumplimiento a través de la fuerza pública"<sup>17</sup>.

**VILLA STEIN:** "Desde un punto de vista objetivo del Derecho penal se constituye como un conjunto de normas jurídicas de carácter general que establecen condiciones, principio de intervención punitiva del Estado y de carácter especial establece las conductas que, por desvaloradas, están prohibidas y a las que, de operarse, se las castigara con una pena o se

---

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio. R. "Tratado de Derecho Penal Parte General", Tomo I, Editorial Civitas. Buenos Aires - Argentina, 2000.

<sup>14</sup> WELZEL H. Teoría de la Acción Finalista. 1ra. Edición, Editorial Astrea - 1951.

<sup>15</sup>BACIGALUPO, E. "El Principio de Culpabilidad, Reincidencia y Dilaciones Indebidas del Proceso". En: Principios Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1999.

<sup>16</sup>MIR PUIG, S. "El Versari In Re Illicita en el Código Penal Español". En: Problemas Fundamentales del Derecho Penal, Editorial Tecnos, Madrid, 1982.

<sup>17</sup> PEÑA CABRERA R. Tratado de Derecho Penal General, pág. 14.

218

las controlara con una medida de seguridad, como consecuencia jurídica necesaria”<sup>18</sup>.

### **Derecho penal subjetivo (IUS PUNIENDI)**

Los diferentes juristas definen al Derecho Penal subjetivo como:

**BUSTOS RAMÍREZ:** “El *ius puniendi* es la potestad penal del Estado de declarar punible determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad”<sup>19</sup>

**LUZON PEÑA:** “El *ius puniendi*, es el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado”<sup>20</sup>.

#### **2.2.2.4. Funciones del derecho penal**

La función que cumple el Derecho Penal es el de ser un medio de control social formalizado, que actúa de manera subsidiaria, en última *ratio*. El Derecho Penal, se encarga de regular los delitos y la sanción penal, así también señala con ello a la sociedad, las conductas que se encuentran prohibidas penalmente. Asimismo se tiene que en el Estado Constitucional de Derecho el Derecho Penal debe cumplir principalmente las siguientes funciones:

##### **A. Función motivadora**

“Motivar supone, inducir, persuadir o mover a las personas a que ajusten sus comportamientos bajo ciertas y determinadas pautas normativas, de forma de lograr un cuadro ideal de no agresión a los bienes jurídicos penalmente relevantes”<sup>21</sup>

En efecto, esta función tiene por finalidad de motivar al hombre, a fin de que actuara distinguiendo lo bueno y lo malo.

---

<sup>18</sup>VILLA STEIN, J. “Derecho Penal, Parte General”, Editorial San Marcos, Lima - Perú.

<sup>19</sup> BUSTOS RAMIREZ, J. “Manual de Derecho Penal. Parte General”, 4ta. Edición, puesta al día por HORMAZABAL MALAREE, Barcelona, 1994.

<sup>20</sup> LUZON PEÑA, D. “Curso de Derecho Penal. Parte General”, Editorial Universitas, Madrid, 1996.

<sup>21</sup>ROJAS VARGAS, F. Estudios de Derecho Penal. Pág. 34 y ss.

ZIA

Para nuestro reconocido jurista JAVIER VILLA STEIN, es también conocida como "función formadora, educativa de los patrones de comportamiento de la sociedad, por lo que visto de esta manera, el Derecho Penal cumplirá una función educativa"<sup>22</sup>.

### **B. Función motivadora o simbólica**

La función del Derecho Penal consiste en la protección de los bienes jurídicos. Se trata, por lo tanto, de la prevención de las lesiones de los bienes jurídicos. Este punto de vista puede ser concretado, en principio, de dos formas diferentes:

En primer lugar, se puede sostener que la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta solo aquellas acciones que representen por lo menos un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo por lo tanto, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor; mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del Derecho Penal. La tarea del Derecho Penal para este criterio, comenzaría, con el peligro real para el bien jurídico penalmente protegido.

En segundo lugar, la protección de bienes jurídicos puede comenzar ya donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro realmente. En este caso la peligrosidad de la acción dependería de la dirección de la voluntad del autor a la lesión del bien jurídico y no de la proximidad real de la lesión del bien jurídico. La misma que fue representado por **HANS WELZEL**: "La tarea del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción"<sup>23</sup>.

**JAVIER VILLA STEIN** nos señala: "la función simbólica también llamada función retórica, procura antes que la específica instrumental meta de

---

<sup>22</sup>VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal, Parte General", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2008.

<sup>23</sup> WELZEL. H. Teoría de la Acción Finalista. 1ra Edición, Editorial Astrea - 1951.

216

proteger los bienes jurídicos, fomentar la producción pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido"<sup>24</sup>.

### **C. Función preventiva**

La función preventiva del Derecho Penal, consiste en informar las consecuencias jurídicas de la infracción a la ley penal, para ello hace denotar que las penas son drásticas para el hombre, los mismos inician desde limitaciones, restricciones, privaciones de libertad de una persona hasta la pena de muerte; pese a esta información dada por el Derecho Penal, el hombre continúa cometiendo delitos.

La función preventiva, como objetivo principal pretende impedir que en el futuro se cometan por otros o por el mismo delincuente ilícitos penales.

### **D. Función represiva**

La función represiva, interviene cuando ya es cometido el delito o la falta. Es una función sancionadora de manera exclusiva por el Estado, reprimiendo e imponiendo las sanciones de acuerdo a su magnitud de los delitos cometidos por el sujeto activo.

En efecto, la función represiva, es la penúltima parte de la función del Derecho Penal, ya que el Estado por función debe aplicar la sanción correspondiente al sujeto activo que ha cometido el delito, pero ello necesariamente debe procesar y llegar a la conclusión firme y precisa que la conducta del infractor ha traspasado a las fronteras de tipicidad. Antijuricidad y culpabilidad. Caso contrario no podría dar cumplimiento a la función represiva a una persona humana.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Se trata de un elemental recurso al que debe acudir el Estado para posibilitar la convivencia entre los hombres, cuya justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni

---

<sup>24</sup> VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal, Parte General", Editorial Grijley, Lima – Perú, Tercera Edición - 2008.

213

filosófica, sino una “amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres”<sup>25</sup>.

#### **2.2.2.5. Características del Derecho Penal.**

##### **A. Carácter de función pública.**

Se entiende por esta característica, que corresponde al Derecho Penal regular las relaciones más trascendentes entre el Estado y la ciudadanía. En efecto, corresponde al Estado, a través del Derecho Penal, establecer delitos, penas y medidas de seguridad, y el mismo que tiene el deber de aplicarlas y hacerlas cumplir siempre.

En las normas penales predomina el principio de comunidad sobre el de personalidad. Es cierto que el Derecho Penal protege, al lado de intereses públicos (seguridad del Estado) y sociales (salud pública), bienes que pertenecen directamente a los individuos (vida, libertad, honor, propiedad, etc.). Pero en todo caso estos bienes individuales se protegen por la norma penal en interés de la colectividad.

El Derecho Penal reprime y previene aquellos ataques a dichos bienes, que, por ser los más intolerables, hacen inimaginable la misma convivencia social (homicidios, secuestros, calumnias, robos, etc.). En este sentido el delito es siempre, en última instancia, un atentado contra la comunidad, y todos los ciudadanos, hayan sido afectados o no directamente por el, están legitimados por él para perseguir los hechos punibles.

##### **B. Carácter regulador externo de conductas humanas.**

Todos los actos que el hombre realiza e impliquen una lesión, daño o peligro a un bien jurídico, necesariamente deben exteriorizarse de la parte subjetiva; es decir, debe salir o rebasar la esfera objetiva, visible.

Teniendo en cuenta que las conductas internas, no son sancionables por el Derecho Penal, solo pueden sancionarse conductas exteriorizadas que

---

<sup>25</sup> GIMBERNADO. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, Salamanca, 1971, ps. 72 y 95.

219

hayan ocasionado objetivamente una lesión o hayan puesto en peligro a un bien jurídico protegido por la ley penal.

### **C. Carácter personalísimo.**

El Derecho Penal es personalísimo, o sea, el sujeto activo que incurre en la comisión de un ilícito penal, es el único que deberá responder por su conducta comisiva u omisiva y es por ende el solo responsable, más no sus parientes.

Por eso decía el Dr. en derecho **RAÚL PEÑA CABRERA**: “El delincuente es el único responsable con su persona de las consecuencias penales de su acción u omisión, con el fallecimiento del delincuente, también se extingue la acción penal”<sup>26</sup>.

### **D. Carácter sancionador.**

El Derecho Penal es inminentemente de carácter sancionador a comparación de otras ramas del Derecho; es el monopolio del Estado es el único que puede sancionar a los declarados criminales, y no pudiendo hacerlo las demás ramas del Derecho.

Dentro de las sanciones más drásticas tenemos: la pena de muerte, la cadena perpetua, el expulsión entre otras.

### **E. Carácter fragmentario.**

Por esta característica se entiende que el Derecho Penal, no atiende a sancionar a todas las conductas lesivas que afecten a los bienes jurídicos, sino solo a las modalidades de ataques más peligrosas. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino solo ciertas modalidades especialmente peligrosas.

Igualmente el Derecho Penal no protege a todos los bienes jurídicos existentes, sino solo a los bienes jurídicos considerados más importantes o fundamentales para la sociedad de una época.

---

<sup>26</sup> PEÑA CABRERA R. “La Ley Penal Sobre Reincidencia y Habitualidad. El Retorno a los Postulados del Positivismo Criminológico”. En: Rev. Actualidad Jurídica, Tomo 151, Gaceta Jurídica, Lima - Perú.

213

### 2.2.2.6. Principios del Derecho Penal.

Los principios, son ciertos enunciados básicos, lógicos que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen un determinado campo del saber humano.

Estos principios son las ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del Ordenamiento Jurídico escrito (Legal y jurisprudencial) y consuetudinario.

El jurista **FERNANDEZ C.** nos señala que: "los principios jurídico-penales son formulaciones abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal, de lo que deriva o en lo que se fundan todo conocimiento y toda norma jurídico-penal y de los que en consecuencia no pueden separarse ninguna practica (Teórica o judicial) del Derecho Penal Positivo".<sup>27</sup>

#### A. El principio de "*Ultima ratio*"

Este principio, ha de entenderse como *extrema ratio* cuando el Ordenamiento Jurídico debe recurrir a dicha tutela coercitiva, siempre y cuando los otros medios de control social hayan "fracasado en sus objetivos" justificando y legitimando así dicha actuación estatal.

El Derecho Penal solo protege algunos bienes jurídicos penalmente tutelados, por ende, repele los ataques considerados los más peligrosos para la sociedad.

**PEÑA CABRERA**, señale acerca del principio de "*ultima ratio*": "los instrumentos de los cuales se vale el Derecho Penal para la protección de los bienes jurídicos suele ser más severo que otras ramas del Derecho. Por lo que la utilización de dichos mecanismos solo ha de ser, siendo uno de esos recursos estatales: la sanción penal (pena o medida de seguridad).

Esta amarga necesidad que constituye la pena por las consecuencias que conlleva para el sujeto, hace que solo se recurra a ella como "*ultima ratio*",

---

<sup>27</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA. Tratado Penal. Pág. 6 y ss.

212

es decir, como el último recurso a emplear por no existir otros medios más eficaces. Pero la intervención punitiva estatal no se realiza frente a toda situación, sino solo a hechos que la ley penal ha determinado específicamente (carácter fragmentario) por lo que la pena constituye un instrumento subsidiario"<sup>28</sup>.

### **B. El Principio de Presunción de Inocencia.**

La presunción de inocencia es un derecho fundamental de todos los ciudadanos y como tal, es un logro del Derecho Penal moderno, mediante el cual, a todo inculpado que no haya sido sentenciado con un fallo que haya adquirido la autoridad de cosa juzgada se le considerara inocente.

Artículo 2, Inc. 24 literal e) de la *lex magna* del Estado peruano cuyo texto señala taxativamente lo siguiente: "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"<sup>29</sup>.

Siendo así, no puede generarse ninguna clase de restricción a la libertad, como el de ocupar cargos de confianza o políticos, mientras no haya sido sentenciado por un juez o un tribunal.

### **C. Principio de Protección de Bienes Jurídicos.**

Por este principio entendemos, que cuando son afectados o puestos en peligro bienes jurídicos, el Derecho Penal está obligado a intervenir dando su protección, mediante la sanción penal.

Ergo, el Derecho Penal, solo tiene razón de ser cuando exista una vulneración o afectación de los bienes jurídicos con lesiones o poniéndolos en peligro. Por lo que en otros casos no debería intervenir el Derecho Penal.

Cabe precisar que los bienes jurídicos, en relación al principio de intervención mínima, no solo deben ser protegidos por el Derecho Penal sino por otras ramas del Derecho menos lesivas.

---

<sup>28</sup> PEÑA CABRERA R. Tratado de Derecho Penal y Estudio Programático de la Parte General. Pág. 113 y ss.

<sup>29</sup> Constitución Política del Estado Peruano de 1993.

21

#### **D. Principio de la Dignidad de la Persona Humana.**

Este principio nace como una reivindicación ante la drasticidad o rigurosidad de las aplicaciones de sanciones penales impuestas en el régimen antiguo, básicamente antes de la Revolución Francesa, las penas han sido aplicadas hasta sin las investigaciones; es decir, a simple sindicación o decisión de los monarcas. En efecto antes de la Revolución Francesa, no existía el debido proceso, como es el derecho a la defensa, a ser oído, a contradecir, a la pluralidad de instancias. Si no solo bastaba la voluntad del soberano.

Este principio columna vertebral del Estado Constitucional de Derecho, desde el punto de vista histórico, ha sido considerado como el motor de la racionalización del Derecho Penal y la evolución que ha experimentado a través del curso de los siglos, sin embargo ahora nos encontramos ante un Derecho Penal moderno.

#### **E. Principio de Proporcionalidad.**

Acerca de este principio nos dice JAVIER VILLA STEIN: "Informa este principio el equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor"<sup>30</sup>.

En efecto, en nuestro Código Penal Peruano en su artículo VIII del Título Preliminar, textualmente prescribe: "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho". La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. "si se trata de obtener el máximo de libertad no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta".

Sin embargo, la mayor dificultad conceptual que suscita el principio de proporcionalidad reside en la delimitación del criterio que se ha de utilizar

---

<sup>30</sup> VILLA STEIN, Javier. "Derecho Penal, Parte General". Pág. 123 y ss.

210

como medida de proporcionalidad. Por ello, la gravedad de la pena ha de adjuntarse a la nocividad social de las conductas incriminadas.

Finalmente, en la medida que la exigencia de proporcionalidad surge desde la necesidad de la intervención, ello puede implicar que en un caso concreto de la intervención no sea necesaria, y por tanto que la exigencia de la proporcionalidad carezca ya de sentido.

#### **F. Principio de Resocialización.**

Al darse la privación de la libertad al sancionado de manera inevitable, habrá que configurar su ejecución, pero al mismo tiempo, el Estado en lo posible debe resocializar al reo, fomentando cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en la libertad; o sea, se debe extender a tal principio, como un intento de ampliar las posibilidades de participación en la vida social, una oferta de alternativas al comportamiento criminal.

Gracias a este principio muy cuestionado de resocialización, hoy se viene aplicando el Código de Ejecución Penal, a fin de que se ejecute de manera inmediata a favor del sentenciado.

#### **G. Principio de Legalidad.**

Es el principio más importante y tiene su base en la frase acuñada por el alemán Feuerbach: “*nullum crimen nullum poena sine lege*” que quiere decir, no hay delito, no hay pena sin ley. Solo se considera como delito el hecho y solo se puede aplicar una sanción penal si éste está previamente establecido en la ley.

De esta manera, el principio *sine lege* o principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el Derecho Penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria se puede dictar aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al

2001

autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar por la ley, pues sólo de esa manera la condena se podrá fundar en la ley penal.

El aforismo es una seguridad para la sociedad, el cual dentro de nuestro Orden Jurídico Penal tiene su asidero en el Art. II del T.P. del Código Penal de 1991, que a la letra prescribe: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, no sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”.

**LUIS MIGUEL BRAMONT-ARIAS TORRES** señala: “La única fuente del Derecho Penal es la ley, la cual debe cumplir con tres requisitos: a) debe ser escrita (*lex scripta*), se descarta aquí al derecho consuetudinario, b) debe ser previa (*lex praevia*), anterior a la comisión del hecho delictuoso, y c) debe ser estricta (*lex stricta*), precisa en la descripción del delito”<sup>31</sup>.

#### **H. Principio de Igualdad.**

Este principio de igualdad, se plasma en la ley penal peruana, su aplicación es para todos los habitantes de la república, o sea para nacionales y extranjeros.

El principio de igualdad se halla proclamado como derecho fundamental de la persona, específicamente en el Inc. 2 del Art. 2 de *nostra lex magna* de 1993, cuyo tenor taxativamente señala: “toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”<sup>32</sup>. De lo que se colige que, toda persona humana debe ser tratada sin ningún tipo de discriminación sin base objetiva y razonable que justifique dicho tratamiento.

#### **I. El Principio de “*Ne bis in idem*”.**

---

<sup>31</sup> BRAMONT-ARIAS TORRES, L. Lecciones de la Parte General y Código Penal. Págs. 47 y 48.

<sup>32</sup> Constitución Política del Perú 1993.

we

El principio de "*ne bis in ídem*" tiene doble connotación en su contenido conforme se analiza en el siguiente concepto:

"Nadie puede ser procesado por los mismos hechos que hayan sido juzgados o sentenciados por resolución firme de un tribunal jurisdiccional o administrativo".

- Aspecto procesal.- Según este principio nadie puede ser procesado hasta dos o más veces por los mismos hechos.
- Cuestión sustantiva.- según este principio nadie puede ser sentenciado o sancionado hasta dos o más veces por los mismos hechos.

Los conceptos son claros en señalar, primero cómo ha venido interpretando el principio del "*non bis in ídem*" en su vertiente material (la prohibición de doble sentencia por un mismo hecho), de otro lado, plantear algunas soluciones, que podrían ser debatibles, en aquellos casos donde la conducta reprochable es perseguible penalmente ya al mismo tiempo es reclamada en sede administrativa, produciéndose una dualidad en el sistema sancionador, un conflicto de quien es el encargado de sancionar la vertiente procesal. Pero algunos autores prefieren denominar como:

*Non bis in ídem*: "Nadie puede ser juzgado doblemente por un mismo delito". En efecto, algunos autores prefieren expresar con estos términos al principio de *non bis in ídem*; pero haciendo el análisis correspondiente no son iguales, sino mantiene diferencias.

De acuerdo a estas definiciones, se entiende que el "*ne bis in ídem*" tendría mayor amplitud de concepto, pues habla de "los mismos hechos tanto en el campo jurisdiccional o administrativo", mientras que el "*non bis in ídem*", es más restrictivo, pues solo se refiere a "delitos"; sin embargo, cuando se analiza las ejecutorias supremas nacionales como internacionales, se observa que ambos conceptos se usan indistintamente, pues sus efectos tienen las mismas trascendencia, "no dos veces lo mismo".

En nuestra Constitución Política, encontramos el principio "*non bis in ídem*" de manera implícita enunciado en el inciso 13 del artículo 139, la misma

que prescribe de la siguiente manera: "La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, la prescripción, la amnistía, el indulto y el sobreseimiento producen los efectos de cosa juzgada"; o sea, esto da a entender que una sentencia dictada habiendo quedado consentida o firme o con ejecutoria suprema, no se puede revivir, porque según este principio estas resoluciones tienen carácter inmutable.

Mientras que el principio "*ne bis in idem*" lo encontramos claramente en la ley peruana de Procedimiento Administrativo General - Ley número 27444, en el numeral 10 del artículo 230 de su capítulo II – del Procedimiento Sancionador; lo recoge, disponiendo que "No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento". Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia emitida el 16 de abril de 2003, en el expediente número 2050-2002-AA/TC., que el principio de "*Ne bis in idem*" tiene una doble connotación: por un lado una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: en otras palabras una formulación material, el enunciado según el cual, "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho", expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, impidiendo que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; y en su vertiente procesal, tal principio significa que "nadie puede ser procesado o juzgado dos veces por los mismos hechos", es decir, que un mismo hecho, no debe ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto"<sup>33</sup>.

Finalmente este principio es recogido en el Código Procesal Penal en su artículo III del Título Preliminar: "nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo sujeto y fundamento...".

---

<sup>33</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de abril del 2003, Expediente número 2050-2002-AA/TC.

206

### **Principio de Culpabilidad.**

El principio de culpabilidad es un conjunto de condiciones que permite declarar a una persona como culpable o responsable de un delito. El sentido asignado por el Derecho Penal dentro de un estado de derecho social y democrático.

La elaboración conceptual de la “culpabilidad” obedece a la necesidad de dar respuesta a la aplicación de la pena. El Derecho Penal considera insuficiente la existencia de un hecho típico y antijurídico; para la imposición de la pena es necesaria afirmar la culpabilidad.

El poder estatal interviene en la libertad de los ciudadanos a través de la pena. Para ello, requiere el sujeto realice una acción típica y antijurídica.

Para que esa acción típica y antijurídica quede expresada en una pena requiere de la “culpabilidad o responsabilidad penal”. Sin juicio de valor que comporta la culpabilidad penal no es posible fundamentar la pena. Si el sistema penal quiere ordenar la culpabilidad penal se declara así mismo como un sistema penal autoritario, abusivo y degradante. Entonces hay que cuestionarlo.

## **2.2.2.7. La Pena**

### **2.2.2.7.1. Etimología.**

Etimológicamente a la “pena” se le ha atribuido varios significados en el devenir histórico del Derecho Penal, algunos consideran que se deriva del vocablo PONDUS, que significa PESO, otros consideran que el vocablo pena se deriva de PUNYA que quiere decir PUREZA O VIRTUD, otro grupo cree que se origina de PONOS que es TRABAJO y FATIGA, y por último se cree que proviene de la palabra latina POENA que significa CASTIGO O SUPPLICIO. En cuanto a la terminología jurídica empleada en nuestro medio y en sentido muy amplio, se habla de pena a la sanción, castigo, condena, punición, etc.

#### 2.2.2.7.2. Definición.

La pena es, la consecuencia lógica del delito, y consiste en la privación o retención de ciertos derechos del transgresor que debe estar previamente establecida en la ley, y que es impuesta a través de un proceso, como retribución, en razón del delito cometido. Tal concepto de pena se adapta a la naturaleza misma de esta sanción y se enmarca perfectamente dentro de las previsiones de nuestra Constitución Política.

El jurista JOSE MARIA RODRIGUEZ analiza el significado de la pena desde dos puntos de vista: Estáticamente dice, la pena es simplemente la consecuencia primaria del delito, el delito es el presupuesto necesario de la pena; entre ambos hay una relación puramente lógica; puede que es una retribución del delito cometido, si se descarga a esta palabra de todo el significado vindicativo. Dinámicamente considerada, la pena tiene primordialmente los mismos fines de la ley penal, la evitación de las conductas que la ley prohíbe o manda ejecutar.

El rasgo distintivo del Derecho Penal es la aplicación de las penas. La pena viene a ser una manifestación directa del poder punitivo estatal, se aplica siempre y cuando se haya afectado, lesionado o puesto en peligro un bien jurídico penalmente tutelable, y por ende no viene hacer sino, la formalización de la violencia.

Por consiguiente, la pena tiene un acento negativo y por siempre el carácter de mal, aunque en última instancia debe beneficiar al condenado, así el jurista SANDOVAL HUERTAS al referirse al modelo teórico tanto de la expiación como de la retribución manifiesta que en ambos se empieza a decir que el reo es beneficiario del castigo pues, la tesis expansionista y retribucionista suponen que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de la pena y que, por ende, el mismo posee interés en que la sanción

se haga efectiva. Tal suposición implica que solo tras su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual; de allí que a veces le interese expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta.

Al respecto manifiesta FERNANDEZ CARRASQUILLA: "La analogía de la pena con la medicina, efectuada por el positivismo preventivo - especial, es en verdad una mala analogía y dio lugar a una severa deshumanización del Derecho Penal y penitenciario al convertir al condenado en objeto de un tratamiento psicofísico y forzoso de resultados inciertos frente a sus propios fines, pero muy ciertos en cuanto a la manipulación del cuerpo o la conciencia de la persona humana sometida a la famosa pena fina, que por definición se concreta a los fines de la prevención especial, es la pena retributiva, que por su carácter ético absoluto no persigue fin o utilidad alguna, como todo fenómeno moral, que vale por sí mismo, como imperativo categórico. La pena sin duda recae sobre la persona, pero no puede dirigirse a manipular la personalidad"

Para la aplicación de una pena debe haberse configurado un delito, y este se da cuando la conducta humana pueda ser calificada como típica, antijurídica y culpable, además, deben haberse respetado los mecanismos procesales que rigen el debido proceso como garantía de la administración de justicia – Garantía del Estado Constitucional de Derecho. La pena no es parte del delito sino una consecuencia de este. Si bien el delito es un presupuesto de la pena, este no es el único, dado que, la aplicación de la pena puede estar condicionada a la existencia de "las condiciones objetivas de punibilidad o a la ausencia de una excusa absolutoria, cabe destacar que estas instituciones como excepcionales dentro de nuestro Orden Jurídico penal".

La pena es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley, que es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de un hecho delictivo y es, a su vez, un instrumento para el auto de constatación general del Estado con la protección de bienes jurídicos, lo que implica examinar que es lo que quiere proteger el Derecho Penal.

No importa en qué sentido se observa la pena, esta siempre es un mal necesario. Lo que se pretende con la pena es evitar un mal mayor al ya cometido, a su vez, la pena debe ser la medida más económica en términos de daño social para solucionar el problema del delito.

La pena es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, de ahí su importancia en el entendido que se trata de una institución que se constituye en uno de los pilares fundamentales dentro del Sistema Penal, en efecto, la pena es un instrumento de control estatal. Es un tanto difícil dar una definición de lo que realmente se entiende por pena en el campo jurídico, nuestra legislación carece de un concepto y solo se limita a clasificarla; es fundamental hacer un análisis de lo que varios tratadistas consideran como pena, para poder estar en la capacidad de hacer nuestra propia definición.

La Escuela Clásica del Derecho Penal (época en que el Derecho Penal había alcanzado su más alto grado de perfeccionamiento), consideraba la pena como un mal, a través del cual, se realiza la tutela jurídica, siendo esta la única consecuencia del delito.

La Escuela Positiva, que radicalmente se apartó de los principios fundamentales del Derecho Penal, fue denominada como “La Crisis del Derecho Penal Clásico” y con respecto a la pena consideraba que “era un medio de defensa social”, que se realizaba mediante la prevención general (amenaza de pena a todos los ciudadanos), y la prevención especial (aplicación de dicha amenaza al delincuente), sosteniendo que la pena no era la

única consecuencia del delito, ya que debía aplicarse una serie de sanciones y medidas de seguridad, de acuerdo con la personalidad del delincuente.

Durante esta secuela se determinó que el fin principal de las penas, dejaba de ser el restablecimiento del derecho violado y pasaba a ser el de prevención, por lo tanto, las penas dejaron de ser determinadas y proporcionales al daño causado, y pasaron a ser indeterminadas y desproporcionadas a la temibilidad del delincuente, entonces pues, esta escuela propuso una serie de medidas de seguridad que llevaban por fin principal la reforma del delincuente, para, poder devolverlo a la sociedad.

Algunos autores refieren a la pena como un *mal* que impone el Estado al delincuente como castigo retribuido a la comisión de un delito, otros se refieren a la pena como *tratamiento* para la reeducación y rehabilitación del delincuente tendiente a la inserción nuevamente en la sociedad, muchos han definido a la pena atendiendo a varios puntos, por tanto, no existe uniformidad en lo que se definirá como pena.

#### 2.2.2.7.3. La Pena Privativa de Libertad.

Por no ser uno solo el tratamiento, que tanto en los diferentes momentos de la historia, así como en las diferentes legislaciones del mundo, se le ha llegado a dar a la pena privativa de la libertad, nos circunscribiremos a una ilustración y a una explicación de sus características más sobresalientes; que, en cuanto al campo teórico se refiere, consideramos que se encuentran magistralmente consignadas en la definición que de ella se hace por parte de Borja Mappelli y Juan Terradillos, quienes sostienen que la pena privativa de la libertad es “la pérdida de libertad ambulatoria de un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado

previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización"<sup>34</sup>.

A nuestro juicio, es, la anterior, una definición que de una manera bastante clara, completa y coherente, reúne los elementos actuales de lo que hoy queremos pero no hemos logrado que sea la pena privativa de la libertad.

Sin embargo, y como ya lo dijimos, todos estos elementos, que pertenecen más al campo de los deseos que al de las realidades penales, no siempre se habían encontrado tan reconocidos ni tan explícitamente mencionados, por lo que, aunque reconocemos un único pero verdadero avance y evolución conceptual, nos ocuparemos de confrontarlos con la realidad penitenciaria.

#### 2.2.2.7.4. Elementos del concepto de Pena Privativa de la Libertad.

**a) Pérdida de la libertad ambulatoria.** Se orienta este elemento a establecer que la pena privativa de la libertad tan solo recae sobre la posibilidad de desplazamiento físico del recluso y no sobre ningún otro de sus atributos naturales.

**b) Internamiento en un establecimiento penitenciario:** Si la pena privativa de la libertad se dirige en contra de la libertad ambulatoria del penado, que no es nada distinto a la propia posibilidad natural de desplazamiento físico, debemos, por lo tanto, pensar que dicha limitación se realiza en un ámbito espacial determinado, ya que, lo contrario, sería tanto como afirmar que ésta sería una limitación absoluta, lo que nos parece, además de imposible, completamente inapropiado.

**c) Que el tiempo de pérdida de la libertad ambulatoria sea previamente determinado por una sentencia judicial ex lege:** Es, este postulado, la expresión del reemplazo de la tiranía punitiva por el legalismo penal, que, una vez reconocido, cercenó

---

<sup>34</sup> Borja Mappelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, Las consecuencias jurídicas del delito, Edit. Civitas, Madrid, 1994, pag. 63.

la posibilidad de que fuera el gobernante el que con su arbitrio ilimitado determinara las conductas delictivas y la sanción a la que ellas debían sujetarse.

Por lo tanto, si en una época pudo verse cómo los hombres eran sentenciados a muerte por conductas que discrecionalmente ofendían al monarca, o, en el mejor de los casos, confinados a una celda hasta que murieran o hasta que ese mismo monarca se acordase de ellos y les perdonase; en los momentos posteriores a esta variación intelectual, pudo, en cambio, observarse que las conductas sancionables por su daño a la sociedad serían expresamente determinadas por personas diferentes de las que las castigarían, y, además, que esta actividad sancionatoria del Estado se encontraría sujeta a unas reglas previas y específicas.

De esta manera, en la actualidad, y como fruto de esta evolución hacia el legalismo penal, la pena privativa de la libertad, que hace parte del conjunto de sanciones estatales para las conductas delictivas, solo es aplicable en los eventos en los que así lo determine el órgano estatal correspondiente, que normalmente se encuentra en la rama judicial del Estado. A su vez, este órgano no es completamente independiente, pues, para la determinación de la clase de conductas sancionables desde el punto de vista penal, así como para el establecimiento de la magnitud y extensión de la pena que ellas merecerían, se requiere de la actividad de otro órgano que normalmente se encuentra en la rama legislativa del mismo Estado.

**d) Favorecimiento de la resocialización:** Ha sido este elemento el resultado de una variación en la filosofía punitiva, que, si en un comienzo llegó a negarle su razón de ser, posteriormente pasaría a aceptarle y a perfeccionarle de tal manera que en estos tiempos son pocas las legislaciones que no lo consagran, aunque también sean escasas las que verdaderamente lo apliquen. Este cambio de pensamiento filosófico-punitivo, que originó una nueva postura legal en relación con los fines de la pena, recorrió varios estadios

y varias etapas para llegar hasta lo que hoy conocemos como el tratamiento penitenciario, que es lo que, por lo menos en el pensamiento de S. Leganés, vendría a constituir la base que fundamenta a esta resocialización atribuida a la pena privativa de la libertad.

Por lo anterior es que podemos observar que, tanto en los niveles doctrinarios, así como en los legales, no se encuentra una unanimidad en los términos que se usan para denominar a esta nueva actividad penitenciaria, que únicamente se encuentra unificada en su propósito final, referido a la nueva postura estatal de lograr la reincorporación del delincuente en la sociedad mediante un conjunto de actividades que bien pueden variar dependiendo de las concepciones que rijan en cada uno de los ordenamientos jurídicos.

#### **2.2.2.7.5. Nuestra definición de Pena Privativa de Libertad.**

Lamentablemente, los anteriores elementos del concepto que tomamos como referencia para definir a la pena privativa de la libertad, son, en su gran mayoría y para desgracia de nuestros reclusos y de la credibilidad en la que deben encontrarse sustentados los ordenamientos jurídicos, una simple enunciación teórica, que si bien no le resto mérito porque pienso que puede llegar a ser el inicio de un verdadero aunque ya tardío cambio penitenciario, sí, por lo menos, denuncio como incumplida en los terrenos de la práctica carcelaria.

Por lo anterior, y más como una rebeldía hacia aquellas personas que definen pero que a la vez se olvidan de la realidad, y que por esto mismo participan de la gran mentira legislativa que nos han hecho creer en torno a la pena privativa de la libertad.

198

Por lo tanto, a mi juicio, la pena privativa de la libertad es la pérdida de la libertad ambulatoria, así como, en los casos más frecuentes, de otras libertades y derechos como la expresión, la dignidad, la tranquilidad, la vida, la salud y la honra mediante un pronunciamiento normalmente proferido por las autoridades judiciales de cada país, que no siempre requiere de las formalidades del debido proceso y que en casi todos los casos se realiza con el objeto de olvidar al reo y de fomentar nuevos delincuentes para la sociedad.

#### **2.2.2.7.6. Implicaciones Doctrinarias y Legales de la Incongruencia entre la Teoría y la Práctica en la Aplicación de la Pena Privativa de Libertad.**

Creando haber ilustrado con claridad la notoria y evidente diferencia entre la práctica y la teoría penitenciaria, pasaremos, entonces, a analizar las implicaciones que por esta contradicción se han generado en el interior de los diferentes sistemas jurídicos y de los más influyentes círculos intelectuales de la época. Como en el desarrollo de este punto lo veremos, este aspecto se encuentra gobernado por dos pensamientos principales, que, debido a esta patente crisis carcelaria, han tratado, según el caso, de eliminar o de disminuir la importancia de la prisión en el interior de los sistemas punitivos del mundo.

Por lo anterior, no ha sido este fenómeno del fracaso de la prisión un punto árido en la doctrina contemporánea, ni tampoco en las legislaciones más recientes, pues, como a continuación también lo veremos, se han desarrollado pensamientos que elaboran posibles soluciones a este problema, que, debido a su importancia y a su altísima notoriedad, ocupa los primeros lugares en la escala de las preocupaciones mundiales.

Por ser los que han adquirido una mayor importancia, trataremos a los pensamientos que se refieren al desarrollo de las penas alternativas o sustitutivas de la prisión, así como también, a los

que abogan por su total eliminación de los ordenamientos jurídicos, pudiendo, con este análisis, observar que, tanto los primeros como los segundos, se han elaborado y difundido para la corrección y para la censura de los abusos que se han venido cometiendo con la institución de la prisión.

**a) Las penas alternativas o sustitutivas de la prisión:** Como un lógico resultado de la crisis penitenciaria, surgió este pensamiento, que, sin atacar la existencia misma de la prisión, aboga por su mínima utilización al interior de la sociedad mediante la elaboración y proposición de nuevas formas de sanciones penales. Como fundamentos teóricos y empíricos para esta proposición intelectual, se toman, en primer lugar, el hecho innegable de la existencia de una crisis carcelaria, que, según se afirma por estos pensadores, se debe más al abuso de la prisión por parte de la sociedad que a la incapacidad del Estado para hacer de ella una institución viable en un medio civilizado; igualmente, encuentran estos mismos pensadores, que por su severidad, así como también por sus imborrables secuelas en el individuo, la pena privativa de la libertad debe ser una excepción y no la regla general en la que se ha convertido y con la que se ha desvirtuado la naturaleza subsidiaria del derecho penal.

**b) El abolicionismo.** Aunque su verdadero objeto se encuentre dirigido hacia la total eliminación del sistema penal, que, como es obvio, comprende mucho más que a la sola pena privativa de la libertad, lo incluimos en esta parte de la investigación porque sus planteamientos incumben a esta forma punitiva, que, en los últimos tiempos, debido a la agudización de la crisis penitenciaria, se ha visto atacada de una manera más directa por estos pensadores.

Fundamentalmente, esta vertiente intelectual critica las bases en las que se ha construido el sistema penal en el interior de la sociedad. Argumentando que las penas, y, principalmente la

privativa de la libertad, son penas clasistas que tan solo afectan a la población con bajos recursos, por lo que, según ellos, puede llegar a negarse la existencia de los principios de igualdad y de justicia ante la ley penal. De la crisis penitenciaria han tomado la diversidad de circunstancias que se establecen en el interior de las cárceles del mundo para los reclusos, pues, según las posibilidades económicas de reo, se han llegado a encontrar diversos tipos de alimentación, de vestido y de higiene; también han tomado al hecho innegable de la existencia de un régimen de corrupción, de crímenes y de barbarie al interior de las cárceles como un sustento más para sus afirmaciones contra el sistema penal y contra la pena privativa de la libertad.

A los anteriores argumentos, suman otros, entre los que, por ejemplo, se encuentran el hecho de que el sistema penal es altamente inefectivo, como lo demuestra la existencia de una lista negra de delitos que desborda los promedios de condena proferidos por los diferentes Estados; y que, cuando el sistema penal interviene, como lo afirma Raúl Cervini, lo hace por lo general en contra de las clases menos favorecidas. Se sostiene también que el sistema penal se encuentra especialmente diseñado para su inutilidad, porque los altos niveles de tipificación de las conductas hacen imposible la persecución eficaz de los delitos, y lo que es peor, como lo afirma Raúl Zaffaroni: “Los órganos ejecutivos judiciales tienen el espacio legal para ejercer el poder represivo sobre cualquier habitante, mas tan solo operan contra quien deciden”. Por lo anterior, es por lo que sostienen los abolicionistas que en la sociedad es mucho más nociva la existencia de un sistema penal que su más pronta eliminación, incluyendo, como es obvio, a la pena privativa de la libertad en esta afirmación.

Debemos decir que esta seductora propuesta no ha tenido una real acogida, pues hasta la fecha no se ha registrado ni se han tenido noticias de que ningún Estado haya abolido por completo

sus leyes penales, lo que, sin duda, demuestra el arraigo que ellas han tenido en la conciencia y en la vida de los pueblos.

Por lo tanto, si la fundamentación de los sistemas penales, como acertadamente lo establece el abolicionismo, no se encuentra en su efectividad, debe, para desvirtuarse a esta tendencia, pensarse que esta fundamentación más bien se encuentra en una notable y casi infalible consideración: el temor popular por el desorden que traería la inexistencia de los sistemas penales. Tal vez la anterior situación, la de su poca acogida en los terrenos de la práctica penitenciaria ha producido un replanteamiento, aunque no de todo el abolicionismo, sí, por lo menos, de una parte significativa de sus pensadores, que, al ver que no contaban con una acogida suficiente en la sociedad, han comenzado a orientarse a defender la cabal aplicación del principio de subsidiariedad del derecho penal o de mínima intervención. Acercándose, con esto, a las doctrinas que proponen la utilización efectiva de las penas alternativas o sustitutivas de la prisión. Ahora, como ya lo dijimos, este fenómeno de deserción que se ha producido al interior del abolicionismo, y que involucra posturas menos radicales en torno al tema de la solución del problema penitenciario, no ha afectado a la totalidad de esta vertiente. Por lo que todavía es viable encontrar pensadores que continúen propugnando estas ideas, como en efecto ha sucedido con lo que se ha denominado el ICOPA, que, significando International Conferencia Penal Abolition, viene a ser una de las máximas formas de expresión de esta postura intelectual que se hace sentir mediante la realización de foros internacionales que reúnen a los pensadores abolicionistas para debatir la problemática penitenciaria internacional. Es de destacar que estos foros, como lo sostiene Ruth Morris de Rittenhouse, cuentan, además, con la asistencia de personas que en alguna parte de su vida se han encontrado sometidas a la privación de su libertad mediante su confinamiento en alguna de las cárceles del mundo, por lo que reconocemos el gran espíritu pragmático que creemos que en ellos impera, así

como su esfuerzo por aportar nuevas visualizaciones y orientaciones al fenómeno de la crisis penitenciaria.

#### **2.2.2.7.7. Las Diferentes Modalidades de la Pena Privativa de la Libertad en el Derecho Comparado.**

Según la legislación española, son penas privativas de la libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa. A su vez, la pena prisión se clasifica, dependiendo del término de su duración, en grave o menos grave en el entendido de que las que supere el lapso de los tres años serán las graves y las que no lo superen serán las menos graves. Pero esto no es todo porque la misma legislación continúa ahondando aún más en la clasificación de esta forma punitiva, sosteniendo que la pena privativa de la libertad consistente en arrestos de fin de semana se clasificará, a su vez, en menos grave y en leve dependiendo de si ese arresto supera o no el término de los 24 fines de semana<sup>35</sup>.

Para la legislación paraguaya, en cambio, la situación es mucho más simple que para la legislación española, pues en ella tan solo existen dos clases de penas que son las principales y las accesorias. Y, sin más distinciones, dentro de las penas principales se encuentra la pena privativa de la libertad<sup>36</sup>.

A su vez, en la legislación argentina, se establece que las penas aplicables serán las de prisión, reclusión, multa e inhabilitación. Y, en cuanto se refiere a las penas de prisión y de reclusión, que son las privativas de la libertad al interior de este ordenamiento jurídico, se les clasifica en perpetuas y en temporales<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Al respecto, consúltense los artículos 33, 34, 35 y 37 del Código Penal Español.

<sup>36</sup> Al respecto consúltense el artículo 37 del Código Penal Paraguayo.

<sup>37</sup> Al respecto, consúltense los artículos 5, 6 y 9 del Código penal Argentino.

La legislación de la República Federal de Alemania es, a nuestro juicio, la más sensata de todas, pues simplemente establece a una clase de pena privativa de la libertad<sup>38</sup>.

En la legislación colombiana se establecen dos formas de pena privativa de la libertad, que son la prisión y el arresto<sup>39</sup>.

En nuestra legislación que es la peruana se estable como clases de penas: la privativa de libertad, la restrictiva de libertad, la limitativa de derechos y la pena de multa.

#### **2.2.2.7.8. La determinación de la pena privativa de libertad.**

Comenzando con un breve recuento histórico, estudiaremos, en este capítulo, el proceso de la determinación de la pena, compuesto, en la actualidad, por múltiples etapas y fases, así como por diversas clases de autoridades, que, mediante su intervención y el cumplimiento de sus tareas, permiten la imposición específica de los diversos tipos de sanciones estatales que existen para la conductas descritas y establecidas como punibles.

**a) Concepto.-** Muchas definiciones podrán encontrarse al respecto, sin embargo, por su sencillez, coherencia y facilidad de comprensión, destacamos la de Emiro Sandoval Huertas<sup>40</sup>, quien sostiene que la determinación de la pena es "el conjunto de procesos mediante los cuales se llega, en primer término, a la escogencia de la pena aplicable a una conducta determinada y, posteriormente, a su precisión para ser impuesta a una cierta persona frente a un caso concreto".

De la anterior definición, podemos notar que este conjunto de procesos que conforman a la tarea de la determinación de la pena

---

<sup>38</sup> Al respecto, consúltese el artículo 38 del Código Penal Alemán.

<sup>39</sup> Al respecto, consúltese el artículo 45 del Código Penal Colombiano.

<sup>40</sup> Sandoval Huertas Emiro, La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal, Edit. Temis, 1988, pág. 19.

en general, que es lo que permite llegar a la individualización concreta y particular de la pena privativa de la libertad, se encuentran, en la actualidad, sustentados en disposiciones que obedecen a filosofías relativamente recientes, que se formaron y que se propagaron como una expresión contra los abusos y contra los atropellos judiciales de los funcionarios que administraron la justicia en épocas pasadas pero no por ello muy lejanas. En efecto, como lo dan a entender Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco<sup>41</sup>: “fue del movimiento de la ilustración que se derivaron estos pensamientos, del todo contrarios a los amplios poderes judiciales, que, en especial, se encontraban caracterizados por las amplias facultades con las que el magistrado contaba para la selección, la extensión y la magnitud de la pena. La selección, porque era el magistrado, sin importar qué hubiera dispuesto él mismo para un caso análogo, el que a su arbitrio escogía la pena, que, en esa época como ya lo hemos dicho, bien podía ser el trabajo forzado, el destierro, la muerte o la encarcelación preventiva; la extensión y la magnitud, porque él también determinaba el tiempo y la severidad de la pena escogida”. Naturalmente, estas circunstancias, del todo contrarias a cualquier precepto sobre la igualdad, pues con ellas se llegaba a sanciones penales distintas para conductas similares o casi idénticas, generaron serios cuestionamientos y severas críticas, que, como acertadamente lo afirman estos dos últimos autores, Mapelli y Terradillos, principalmente se manifestarían a través del movimiento de la ilustración. La labor de este movimiento, que sabía que los grandes problemas punitivos de la época se encontraban arraigados en la desigualdad y en la incertidumbre que reinaba en el derecho penal, se orientó hacia la proclamación de dos grandes principios que, por lo menos en la teoría, aún conservamos en nuestros ordenamientos jurídicos: la imparcialidad judicial y la división de poderes. Por lo anterior, surgieron, entre otros más, los conceptos de la igualdad ante la

---

<sup>41</sup> Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco, *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Edit. Civitas, Madrid, España, 1994, págs. 165 y 166.

191

ley, y, principalmente, ante la ley penal; de reserva o de legalidad; y, con sus complementos necesarios, el de tipicidad. La igualdad ante la ley penal, sería el reconocimiento de que ante las mismas circunstancias se produciría una misma sanción estatal, por lo que, como es obvio, debían disminuirse las prerrogativas con las que contaban los jueces para la determinación de la pena aplicable a los casos concretos. El principio de reserva o de legalidad, que, según Bernardo Gaitán Mahecha<sup>42</sup>, "Se erige en contra del absolutismo que es la expresión de la omnipotencia del soberano o gobernante, quien decide y condena qué debe castigarse y en qué forma o medida...", y que, a nuestro juicio, vendría, además, a ser una forma de combatir el problema de la incertidumbre punitiva y de desarrollar el precepto de la igualdad ante la ley penal. Ahora, para acentuar aún más la igualdad jurídica y la certidumbre punitiva, se pensó en la división de poderes, que, en los terrenos penales, se orientó, mediante el otorgamiento de facultades precisas, hacia la diferenciación de las tareas que conforman el proceso de determinación de la pena.

De esta evolución que hemos descrito se deriva nuestro actual procedimiento para la determinación judicial de la pena, caracterizado, a diferencia de otras épocas en las que se podía observar una concentración de las funciones que lo conforman, por la concreta y específica división de sus fases, momentos y etapas, un claro ejemplo lo tenemos con el Nuevo Código Procesal Penal de 2004.

**b) Proceso actual de la determinación de la pena.** En la actualidad, el proceso de determinación de la pena se encuentra regido por los postulados esenciales de la división de poderes, que, por lo menos para este caso, se traducen en que en él intervienen un sinnúmero de personas con distintas funciones.

---

<sup>42</sup> Gaitán Mahecha Bernardo, Derecho Penal General, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 1995.

Por lo anterior, para el estudio de este esquema de la determinación de la pena, utilizaremos dos variables fundamentales: la primera, que se refiere a las diferentes etapas que se surten en este proceso; y, la segunda, que atañe a los diferentes aspectos que comprende:

**Las etapas en el proceso de la determinación de la pena:**

Muestran estas etapas el recorrido de la pena desde su previsión hasta su imposición específica a una persona determinada. Ahora, normalmente estas etapas, que en la práctica vienen tan solo a ser diferentes momentos en el cumplimiento de esta tarea de determinación de la pena, coinciden con las ramas tradicionales del poder público.

Por lo anterior, podemos encontrar que las etapas de éste proceso son tres y que, debido al órgano que las desarrolla o que las cumple, se denominan: etapa legislativa, etapa judicial y etapa administrativa.

La primera de estas etapas, la legislativa, que, como es obvio, se encuentra a cargo del legislador, comprende lo que se denomina el momento inicial o genérico de la determinación de la pena. En efecto, la rama legislativa del poder público, además de ser la encargada de determinar con exactitud las conductas punibles, establece también las penas en abstracto dentro de unos marcos de referencia que debe cumplir el funcionario encargado de la imposición real y concreta de la sanción penal.

La segunda de estas etapas, la judicial, corresponde, también como es obvio, a los funcionarios jurisdiccionales, quienes cumplen lo que se ha denominado el momento secundario o concreto de la determinación de la pena, consistente en la imposición real y específica de la pena a un sujeto determinado.

La tercera de estas etapas, la administrativa, cuyo desarrollo corresponde a los funcionarios de la rama ejecutiva del poder

público, quienes normalmente intervienen en el momento secundario de la determinación de la pena.

#### **2.2.2.7.9. Función y fines de la Pena Privativa de Libertad.**

La función es la razón última e ideal por la que la pena se impone, a nivel del debe ser.

El derecho no puede ni debe pretender realizar la justicia en la tierra, porque ello representaría una insoportable inferencia en la libertad del hombre; debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los hombres del modo más gravoso para sus derechos y libertades, o sea, la función principal de la pena es la tutela jurídica del bien jurídico buscando la resocialización del reo.

El fin: son los objetivos empíricos e inmediatos, a los que la pena, para cumplir su función ha de hallarse dirigida, esto es, la prevención general y la prevención especial, las cuales manifiestan también la utilidad de la pena, es decir, se busca que el sujeto se abstenga de cometer los delitos.

Habiendo analizado las circunstancias históricas que rodearon el surgimiento de la pena privativa de la libertad, así como también su evolución y sus actuales concepciones y aplicaciones jurídicas y fácticas, pasaremos, en este capítulo, a estudiar a esta forma punitiva desde el punto de vista de las finalidades que con ella se han pretendido obtener desde su adopción en el mundo jurídico hasta nuestros días. Aspecto este que, desde el punto de vista jurídico, consideramos de vital importancia para futuras decisiones sobre el mantenimiento, corrección o eliminación de esta forma punitiva, pues, sin duda, parecen, estas finalidades, dividirse entre la obtención y la persecución de unos fines explícitos y formales y unos fines reales y ocultos.

##### **2.2.2.7.9.1. La Función de la Pena en general.**

Para una cabal comprensión del tema del que nos ocupamos en este capítulo, primero analizaremos las diferentes funciones que en las distintas etapas de la historia se le han otorgado a las penas en general, y, posteriormente, pasaremos a analizar las diferentes teorías que se han elaborado sobre esas bases y fundamentos históricos. Funciones éstas que, como a continuación lo veremos, no han sido unívocas, sino, por el contrario, diversas y dependientes de los momentos históricos y de las concepciones y necesidades sociales que las han rodeado. Para este propósito de dilucidación histórica, consideramos pertinente utilizar y basarnos en la perspectiva señalada por Emiro Sandoval Huertas<sup>43</sup>, quien, para ilustrarnos sobre los fines de las penas a través de la historia, ha elaborado una clara y sensata clasificación que consta de cuatro etapas o fases, que son: la fase vindicativa, la fase expansionista o retribucionista o de la explotación oficial del trabajo del recluso, la fase correccionalista y la fase resocializante.

**La clasificación de Emiro Sandoval Huertas:** Es de anotar que, como lo afirma el mismo Sandoval Huertas: “la mención a fases vindicativa, expansionista, etc., no significa que en determinados períodos las sanciones penales hubiesen tenido sólo la finalidad con que se ha denominado la respectiva época, sino que en ésta ese fue el objetivo oficial primordial, en el sentido de que en relación con él se hacía mayor énfasis, aunque en forma secundaria se reconociesen otras posibles funciones... Y, en segundo término, debemos mencionar desde ahora que el paso de cada fase a la siguiente, como todo proceso social no fue instantáneo y frecuentemente ni siquiera rápido, sino que se produjo lenta y gradualmente. Por ello, de una parte, resulta imposible

---

<sup>43</sup> Sandoval Huertas Emiro, *Penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 52-138.

señalar fechas precisas que deslinden las diversas fases, y, de otra, encontraremos lapsos de transición en los que se concedían similar prelación a dos finalidades distintas de la sanción penal.<sup>44</sup> .

**a) La fase vindicativa.-** Caracterizase esta etapa por ser la venganza el fin primordial de la pena, que, en un primer momento, fue aplicada de acuerdo a los postulados de la ley del talión y, posteriormente, en conjunto con las disposiciones que señalaba la compositio. En cuanto a la ley del talión, debemos decir que consistía en la venganza por excelencia, pues el castigo a imponer al autor del daño consistía en la misma conducta nociva que él había realizado. Por lo que, en consecuencia, podemos afirmar que, bajo el imperio de esta forma de sancionar, operaba una completa deducción desde la conducta dañina hasta la materialidad del castigo a imponer.

**b) Fase expansionista o retribucionista o de la explotación oficial del trabajo del recluso.-** Las guerras religiosas, las enfermedades y el descubrimiento de América llevaron a la instauración de una nueva política punitiva, sustentada, en especial, por las necesidades económicas y por las presiones desarrolladas por la clase social que controlaba los medios de producción de la época. En efecto, hacia el siglo XIV, cuando todavía se contaba con grandes niveles poblacionales que permitían el exitoso desempeño de las actividades productivas y degenerativas como la guerra, la política punitiva continuaba siendo principalmente la de la vindicta. Sin embargo, ya en las proximidades del siglo XVI, cuando la situación poblacional cambió radicalmente como consecuencia de las enfermedades y de las guerras que diezmaron la población, varió igualmente el pensamiento

---

<sup>44</sup> Sandoval Huertas Emiro, Penología, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, págs. 52-138.

sancionatorio, que, como un sirviente de las clases poderosas, se orientó a la corrección de estos fenómenos poblacionales y a la disminución de sus nefastas consecuencias. Los juegos militares de la realeza, aquellos que a través de los ejércitos y de sus enfrentamientos bélicos costaron un sinnúmero de vidas, comenzaron, por la gracia de la excesiva disminución poblacional, a sentir la ausencia de hombres y de mercenarios de bajo costo. Situación ésta, que por no ser ajena a las actividades productivas, ocasionó una guerra comercial en la demanda del elemento humano, que, por obvias consecuencias, como la tranquilidad y la seguridad, se resolvió a favor de la producción y del comercio. La desertión de los ejércitos para la búsqueda de un trabajo en las actividades comerciales fue uno de los más característicos elementos de la época, por lo que los monarcas, tan necesitados de imponerse a sus vecinos mediante la conquista de nuevos territorios, se vieron obligados a aumentar la rentabilidad de la milicia mediante el pago de mejores y más oportunas retribuciones. Sin embargo, estas retribuciones, por el alto costo que implicarían para los recursos económicos de la realeza, no podían ser tan grandes como para evitar que el capital humano se concentrara en actividades más tranquilas y seguras como el comercio y la producción.

**c) Fase correccionalista.-** En esta fase, la función primordial de la pena es la de conseguir un resultado posterior y dependiente de la forma de la ejecución de la sanción penal: la corrección del delincuente. Nótese, entonces, que podemos encontrar varios aspectos dentro de esta fase, entre los que se destacan el hecho de la realización de una ejecución punitiva condicionada a la obtención de un determinado fin: la corrección del delincuente; y, en segundo lugar, el hecho de que los resultados esperados sobre la realización de ese esfuerzo punitivo tendiente a la corrección

delincuencial, se esperan para el futuro, es decir, para el momento de la terminación de la ejecución punitiva.

**d) Fase de la resocialización.** La elaboración de teorías en contra del pensamiento liberal del *laissez faire laissez passer*, así como la interpretación de sus posibles influencias negativas sobre la equitatividad en la distribución del ingreso, produjo una nueva forma de pensar que incluso llegó a extenderse a los campos del derecho penal. La amenaza de la izquierda sobre las democracias occidentales cada día se hacía más real hacia los finales del siglo XIX y durante la mayor parte del siglo XX. En este contexto, comenzó a hablarse de una tesis intermedia que suponía la creación de un sistema en el que ya no fuera el libre juego de la oferta y de la demanda el que regulara las relaciones económicas; ni mucho menos en el que el Estado, a través de su estructura de poder, controlara todos los aspectos del individuo, como sucedía en el comunismo y el socialismo. Se pensó, por lo tanto, en un sistema, que, denominado Social Democracia, implicara una injerencia e intervención estatal de carácter limitada de la que se derivara el respeto y el reconocimiento a las libertades y derechos del hombre.

Fue, el anterior, un sistema de amplia difusión y acogimiento mundial que en la práctica ocasionó una excesiva ampliación de la órbita funcional del Estado, dentro de la que se encontraban aspectos tan esenciales como la política penitenciaria y la finalidad punitiva. Por esto, es que no es extraño pensar que esta circunstancia haya ocasionado una variación metodológica y conceptual en estos aspectos del derecho penal. Al respecto, Sandoval Huertas se refiere en los siguientes términos: "... Pero cuando el dejar hacer, dejar pasar, hacia finales del siglo XIX y primeras décadas del XX, tuvo que comenzar a ser modificado para admitir el intervencionismo estatal, igualmente las teorías en torno al

objetivo de las penas experimentaron variación análoga que, por su sutileza, aún en la actualidad no ha sido advertida claramente por varios autores; fue allí cuando la corrección cedió lugar a la resocialización, de otra parte, la principal razón del surgimiento de la tesis resocializadora radicó en el conjunto de modificaciones que experimentó el modelo económico capitalista tras su crisis desde finales del siglo XIX hasta comienzos del XX, así como sus manifestaciones en el ámbito ideológico<sup>45</sup>. Las explicaciones de este autor nos parecen lo suficientemente claras y sensatas como para no controvertirlas, pues, además de sus conclusiones, debemos tener en cuenta que si la fase anterior (la corrección) surgió para la consolidación y para la protección de los intereses de la recientemente ascendida clase burguesa, hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX ya era otra la realidad mundial que imperaba, lo que, a nuestro juicio, constituye una razón suficiente para asignar otro tipo de tareas a la práctica punitiva y, por lo tanto, para presumir que esas nuevas tareas originaron una nueva fase punitiva. Para una mayor claridad, debemos decir que entre la fase de la corrección y la fase de la resocialización media una muy importante diferencia, pues si, en términos formales, en la primera se trataba de corregir a las personas sometidas a la pena privativa de la libertad, en la segunda, mientras tanto, se trata es de reinsertar al delincuente a la sociedad. Consideración, a su vez, de la que se deriva algunas distinciones de tipo metodológico, que principalmente se centran en el ámbito de la ejecución de la pena, es decir, al interior de los centros de reclusión. Por lo tanto, si la corrección implicaba una dura disciplina, como lo demuestran las concepciones que durante esta fase imperaron en torno a la ejecución de la pena privativa de la libertad; en la fase de la resocialización, por el contrario, imperan concepciones de carácter humano y de menor drasticidad,

---

<sup>45</sup> Sandoval Huertas Emiro, *penología*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Bogotá, Colombia, 1998, págs. 78 y 113.

que, en todo caso, estudiaremos en su momento oportuno. Por el momento, bástenos decir que la fase de la resocialización se encuentra ampliamente ligada a los regímenes progresivos y abiertos, que nos permitirán observar con una mayor claridad las diferencias existentes con la fase de la corrección, representada por los regímenes penitenciarios.

#### **2.2.2.7.10. Teorías de la Pena Privativa de Libertad.**

Es de vital importancia trastocar en la presente investigación las teorías que han girado alrededor de la pena, esto con la finalidad de tener en cuenta las formas y las modalidades como se vienen aplicando las penas al momento de dictar los fallos jurisdiccionales; siendo así, se analiza a cada una de las teorías a conocer, esto para el mantenimiento de un “orden” social institucionalizado, el Estado se vale de una diversidad de órganos y agentes que tienen por finalidad exclusiva la de desarrollar niveles de socialización sean primarias o secundarias. Es entonces que, en este primer nivel a través de sus agentes de control formal (policía, ministerio público, juez, etc.) que actúan frente a la producción de cualquier evento criminal, apreciándosele su intervención como última solución para aquella conducta criminal o desviada emergente, tratando al Estado de redefinir un cierto hecho social. Empero, debemos tener muy en cuenta que toda concepción acerca de la pena debe estar vinculada, forzosamente, de una u otra forma, por la concepción del Estado imperante y con los poderes penales instituidos en él.

En realidad hablar de los fundamentos y fines de la pena, es referirse al reconocimiento sobre los principios o axiomas legitimantes para una inminente imposición de sanción penal por el Estado, es decir, que todas “las teorías no responden a la pregunta ¿Qué es la Pena?, sino a otra pregunta ¿bajo qué condiciones se legitima la aplicación de la pena?, aunque

182

lógicamente el ser de la pena (su naturaleza) también plantea una interrogante que debe tener una respuesta porque de ella podrá depender la que demos a la segunda pregunta<sup>46</sup>; asimismo, debemos distinguir tres aspectos fundamentales: su justificación, su sentido y su fin. De la conjunción de aquellos aspectos comprende los límites de su legitimidad que serán también los mismos para el *ius puniendi*.

Ahora bien, tradicionalmente las Teorías de la pena han sido divididas en dos grupos. Se habla de Teorías Absolutas (son teorías absolutas todas las doctrinas retribucionistas) y Teorías Relativas (son todas aquellas doctrinas utilitaristas) de la Pena<sup>47</sup>. Por razones metodológicas, en la presente investigación primero se hablará de las Teorías Relativas.

No debe olvidarse que se debe hacer una verificación práctica de la finalidad de la pena en cada teoría, ya que su verificación en la praxis<sup>48</sup> es la mejor prueba de su éxito o de su fracaso.

#### 2.2.2.10.1. Teorías Relativas de la Pena.

Se habla de una supuesta eficacia preventiva de la pena, y en sentido doble<sup>49</sup>. Por un lado la prevención general, que se produce cuando la afectación preventiva implica a la totalidad de los ciudadanos, con el ánimo de robustecer la conciencia jurídica de la colectividad. De otro lado, tenemos la prevención especial que deja a la colectividad con la intención de centrarse en el individuo autor de la conducta antijurídica, en este sentido la pena tiene una función pedagógica, ya que busca enseñar la forma correcta de actuar.

---

<sup>46</sup>BACIGALUPO, E. Principios del Derecho Penal. Parte General. 2da. Ed., Editorial AKAL. Madrid, 1990, Pág. 18

<sup>47</sup> La misma división se encuentra en FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, página 253.(a)

<sup>48</sup> Para mayor información ver Wolf PAUL, Esplendor y Miseria de las Teorías Preventivas de la Pena, en Poder y Control N° 0, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, páginas 61 a 71.

<sup>49</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., 1981, página 94.(a)

Dentro de estas teorías tenemos cuatro subteorías; la primera es la Teoría de la Prevención Especial Positiva, la segunda es la Teoría de la Prevención Especial Negativa, la tercera es la Teoría de la Prevención General Negativa y por último la teoría de la Prevención General Positiva. PAUL<sup>50</sup> realiza una crítica general a todas las teorías preventivas afirmando que las penas dentro del marco de estas teorías no producen ni corrección ni intimidación, no impiden la criminalidad y muy por el contrario llegan en algunos casos a fortalecer los impulsos criminales. Por otro lado, señala que el modelo de prevención ha sido tomado como el camino más progresista dentro del Derecho penal dándole valores utilitaristas, pero en el aspecto político criminal no han podido verificarse ningún resultado positivo.

La pena dentro de estas teorías se justifica como un medio para la realización del fin utilitario de la supuesta prevención de futuros delitos. Asimismo, la idea de prevención se encuentra muy vinculada a la idea de peligrosidad del sujeto activo del injusto penal; esto significa que se da a la pena la función agorista de ser un mecanismo que evite la comisión de futuros delitos teniendo como límite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad. Muy por el contrario, se ha mostrado como un arma inefectiva y disfuncional. PAVARINI acota de forma clara que "la pena privativa de libertad de algún modo en coincidencia con su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado se revela inmediatamente como un fracaso en relación a cualquier criterio de utilidad social: no induce tanto al delincuente que ya ha violado la ley penal, cuánto al que todavía no lo ha hecho; frecuentemente, más que inútil se

---

<sup>50</sup> PAUL, Wolf, ob. cit., 1986, páginas 63 y 69.

revela dañina porque favorece la reincidencia.”<sup>51</sup> El Derecho penal si quiere enmarcarse dentro de los parámetros de la prevención debe dedicarse a un proceso de implementación, es decir, ejecución práctica de la pena de una manera controlada y eficiente; además de lugares ad hoc para su aplicación, que descarten a la cárcel como lugar físico de su ejecución. En sentido opuesto tenemos a MIR PUIG<sup>52</sup> que establece que la pena es necesaria para alcanzar la prevención de delitos, dentro del marco de un derecho social y democrático.

Como puede apreciarse hay un distanciamiento muy claro entre las posturas dogmáticas y las sociológicas, ya que las primeras prescinden de la comprobación empírica, y las segundas se escapan del rigor teórico. Esto podrá ser apreciado con más detalle a continuación al analizar las teorías antes mencionadas.

#### **A. Teorías de la Prevención Especial.**

La prevención especial tiene dos finalidades claramente definidas, pero no antagónicas en términos prácticos. La primera de sus finalidades, la positiva, implica un intento de reeducación del sujeto interno en un penal. La segunda de sus finalidades, la negativa, se relaciona con la eliminación o neutralización del reo.

Para FERRAJOLI<sup>53</sup> ambas finalidades concurren acumulativamente en el concepto de la finalidad de la pena, dándole a ésta un fin diversificado que se rige por el binomio entre corregible o incorregible.

---

<sup>51</sup> Massimo PAVARINI, ¿Menos Cárcel y más medidas alternativas?, en Revista de Ciencias Sociales Delito y Sociedad, año 1, número 2, Buenos Aires 1992, página 77.(c)

<sup>52</sup> Santiago MIR PUIG, Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva, en Poder y Control N° 0, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, página 57.(b)

<sup>53</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, página 264.(a)

Estas doctrinas se centran más en los internos que en los hechos ilícitos perpetrados, dándole mayor énfasis a las características de los autores que a la conducta punible cometida.

Para estas teorías ni el castigo ni la intimidación tienen sentido, lo importante es corregir, enmendar, o rehabilitar, siempre que haya posibilidades de hacerlo; puesto que si no las hay el único posible será la inocuización<sup>54</sup>.

Se pasará a hacer un análisis más profundo de ambas vertientes de la prevención especial, y se comenzará por la prevención especial negativa, ya que en la prevención especial positiva me detendré un poco más por ser esta la finalidad más generalizada a nivel fáctico.

#### **A.1. Teoría de la Prevención Especial Negativa.**

Esta teoría le otorga a la pena la función de mantener al sujeto activo de un delito aislado de la sociedad. Se habla de la peligrosidad de dicho sujeto, por lo que mantenerlo en reclusión permite neutralizarlo.

La pena privativa de libertad, como es concebida actualmente, no cumple con la mencionada función; con ello me refiero a aquellos casos en los que se sentencia a pena máxima a autores de conductas típicas como “terrorismo” o “narcotráfico”, en estos casos siguen dirigiendo organizaciones dedicadas a estas actividades ilícitas desde la cárcel. Tal finalidad no se cumple fácticamente ni siquiera en el caso de presos muy peligrosos, como los anteriormente mencionados.

También se debe tener en cuenta que la reclusión absoluta, es decir, en régimen estricto con disciplina muy férrea

---

<sup>54</sup> Juan BUSTOS RAMÍREZ, Introducción al Derecho Penal, Editorial Temis, Segunda Edición, Bogotá 1994, página 76.(d)

vulnera muchos derechos, consagrados en las constituciones modernas (derecho a visitas de los familiares, a tener contacto con otros reclusos si lo desean, a no ser privados de luz natural, a realizar trabajos, a estudiar, etc.). Por ello es que se acercan más a un Estado Totalitario, distanciándose de uno de naturaleza Democrático.

Esta teoría también es llamada teoría de la Incapacitación<sup>55</sup>, porque busca neutralizar al autor de un hecho ilícito.

La neutralización se entiende como una forma de separar al autor de un hecho punible de todo contacto con la sociedad, para que de esta forma no se le permita cometer delitos en un futuro. BARATTA<sup>56</sup> señala de manera muy clara, que esta teoría tiene como única función la neutralización del transgresor, y ello incluye custodia en lugares separados, aislamiento y sobre todo un aniquilamiento físico y psíquico. Esta teoría busca una pena inocuizadora con la única finalidad de mantener aislado al sujeto activo del injusto penal, con la intención de evitar la futura comisión de delitos.

Esta finalidad de la pena sólo busca instrumentalizar al autor del hecho ilícito con un encierro, con el único objetivo de segregarlo de la sociedad. En ella se reconoce que con el autor del ilícito penal no se puede hacer otra cosa que aislarlo de todo contacto con la sociedad, y con ello evitar que dicho potencial autor de delitos no pueda volver a cometerlos.

---

<sup>55</sup> RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., 1995, páginas 24 y 25.(a)

<sup>56</sup> Alessandro BARATTA, Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal, en Poder y Control N° 0, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, página 83.(a).

177

En esta perspectiva de las teorías especiales de la pena se hace un trato diferenciado, ya que al sujeto activo que es considerado corregible se le trata, y al que es considerado peligroso o incorregible se le aislará, se le neutralizará. Se rompe con uno de los principios básicos del Derecho Penal, es decir, con el principio de igualdad.

### **A.2. Teoría de la Prevención Especial Positiva.**

Esta teoría se enmarca dentro de todas las llamadas ideologías RE. Con ello me refiero a la función de resocialización que se le busca dar a la pena hoy en día. Se habló en este sentido de la re-educación, de la reinserción.

Con esta teoría se busca dar vital importancia al tratamiento penitenciario, con lo cual los grupos interdisciplinarios de tratamiento pasan a primer plano como encargados de llevar a cabo la política penitenciaria. BUSTOS RAMÍREZ <sup>57</sup> señala que la resocialización otorgaría al Estado la posibilidad de manipular a los individuos, teniendo el monopolio de aplicación y definición de tales pautas resocializadoras, lo que implica el absoluto totalitarismo de unos sobre otros. Nadie puede ser obligado a someterse a una "reeducación" en valores que no comparte, pues dentro de la Democracia se permite justo esto, es decir, que existen personas que no comparten los valores mayoritarios de la sociedad.

JAKOBS <sup>58</sup>, quien mantiene una postura funcionalista sistémica más cercana a la prevención-integración, realiza una crítica muy acertada a esta teoría. El señala que el hecho antijurídico que realiza el autor se convierte en el motivo del tratamiento, hecho que por otra parte no es

---

<sup>57</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 86.(c)

<sup>58</sup> Günther JAKOBS, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, Editorial Marcial Pons, Madrid 1995, página 31.(a)

176

suficiente para graduar el tiempo que requiere para resocializarse. La pena privativa de libertad de acuerdo a esta teoría debería ser indeterminada en el tiempo, la única sujeción que tendría sería alcanzar la resocialización. "De lo que se trata es de resocializar, reinsertar o reeducar al delincuente; la finalidad es pues su tratamiento, con todo lo complejo que puede ser y exigiendo una actitud activa por parte de éste y, además, sin dejar de considerar que hay casos en que no es posible (o bien no todavía) resocializar."<sup>59</sup> La ansiada tarea resocializadora cada vez se encuentra más distante de la realidad, ha pasado pues a formar parte de objetivos utópicos. No sólo esto sino también que la supuesta reeducación se convierte en sinónimo de degradación, subordinación, humillación y tratamiento forzado, y no precisamente de emancipación del ser humano.

MIR PUIG, quien habla de una prevención general positiva limitadora, señala que "cuando se persigue mediante la pena, se refiere al sujeto que ya ha delinquirido: la pena, busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación legal, sino en el de la ejecución de la pena."<sup>60</sup>

Este autor busca establecer que dependiendo del momento en que nos encontremos puede haber una conjugación de varias teorías, esto se analizará posteriormente al tratar las teorías mixtas. Pero pone de manifiesto que para esta teoría de carácter básicamente preventivo, la finalidad es evitar que el sujeto cometa nuevos delitos desde un intento de transformar su adaptación social para así poderlo reinsertar en la sociedad. Señala también que no debe

---

<sup>59</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 84.(c)

<sup>60</sup> Santiago MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, Editorial P.P.U., Tercera Edición, Barcelona 1990, página 59.(c)

175

haber una imposición de los fines resocializadores contra la voluntad del afectado, lo que implica que no puede haber agravación de la condena invocando exigencias de resocialización<sup>61</sup>. Esto es así, debido a que en el Derecho penal actual se castiga por el hecho cometido y no por las características del sujeto activo, ya que ello nos llevaría a un Derecho penal de autor, y por lo tanto desigual. El supuesto fin correccional de la pena es criticado desde diversas ópticas. “Se ha declarado querer perseguir un fin correccional (la reeducación del condenado), existen hoy, tanto en el plano de la reflexión filosófica como en el de la investigación criminológica empírica, elementos inimpugnables capaces de desvelar la inconsistencia ya sea teórica o práctica de la prevención especial.”<sup>62</sup> Resulta difícil de establecer que dentro de la situación actual de la cárcel se pueda alcanzar una resocialización o reeducación del condenado, ya que tal objetivo es imposible de alcanzar dentro de una institución regida por un sistema en donde todo es falseado, y que se centra en el disciplinamiento.

En esta teoría la pena coloca al hombre no en situación de instrumento, sino pasa a ser una finalidad más, con lo cual el tratamiento busca curarlo, corregirlo o enmendarlo. La pena por lo tanto no debe rebasar la gravedad del delito y situarse dentro de los parámetros temporales de una curación.<sup>63</sup>

SILVA SÁNCHEZ realiza una crítica muy acertada señalando que “por lo que se refiere a la resocialización, por su parte, han sido razones tanto ideológicas como prácticas las que han motivado la progresiva superación de

---

<sup>61</sup> Santiago MIR PUIG, El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, Editorial Ariel-Derecho, Barcelona 1994, página 146.(d)

<sup>62</sup> Massimo PAVARINI, El Sistema de Derecho Penal entre el Abolicionismo y Reduccionismo, en Poder y Control N° 1, Editorial P.P.U., Barcelona 1987, página 147.(b)

<sup>63</sup> José CERREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español: Parte General I, Editorial Tecnos, Cuarta Edición, Madrid 1994, páginas 30 y 31.

174

la misma como fundamento básico. Así, por un lado, se ha dudado de la legitimidad de la absolutización del ideal resocializador por encima de otras consideraciones de proporcionalidad con el hecho cometido, igualdad de trato, etc.; más radicalmente, se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de una intervención que puede tener como resultado una injerencia inaceptable en el esquema de valores del delincuente, con la finalidad de modificarlo.<sup>64</sup>

LARRAURI<sup>65</sup> también señala que la prevención especial positiva tiene dos cuestiones teóricas insuperables, la primera es que la concepción de una sanción adaptada a las necesidades del autor del hecho punible permite justificar las medidas de seguridad indeterminadas temporalmente; en segundo lugar la posibilidad de imponer medidas de seguridad pre-delictuales. Esto llevado incluso a un razonamiento extremo, podría conducir al sujeto activo de una conducta ilícita grave a la impunidad<sup>66</sup>, en aquellos casos en que dicho autor no requiera ser resocializado (porque ya está insertado en la sociedad) ni tampoco inocuizado (porque no muestra peligro ni posibilidades de volver a cometer un hecho antijurídico); por el contrario en aquellos casos en que no es posible su resocialización debería haber una reclusión perpetua.

Con lo expuesto, se evidencia que muchos autores reclaman para el sujeto activo de la conducta antijurídica también la posibilidad de negarse al tratamiento, ya que esto no es otra cosa que una manipulación de su personalidad para intentar modificarla.

---

<sup>64</sup> Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Editorial J. M. Bosch, Barcelona 1992, página 200.(a)

<sup>65</sup> Elena LARRAURI, Los Límites del Tratamiento Penitenciario, ponencia presentada en el VIII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Salamanca, del 20 al 22 de Marzo de 1996.(f)

<sup>66</sup> Verbigracia, el llamado delincuente económico, "que tiene un alto grado de socialización que incluye muchas veces universidades, viajes, convenciones. ¿Cómo y para qué readaptarlo si además no existe conciencia de rechazo social -más bien admiración- a su persona y a los bienes que ostenta...?" NEUMAN, Elías, ob. cit., 1997, página 13.

173

Por ende, tanto desde el punto de vista del sujeto activo como de la sociedad en su conjunto esta teoría se muestra endeble para justificar una intervención punitiva.

### **B. Teorías de la Prevención General.**

Estas teorías, a diferencia de las de la prevención especial, no se orientan hacia el sujeto activo del ilícito penal, sino se vuelcan hacia la sociedad en su conjunto.

La prevención general tiene dos vertientes, de un lado aquella que busca generar miedo (intimidación) en los individuos de la sociedad para que no realicen dichas conductas prohibidas. Por otro, lado la otra versión de la prevención general busca que la sociedad se cohesione alrededor de la norma, y que mediante esto se justifique la imposición de una sanción al autor del hecho punible.

Se puede apreciar que en estas teorías la sociedad juega un papel más importante. La pena en estas teorías sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar la realización de conductas ilícitas. La pena tiene por tanto la función de actuar como "coacción psicológica" en el momento de su materialización en la norma penal.

La prevención general aparece en tres etapas de la realización de la pena: **1)** por intermedio de la amenaza generalizada de la pena, confiando en la fuerza de la advertencia de la conminación penal contenida en la ley; **2)** mediante el dictado de la sentencia, con lo cual se genera una intimidación generalizada por medio de la reprobación contenida en dicha sentencia; y **3)** por medio de la ejecución de la pena, en donde al condenado se le utiliza

como medio de intimidación, siendo objeto de sufrimiento al hacerle efectiva la pena<sup>67</sup>.

En ambas doctrinas se llega a caer en el terror penal, puesto que se utiliza la elevación de la pena como medio de controlar la futura comisión de hechos antijurídicos, y dentro de esto el hombre pasa a ser también un medio para prevenir la criminalidad, debido a que se produce una instrumentalización en aras de la defensa del Estado<sup>68</sup>. Esto es así, porque si se observa un mayor aumento de la criminalidad la única respuesta sería elevar o endurecer las penas de privación de libertad, para que con ello se busque una fidelidad a la norma, y por consiguiente una abstención de perpetrar los hechos típicos.

A continuación pasaremos a analizar las dos teorías, y primero se tratará la prevención general negativa, para posteriormente hacerlo con la prevención general positiva, esto debido a que esta última ha pasado a ocupar un lugar preponderante en la doctrina penal actual.

### **B.1. Teoría de la Prevención General Negativa.**

Con la prevención general negativa se busca que la pena cumpla la función de intimidación social. Con ello, me refiero a que la pena tiene que aplicarse a costa del individuo autor de un hecho punible con la finalidad de que sirva como ejemplo para el resto de la sociedad.

Se busca intimidar a la sociedad a través del castigo infringido a una persona considerada culpable dentro de un proceso penal.

---

<sup>67</sup> Reinhart MAURACH-Heinz ZIPF, Derecho Penal: Parte General, volumen 1, Editorial Astrea, Buenos Aires 1994, páginas 87 y 88.(a)

<sup>68</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 75.(d)

171

BUSTOS RAMÍREZ señala que "la prevención general intimidatoria no parece posible comprobarla empíricamente, por lo menos en el estado actual de las ciencias sociales, lo cual la convierte entonces en una cuestión de fe o simplemente de disquisición filosófica y, por tanto, contradictoria con el postulado de utilidad social."<sup>69</sup>

Por otro lado, CEREZO MIR<sup>70</sup> le otorga la función de intimidación, en donde la amenaza de aplicación de la pena busca infundir temor a los posibles sujetos activos, para que de esta forma se abstengan de cometer delitos. Incluso se puede llegar a convertir el Estado, en uno de naturaleza policial, en donde la amenaza o intimidación a través de la pena debería elevarse conforme sea necesario, sin límites, sólo con la mirada puesta en el efecto de desincentivación que debe tener la ley penal.

Para FERRAJOLI<sup>71</sup>, esta teoría es la única que no confunde programáticamente el derecho con la moral o la naturaleza, o por lo menos de ser en sus propósitos ideológicamente neutrales (al menos en teoría). Asimismo, el referido autor señala que para esta teoría la pena no es otra cosa que un efecto desincentivador de norma penal con la intención de disuadir a los demás individuos de cometer delitos, con la amenaza (intimidación) de dicha sanción punitiva<sup>72</sup>.

MIR PUIG señala que debe haber una combinación de los criterios de prevención general; y que "dos son,

---

<sup>69</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 82.(c)

<sup>70</sup> CEREZO MIR, José, ob. cit., 1994, página 25.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, páginas 275 y 276.(a)

<sup>72</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, páginas 277 y SS.(a)

pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado Social y Democrático de Derecho: junto al aspecto de prevención intimidatoria (también llamada prevención especial o negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general o positiva)."<sup>73</sup>

En mi opinión, tal finalidad de la pena no responde a un modelo de Estado, más bien a técnicas de Política Criminal, con lo cual se sigue buscando la estabilidad del sistema jurídico a través de la pena y de la coacción psicológica que está supuestamente genera en los posibles sujetos activos de conductas punibles. Esta teoría tiene una fuerte dosis utilitarista, ya que la pena debe ser un instrumento útil para la sociedad en la medida que genere temor en los probables sujetos activos del injusto penal.

SILVA SÁNCHEZ<sup>74</sup>, quien también es partidario de una concepción limitadora de la prevención general, no obstante señala que esta teoría responde a una visión utilitarista del Derecho penal, e incluso si se camina por los linderos de la prevención general negativa se puede dar el caso de castigar a un sujeto no responsable del hecho típico, si con ello se verificará el evitar un mal social de trascendencia superlativa. Sin embargo, el mismo SILVA SÁNCHEZ<sup>75</sup> afirma que esta teoría cumple con la función intimidatoria, aunque sea de forma indirecta, ya que establece que hay formas diversas en que la

---

<sup>73</sup> Santiago MIR PUIG, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Editorial Bosch, Segunda Edición, Barcelona 1982, página 31.(a)

<sup>74</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, páginas 214 y 215.(a)

<sup>75</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, páginas 220 y SS.(a)

norma penal origine una intimidación de índole psicológica. Busca emitir un mensaje con contenido disuasivo orientado a la creación de una contra motivación en los potenciales autores de conductas ilícitas, ello es simplemente indemostrable<sup>76</sup>; por lo tanto, su función se torna en un simbolismo formalizado. Sería imposible realizar un estudio que establezca el grado de abstención de comisión de conductas ilícitas que se dan en la sociedad debido a la existencia de una amenaza de privación de libertad, ante esta imposibilidad, no es demostrable que la pena cumple esa función bien o mal, por ello su aplicación deviene en una sanción meramente simbólica.

Finalmente, para FERRAJOLI “la prevención general a través de la amenaza legal de la pena, si bien brinda garantías contra el terrorismo penal judicial, no impide el terrorismo penal legislativo, al estar claro que la amenaza penal, habiendo de servir como “contraestímulo”, “contramotivo” o “coacción psicológica”, resulta más eficaz cuanto más elevadas y severas sean las penas con las que se amenaza.”<sup>77</sup>

Para este autor dicha teoría no sería suficiente para fundamentar un Derecho penal mínimo y garantista, basado en la intervención penal reducida, evitando en todo momento un Derecho penal de máxima intervención. Esto es claro cuando la amenaza de pena no resulta ser suficiente para intimidar a los posibles sujetos activos, por ello tendría que ser elevada basándose en la necesidad de infligir temor, y

---

<sup>76</sup> En sentido BARATTA es muy claro afirmando que “la realización efectiva de la función disuasiva de la pena no está empíricamente demostrada. Se puede incluso pensar razonablemente, en base a consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable.” BARATTA, Alessandro, ob. cit., 1986, página 85.(a)

<sup>77</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, páginas 279.(a)

160

por consiguiente entraríamos en un Derecho penal del Terror.

## **B.2. Teoría de la Prevención General Positiva.**

Es también conocida como la Prevención-Integración.

La pena debe ejercitar la confianza en la norma, es decir al infractor se le castiga para que se vea en la sociedad que el sistema funciona. También se consigue con ello que la pena despliegue una fidelidad al derecho<sup>78</sup>. “La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma.”<sup>79</sup> En mi opinión, tal justificación de la pena tiene en sí misma su crítica es decir, se busca su aplicación a costa del infractor, con lo cual el supuesto carácter resocializador desaparece y es substituido por una imposición de castigo que sólo genera dolor en el sujeto activo de la conducta punible.

BARATTA<sup>80</sup> nos habla de que el condenado dentro de esta teoría sirve en realidad como el “chivo expiatorio” a costa del cual se lleva a cabo la reafirmación de la norma vulnerada, por ende en la búsqueda del restablecimiento de la credibilidad del funcionamiento del sistema por parte de todos los ciudadanos. De igual manera, se puede establecer que los autores de hechos punibles pasan a ser objeto de prevención antes que sujetos de derecho, a través de los cuales se busca ejercitar la confianza en el derecho. La pena pasa a ser definida como garante de la norma, como

---

<sup>78</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 18.(a)

<sup>79</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 8.(a)

<sup>80</sup> BARATTA, Alessandro, ob. cit., 1986, página 89.(a)

167

un mal que se justifica con el sólo hecho de alcanzar la estabilización de la norma lesionada<sup>81</sup>. "Así, tiene por un lado un efecto de integración y estabilización social, que pasa por la reafirmación simbólica de la norma como directriz válida, correcta, y correlativa estigmatización del infractor como "sujeto desviado" a quien se aísla del grupo de los que "creen" en la referida norma."<sup>82</sup> Esto es claro porque en esta teoría la pena no se dirige sólo a los posibles sujetos activos de conductas antijurídicas, ya que no tiene por objeto inhibir su tendencia a la comisión de tales hechos, sino muy por el contrario se orienta hacia todos los ciudadanos, con la intención como ya se dijo anteriormente de confirmar su confianza en la norma<sup>83</sup>. Este es un problema de dicha teoría, es decir, que se le otorga más importancia al hecho que al individuo, y por lo tanto "la pena resulta puro castigo, puro mal."<sup>84</sup> Incluso se llega al punto de darle a la pena un significado por encima del autor del hecho punible, poniendo ante todo la norma<sup>85</sup>, es decir, en la organización social lo más importante es la norma por encima de la persona. Es evidente, que estamos ante una doctrina en donde la intervención de carácter jurídico-penal pasa por la estigmatización del autor como medio para alcanzar la integración de los ciudadanos no desviados; asimismo, aspira a ser reflejo de los deseos punitivos de la sociedad, utilizando aquellos deseos como varemos para establecer la aplicación de la pena y su extensión en el tiempo; y finalmente, una teoría que intenta entrar en

---

<sup>81</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 9.(a)

<sup>82</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 233.(a)

<sup>83</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1986, página 50.(b)

<sup>84</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 82.(c) En el mismo sentido se puede ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 232(a); que señala que en esta teoría la pena es concebida como un mal, un sufrimiento para el autor del hecho punible.

<sup>85</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 13.(a)

los individuales psicológicos de los ciudadanos para intentar alcanzar la fidelidad en el Derecho, y lo peor para introducir en las mentes valores que no se incorporan libremente<sup>86</sup>.

MIR PUIG señala que "un Derecho penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo."<sup>87</sup> Es obvio que dicho autor propone como finalidad de la pena la prevención general limitadora, combinando la positiva y la negativa, con lo cual no se aparta de buscar la impermeabilidad del sentimiento jurídico de la sociedad. Más aun, este tipo de posturas van en contra de los sistemas jurídico penales que establecen que la prevención especial positiva es el fin de la pena privativa de libertad. Si este fin fuera realizable, por ejemplo las empresas privadas que se ocupan de multar las faltas de tránsito en la ciudad de Buenos Aires estarían económicamente quebradas. Sin embargo, continúan su bonanza económica, pues a pesar de su efectividad, persisten los conductores cuyos comportamientos no son influidos por la imposición de sanciones y que, por lo tanto, continúan cometiendo infracciones a las normas que rigen la circulación de vehículos, generando ganancias a estas empresas. El problema consiste, por tanto, en determinar cuáles son los límites de los efectos preventivos y, por otro lado, si el costo de estos efectos no representa un precio demasiado elevado en términos de libertades públicas y de proporcionalidad por el hecho. Pues, en caso no obtener resultados favorables se apelaría a aumentar

---

<sup>86</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 234.(a)

<sup>87</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1982, página 31.(a)

165

descontroladamente y desproporcionadamente la gravedad de la privación de libertad.

SILVA SÁNCHEZ también se muestra partidario de alguna forma de dicha fundamentación de la pena, al señalar que lo que hace la sanción es reforzar la vigencia de la norma de forma contra fáctica con ello no se aparta de la concepción de JAKOBS quien ve en la prevención integración una fundamentación y no limitación de la pena de privación de libertad, dicho atentado contra la norma pone en tela de juicio su vigencia, y muestra con la reacción punitiva lo incorrecto que es perpetrar un ilícito penal. Asimismo, señala que "la pena, pues, y el juicio de desvalor que precede a su imposición, contribuyen de modo decisivo a formar la conciencia ética, valorativa, de la colectividad."<sup>88</sup> Por lo tanto, estamos ante una concepción que no sólo busca una aplicación simbólica de la pena, muy por el contrario se requiere su efectiva imposición.

En palabras del propio SILVA SÁNCHEZ: "Por ello estimo que, en efecto, la doctrina de la prevención general positiva es una doctrina de la pena (impuesta) más que la conminación penal abstracta."<sup>89</sup>

JAKOBS<sup>90</sup> incluso llega a establecer que la misión de la pena no puede ser evitar la lesión de bienes jurídicos, lo cual dista en mi opinión de un Derecho penal dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. SILVA SÁNCHEZ<sup>91</sup> se distancia en este punto de JAKOBS, pues, afirma que

---

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 230.(a)

<sup>89</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 232.(a)

<sup>90</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, páginas 13 y 14.(a)

<sup>91</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 231.(a)

164

para dichas teorías de la prevención general positiva, la misión que tiene el Derecho penal se proyecta básicamente sobre el aspecto psicológico de los ciudadanos; y es en ese aspecto en donde se trata de crear una actitud de “convencimiento”, de “fidelidad” al Derecho, alcanzando mucho mayor eficacia que la sola intimidación, para el fin de protección de los bienes jurídicos de la colectividad. Los bienes jurídicos son los que le dan contenido al Derecho penal, y más específicamente a los tipos penales, y por ende a la justificación de la pena. No puede ser la norma, la razón de ser del Derecho penal.

HORMAZÁBAL<sup>92</sup> señala que la pena tiene como función la protección de bienes jurídicos, incluso afirma que la pena (concebida como protectora de los bienes jurídicos penalmente tutelados) es la garantía de un Estado democrático. Esto es llevado al extremo de buscar evitar todo cuestionamiento de la norma, y cuando aparezca dicho cuestionamiento la pena será la réplica, siempre a costa del infractor.

MIR PUIG<sup>93</sup> también le otorga a la pena la función de conseguir una afirmación del derecho, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, con lo cual tiene muchas similitudes con la postura de la Prevención General Positiva, aunque establece que debe ser limitada por una serie de principios. Estos principios son entre otros, la exclusiva protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, y culpabilidad<sup>94</sup>. Asimismo, señala que la prevención general no puede perseguirse a través de la intimidación que supone la

---

<sup>92</sup> Hernán HORMAZABAL MALAREE, Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal), Editorial P.P.U., Barcelona 1991, página 175.

<sup>93</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1990, página 57.(c)

<sup>94</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1982, página 30.(a)

amenaza para los probables sujetos activos de un delito, sino que ha de conseguirse satisfaciendo la conciencia jurídica general mediante la afirmación de los valores sociales<sup>95</sup>. Con ello también se encuentra dentro la Prevención-Integración, aunque establezca que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo el control de todos los ciudadanos<sup>96</sup>.

SILVA SÁNCHEZ realiza una observación muy acertada, "la prevención general positiva, pues, pese a su presentación como una doctrina superadora de los inconvenientes de la concepción tradicional intimidatoria, se muestra en última instancia como una doctrina de corte autoritario, discriminatorio, que redundaría en un mayor intervencionismo en la esfera valorativa de los ciudadanos."<sup>97</sup> Sin lugar a dudas esta objeción resulta difícil de contradecir, ya que se busca la tan ansiada fidelidad al Derecho, la cohesión social, con una fuerte injerencia en la esfera privada de los ciudadanos. Con esto se desnaturaliza uno de los pilares sobre los que descansa la sociedad en un Estado Democrático de Derecho: la libertad. La pena tiene la función de restablecer el derecho en esta teoría, "cargando sobre el infractor el coste de su rechazo de la validez de la norma. Dado que la integración, interpretación en nuestros sistemas sociales complejos, se produce merced a la institucionalización de expectativas, cuando esa institucionalización se estabiliza normativamente (esto es, cuando se considera inadecuado o imposible afrontar el disenso de modo cognitivo) la pena como equivalente funcional del consenso restablece la

---

<sup>95</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1982, páginas 30 y 31.(a)

<sup>96</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1982, página 40.(a)

<sup>97</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 237.(a)

162

validez de la norma, tanto para la sociedad como para el infractor."<sup>98</sup>

MAURACH<sup>99</sup> señala que la prevención integración es vista como una teoría que otorga un fin determinante de la pena, pero en el camino choca contra las barreras constitucionales, toda vez que la finalidad recogida en la Constitución es de tendencia preventivo especial positiva.

Esta finalidad se puede apreciar en diversos ordenamientos jurídicos, verbigracia la Constitución Española (artículo 25°), la Constitución Peruana (artículo 139°, inciso 22), Constitución Mexicana (artículo 18°), entre otras. De todo lo anteriormente mencionado, queda claro que a la pena se le busca dar una función de intentar alcanzar la cohesión social. A eso hay que agregarle que también "la pena tiene una función que debe surtir efectos finalmente en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: La pena debe proteger las condiciones de tal interacción y tiene, por tanto, una función preventiva."<sup>100</sup> Esta supuesta función de prevención no puede ser verificada empíricamente, con lo cual su rigurosidad científica se desvanece.

JAKOBS<sup>101</sup> también destaca un hecho real, que es que en la actualidad sólo se castiga para mantener el orden social. Esto es evidente contradicción con los preceptos constitucionales que señalan que la pena busca la reinserción social. En mi opinión, esto es una

---

<sup>98</sup> Tomás VIVES ANTÓN, Fundamentos del Sistema Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1996, página 445.

<sup>99</sup> Rienhart MAURACH-Karl GÖSSEL-Heinz ZIPF, Derecho Penal: Parte General, volumen 2, Editorial Astrea, Buenos Aires 1995, página 755 y SS.(b).

<sup>100</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 18.(a)

<sup>101</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 20.(a)

16'

acertada crítica contra las teorías de la prevención especial positiva, pero ello no justifica que el interés por la estabilización de la norma sea lo más adecuado.

BUSTOS RAMÍREZ señala que “se trata de prevenir en forma general los delitos, esto es, mediante una intimidación o coacción psicológica respecto a todos los ciudadanos.”<sup>102</sup>

Finalmente, el autor antes citado señala que “según el modelo de la prevención general positiva acabado de exponer, la pena debe garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad. El modelo no facilita una justificación de por qué ha de procederse así, sino que más bien presupone que el orden social bien vale el coste que se le impone al infractor de la norma.”<sup>103</sup> Este argumento deja muy claro que la persona humana puede ser usada como un instrumento<sup>104</sup>, o como un medio de lograr la estabilidad de determinado orden social y jurídico. Lo cual dista, por decir lo menos, de un Estado que consagra al ser humano como fin supremo de la sociedad.

Pero esta concepción de JAKOBS no es nada novedosa, ya DURKHEIM nos hablaba de esta función de la pena un siglo atrás (1893), señalando que la pena “no deja de desempeñar un papel útil. Sólo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se

---

<sup>102</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 79.(c)

<sup>103</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 20.(a)

<sup>104</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, señala como crítica que “la teoría de la prevención general o cae en la utilización del miedo como forma de control social, con lo cual se entra en el Estado del terror y en la transformación de los individuos en animales, o bien en la suposición de una racionalidad absoluta del hombre en el sopesamiento de costos (la pena aumentaría el costo del delito) y beneficios, lo cual es una ficción como libre albedrío.” ob. cit., 1994, página 80.(c) En sentido similar CERESO MIR, José, señala que “si la pena rebasa la gravedad del delito, en virtud de las exigencias de la prevención general, el delincuente es utilizado como medio o instrumento para el mantenimiento del orden social. Esto implica un desconocimiento de su dignidad humana.” Ob. cit., 1994, páginas 30 y 31.

160

le ve. No sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa, y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común."<sup>105</sup> Es evidente, que la concepción de JAKOBS tiene una relación muy estrecha con las ideas de DURKHEIM, ya que este último había concebido a la pena como un factor de estabilización social, orientado específicamente a actuar sobre las personas honestas, permitiendo una reafirmación de los sentimientos colectivos y cohesionando a la sociedad en su conjunto contra los individuos desviados<sup>106</sup>. También tiene una estrecha vinculación con la Teoría Sistémica de LUHMANN<sup>107</sup>, puesto que dentro de esta concepción el hombre es considerado como un elemento del sistema, y por tanto no es un sistema en sí mismo, como lo es la sociedad o el Derecho como sistema jurídico<sup>108</sup>. Dentro de la Teoría de los Sistemas el Derecho cumple una serie de funciones relacionadas con la generalización y estabilización de expectativas de conducta<sup>109</sup>, por lo tanto dentro del sistema jurídico el hombre puede ser considerado como un elemento del sistema.

Esta teoría se acerca mucho a concepciones de Derecho penal máximo, es decir, da la oportunidad a que la intervención punitiva sea más elevada, con el sólo argumento de alcanzar la cohesión social y la

---

<sup>105</sup> Emile DURKHEIM, *La División del Trabajo Social*, Volumen I, Editorial Planeta-Agostini, Barcelona 1993, páginas 136 y 137.

<sup>106</sup> DURKHEIM, Emile, ob. cit., 1993, página 137.

<sup>107</sup> Niklas LUHMANN, *Sociedad y Sistema: la Ambición de la Teoría*, Editorial Paidós, Barcelona 1990.(a)

<sup>108</sup> LUHMANN, Niklas, ob. cit., 1990, página 104.(a) En lo concerniente al sistema jurídico ver LUHMANN, Niklas, *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983.(b)

<sup>109</sup> LUHMANN, Niklas, ob. cit., 1983, página 45.(b)

fidelidad al Derecho; por lo tanto se puede invocar estos argumentos para disminuir las barreras restrictivas de la intervención punitiva<sup>110</sup>.

Puede incluso ser llevada a extremos inimaginables (y a la vez inadmisibles), pues podría llevar a elevar la rigurosidad de la pena con el supuesto fin de alcanzar la cohesión social, y ya no se podría hablar de un Derecho penal, sino de un terror penal, con la única finalidad de obtener la fidelidad al Derecho o la estabilidad de la norma<sup>111</sup>. Incluso el ideal de justicia ha sido totalmente abandonado, ya no es entendida como suprema norma jurídica, sino por el contrario como expresión para la complejidad adecuada del sistema jurídico<sup>112</sup>; y por lo tanto la pena cumple una determinada función dentro de este sistema, que no es precisamente la idea de la aplicación de la justicia.

#### 2.2.2.10.2. Teorías Absolutas de la Pena.

Estas teorías también son conocidas como Teorías Retribucionistas. Se basan en la pena justa, es decir, la pena se aplica con la finalidad de retribuir el mal social realizado con un mal que afecte al sujeto activo del injusto penal.

Esta tesis tiene dos vertientes, de un lado la sustentada por Kant, y de otro lado la sustentada por

---

<sup>110</sup> Como ejemplo se puede ver, que para la fundamentación de una penalidad más grave por tener calidad de reincidente el sujeto activo, se utilizan tales argumentos, ver Bernhard HAFFKE, Reincidencia y medición de la pena, en **El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50º Aniversario**, Bernd Schünemann (compilador), Editorial Tecnos, Madrid 1991, páginas 179-195.

<sup>111</sup> En el mismo sentido se puede ver BARATTA, Alessandro, Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal: Una Discusión en la Perspectiva de la Criminología Crítica, en **Pena y Estado**, Editorial P.P.U., Barcelona 1991, Número 1, páginas 46, 47 y 48(f); en donde dicho autor realiza una crítica a la posición que tiene el bien jurídico en la teoría de JAKOBS, en donde la teoría de la pena sólo cumple una función de buscar la cohesión social, la fidelidad al Derecho, o la confianza en la norma principal. La imposición de la pena, según el autor citado, tiene una función instrumental, en la que al sujeto se le niega la calidad de persona.

<sup>112</sup> LUHMANN, Niklas, ob. cit., 1983, página 42.(b)

138

Hegel. La primera de ellas, se basa en la retribución ética, justificada por el valor moral de la ley penal infringida por el culpable y de la sanción que por consecuencia se le inflige, concibiendo a la pena como un "imperativo categórico".

La segunda, la tesis hegeliana, se basa en la retribución jurídica, que se justifica en la necesidad de reparar el Derecho con una violencia contraria que pueda restablecer el orden legal violado<sup>113</sup>. Incluso la posición hegeliana concibe a la pena como la negación de la negación del derecho vulnerado con la comisión de la conducta típica. Con lo cual la pena no oculta su finalidad vindicativa, ni tampoco su cruel e inhumana forma de buscar su justificación. La sanción penal es concebida como un fin en sí mismo, incluso se llega a señalar que no es un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento<sup>114</sup>. Esto significa que la pena está relacionada directamente con la lesión al bien jurídico social, vulnerado con la comisión de la conducta típica. Se busca un restablecimiento positivo de la autoridad estatal cuestionada, y también un restablecimiento del Derecho como sistema integral<sup>115</sup>.

BUSTOS RAMÍREZ<sup>116</sup> señala que estas teorías tienen una orientación garantista en la medida que impide una intervención abusiva del Estado. Sobre todo en el aspecto de las garantías al momento de producirse la medición de la pena<sup>117</sup>. Pero en mi opinión, esto no es del todo correcto, ya que no se puede establecer si un

---

<sup>113</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, página 254.(a)

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, página 253.(a)

<sup>115</sup> Para mayor información sobre la evolución de las teorías de la pena ver MAURACH, Reinhart- ZIPF, Heinz, ob. cit., 1994, página 94.(a)

<sup>116</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 77.(c)

<sup>117</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 69.(d)

CSA

segundo en la cárcel o 30 años son lo justo por el cometimiento de una conducta ilícita. Más aún si se produce una restricción del concepto retributivo se debería castigar una lesión a la vida con otra lesión a la vida, una lesión patrimonial con otra lesión patrimonial de igual monto, una lesión a la integridad física con otra de igual naturaleza y gravedad; pero como calcular qué cantidad de tiempo de reclusión es lo justo por haber perpetrado una conducta antijurídica, en este caso no puede haber una equivalencia entre el mal causado y el mal producto de la pena<sup>118</sup>.

En esta teoría la pena se libera de toda finalidad, y parte de su sustento descansa en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrena y del conjunto de ideas morales vigentes en la sociedad, considerando la situación de libre albedrío en que se encuentra el ser humano, y por consiguiente, también su capacidad de autodeterminarse<sup>119</sup>. En mi opinión esto no es del todo cierto, toda vez que la desigualdad social no genera una absoluta libertad de los hombres, ya que impulsa a ciertos sectores sociales hacia el camino de la marginalidad, y por tanto su inclinación mayor o menor a la criminalidad es variable y nunca igualitaria. Por otro lado, con ello se estaría castigando a un sector de la sociedad que no internalice los valores dominantes, en otras palabras, en este modelo jurídico-social no hay lugar para la pluralidad, ya que la pena está sirviendo de instrumento para la imposición de una manera de comportamiento.

---

<sup>118</sup> Enrique BACIGALUPO, Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, editorial Cárdenas, México 1989, página 39.(b)

<sup>119</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., 1981, página 96.(a)

156

Esta teoría le atribuye a la pena la función de realización de justicia<sup>120</sup>, en otras palabras, la pena cumple una función sea moral, religiosa o jurídica de alcanzar la justicia de forma incondicional. Lo cual confirma que en un modelo de Estado que acepte esta teoría no interesa la dignidad de la persona humana, por tanto, se está hablando de un Estado distinto al Estado Social y Democrático de Derecho, en donde la pena sólo consiste en un mal que tiene por objeto retribuir<sup>121</sup>. "La pena ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito, pero además ha de ser necesaria para el mantenimiento del orden social, pues se trata de la justificación de la pena estatal. La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución."<sup>122</sup>

No es claro que la determinación temporal de la pena garantice el ideal de justicia, pues las consecuencias posteriores de la aplicación muchas veces (por no decir en la mayoría de los casos) son perjudiciales e irreversibles en el sujeto activo de la conducta típica.

Para esta teoría es evidente que la pena es una reacción que sólo mira al pasado a la infracción penal y adolece de cualquier finalidad utilitaria que se le busque dar<sup>123</sup>. La pena es concebida como necesaria dentro de una perspectiva pragmática, como fin en sí misma, por lo tanto desde el punto de vista teleológico no tiene fundamentos exógenos. La pena no tiene la función de buscar asegurar la paz social, sino tan sólo de alcanzar la Justicia para evitar que prime la Injusticia. Se castiga al sujeto activo de la conducta

---

<sup>120</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1990.(c)

<sup>121</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, página 77.(c)

<sup>122</sup> CEREZO MIR, José, ob. cit., 1994, página 30.

<sup>123</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., 1996, página 36.(b)

ilícita aunque no sea necesario para el caso concreto<sup>124</sup>.

155

FERRAJOLI<sup>125</sup> señala que la pena procura un mal, pero que debe tener relación con el bien perseguido como fin. Asimismo, afirma que el fin es el mínimo de sufrimiento necesario para la prevención de males futuros, con lo cual se puede ver su inclinación por una teoría absoluta de la pena con efectos preventivos. Dicho autor considera que la propuesta abolicionista que señala que "ninguno de los fines indicados por dichas doctrinas parece, en efecto, por sí mismo suficiente como para justificar aquella violencia organizada y programada que es la pena, contra un ciudadano inerme"<sup>126</sup>; constituye una conclusión errónea, esto indica su inclinación por justificar la aplicación de la pena. De otro lado, dicho autor afirma que la justificación de la pena se enmarca dentro de parámetros utilitarios que señalan que debe buscarse el máximo beneficio alcanzable para los ciudadanos, pero con el mínimo malestar necesario para los desviados. La pena no sirve pues, para este autor únicamente para prevenir la comisión de delitos, sino también para prevenir (o salvaguardar) al autor de la conducta ilícita de las penas injustas, por lo que se le otorga la calidad de medio y fin a la vez. Esto tiene una base en el criterio de pena justa, por lo que nuevamente nos encontramos con el problema de la determinación del quantum temporal de reclusión por la comisión de una conducta considerada delito. Es por ello, que se pasa a hablar de una pena como un

---

<sup>124</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1994, páginas 116 y 117.(d)

<sup>125</sup> Luigi FERRAJOLI, El Derecho Penal Mínimo, en Poder y Control N° 0, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, páginas 30 y 33.(c)

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1986, página 35.(c)

154

mal menor, si se le compara con la venganza privada, o con las reacciones arbitrarias no jurídicas.

FERRAJOLI<sup>127</sup> establece todo esto dentro del marco de un "Derecho penal mínimo", que no tiene por objetivo camuflar la pena con supuestos fines resocializadores, reeducativos o de reinserción social, sino de darle el carácter de un mal menor, y así evitar reacciones desproporcionadas, con esto se puede ver una búsqueda de retribución en la pena, es decir, castigar con un mal aunque se le busque dar el adjetivo de menor a la conducta ilícita cometida. Se dice que "la pena, en efecto, como se ha dicho, está justificada no sólo en peccetur, o sea en el interés de otros, sino también en punietur, es decir, en el interés del reo de no sufrir abusos mayores."<sup>128</sup>

Es claro que esta justificación de la pena sólo puede generar intervenciones elevadas del sistema penal, y por tanto, enmarcadas dentro de un Derecho penal máximo. Ya que la pena para esta teoría sólo es represión, pura y dura. Pero el hecho de comprobar que la pena tiene exclusivamente un carácter aflictivo no releva de realizar una crítica a su fundamentación, aunque en la práctica no cumple otra función, es decir, la de retribuir un mal con otro.

Como se mencionó anteriormente, la pena dentro de esta concepción doctrinaria, es simplemente "justa", sin importar si es necesaria o no, pues BACIGALUPO es muy claro al señalar que "la utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea

---

<sup>127</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1986, página 40.(c)

<sup>128</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1986, página 40.(c)

153

útil. Así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad."<sup>129</sup>

### 2.2.2.10.3. Teorías Mixtas de la Pena.

Existen numerosas teorías<sup>130</sup> que combinan las teorías anteriormente descritas, dando mayor relevancia a uno u otro elemento de dichas teorías. Pero vale la pena analizar la Teoría Dialéctica de la Unión, cuyo sustentador es Claus ROXIN<sup>131</sup>. Dicho autor, le da mucha relevancia a la "prevención", y dentro de ella lo más importante es centrarse en el momento de la ejecución de la pena, donde prima la prevención especial. De otro lado éste señala que la culpabilidad limita la prevención, y al mismo tiempo en un proceso dialéctico la propia culpabilidad puede ser limitada por la prevención. Esto significa que si la pena privativa de libertad no cumple con el fin preventivo no debe imponerse, a pesar de que el procesado sea culpable. ROXIN señala que "la función de la pena es en el momento legislativo la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, protección que sólo podrá buscarse a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones."<sup>132</sup>

ROXIN<sup>133</sup> señala que la resocialización del sujeto activo de un delito, esto es el tratamiento, sólo es posible cuando el sujeto lo realiza de forma voluntaria. En el

---

<sup>129</sup> Enrique BACIGALUPO, Manual de Derecho Penal: Parte General, Editorial Temis, Bogotá 1994, página 12.(c)

<sup>130</sup> Para mayor información sobre estas teorías ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1994, páginas 88-93.(c)

<sup>131</sup> Claus ROXIN, Política Criminal y Estructura del Delito: elementos del delito en base a la política criminal, Editorial P.P.U., Barcelona 1992.(a)

<sup>132</sup> ROXIN, citado por Mir Puig, Santiago, ob. cit., 1990, página 67.(c)

<sup>133</sup> ROXIN, Claus, ob. cit., 1992, página 24 y 25.(a)

152

Proyecto Alternativo Alemán de 1966<sup>134</sup> se puede ver esta concepción mixta de la teoría de la pena, siendo uno de sus promotores el propio ROXIN. Esto se ve claramente contrastado con que la lógica conductiva que se aplica en el tratamiento penitenciario que prácticamente obliga al reo a ello, si es que quiere alcanzar su libertad de manera más rápida. Este tema se tratará con más detalle en el apartado tercero del presente Capítulo.

BACIGALUPO<sup>135</sup> está de acuerdo con esta concepción teórica de la pena, ya que señala que mediante la Teoría Dialéctica se alcanza la síntesis de las demás teorías de la pena.

LUZÓN PEÑA se inclina, también por una teoría que mezcle tanto la prevención general positiva y negativa, con la prevención especial, por ende se adscribe a una teoría de carácter mixto; "esto quiere decir a su vez que la punición de la acción es por regla general necesaria para los fines preventivo-generales de la pena la amenaza de pena resulta necesaria para evitar mediante la intimidación general acciones cuya realización se considera altamente indeseable y para lograr con ello el reconocimiento social de las normas jurídicas y la confianza en el ordenamiento jurídico- y también para la prevención especial pues normalmente existe el peligro de repetición de dicha acción disvaliosa."<sup>136</sup> Dicho autor, afirma que la finalidad de la norma penal es evitar la perpetración de una conducta

---

<sup>134</sup> Para mayor información sobre el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, en lo concerniente a la Pena, ver MIR PUIG, Carlos, El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal, Editorial Bosch, Barcelona 1986, página 70 y SS.

<sup>135</sup> BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., 1994, páginas 16 y 17.(c)

<sup>136</sup> Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, La Relación del Merecimiento de Pena y de la Necesidad de Pena con la Estructura del Delito, en **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin**, J.M. Silva, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona 1995, página 123.

151

mediante su prohibición bajo la amenaza de pena, otorgándole también a la pena (como medio más duro del poder punitivo) la función de oponerse a tales conductas. Esto supone una valoración negativa de dichas conductas que tendrá un mayor o un menor valor en función de la gravedad de su contenido o del peligro de su comisión<sup>137</sup>.

Esta concepción doctrinaria (de establecer una gradualidad en la aplicación de la sanción punitiva) de la pena es también compartida por otros autores, así DA COSTA ANDRADE señala que "la amenaza, aplicación y ejecución de la pena sólo puede tener como finalidad la reafirmación y estabilización contra fáctica de la validez de las normas, el restablecimiento de la paz jurídica y de la confianza en las normas así como la resocialización del condenado. Por su aspecto negativo, la pena no puede estar preordenada a la compensación (retribución, expiación) de la culpabilidad."<sup>138</sup> Este autor se inclina claramente por una pena basada en una concepción mixta, ya que mezcla de un lado la Prevención-Integración con una teoría de la prevención especial positiva. Se establece que hay momentos para cada teoría, es decir, la aplicación de alguna de las teorías de acuerdo al estadio temporal en que se aplica la pena.

JESCHECK <sup>139</sup> afirma que retribución y prevención (teorías relativas y absolutas) no son polos opuestos irreconciliables, inclinándose por una unificación de forma tal que la pena no se agote en sí misma (como en

---

<sup>137</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, ob. cit., 1995, páginas 120 y 121.

<sup>138</sup> Manuel DA COSTA ANDRADE, Merecimiento de Pena y Necesidad de Tutela Penal como Referencias de una Doctrina Teleológico-Racional del Delito, en **Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin**, J.M. Silva, B. Schünemann y J. De Figueiredo Dias (coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona 1995, páginas 158.

<sup>139</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., 1981, página 95.(a)

150

la retribución), sino también se aplique como un mecanismo protector de la sociedad de futuros delitos, y al mismo también sirve para compensar la culpabilidad por el actuar ilícito realizado. Con ello, se busca lograr el objetivo preventivo de una forma justa. De esta forma la pena justa debe cumplir una función preventiva y reeducadora al mismo tiempo, puesto que según el autor anteriormente citado, la pena tiene una fuerza configuradora de las costumbres. Pero a mi entender, el intento de fusionar teorías de la pena tan distintas no genera una respuesta adecuada a su finalidad, más aun contribuye a hacer evidente su distanciamiento; incluso puede llevar a confusión.

MAPELLI/TERRADILLOS señalan "que las teorías absolutas y relativas vienen de un mundo completamente distinto".

Para las primeras, la exigencia de castigo se deriva de la idea de justicia, y el sentido de la pena se inserta en la plenitud de un marco teórico, por eso no se ocupan de la imperfección de la realidad.

Para las segundas, la pena viene exigida por la inclinación humana a atacar a los demás (prevención general) o por la deformación individual reflejada en la comisión del delito (prevención especial), y siempre tienen en cuenta la realidad. No pueden prescindir de la cuestión de si la pena realmente <<soluciona>> los casos jurídico-penales. Por el contrario, esa cuestión es, para las teorías absolutas, absurda."<sup>140</sup>

Estos autores ponen de manifiesto que las finalidades de la pena que buscan ser mezcladas para poder

---

<sup>140</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., 1996, página 43.(b)

justificarla, no lo pueden hacer, ni separadamente ni conjuntamente. Además, su fusión no ayuda a solventar los problemas que por separado tienen cada una de ellas, muy por el contrario acaban teniendo todas sus deficiencias y casi ninguna ventaja.

#### **2.2.2.8. La Función de la Pena Privativa de Libertad en la Realidad Peruana.**

En este apartado se hará referencia a la situación actual del sistema punitivo en el Perú. Se hace un análisis de la cárcel, de la aplicación práctica de la pena, de la credibilidad que sobre la pena hay en el contexto peruano, y del tratamiento penitenciario. No debe olvidarse que las Teorías de la Pena, tratadas en el apartado anterior, tienen plena vigencia en el ámbito Latinoamericano, toda vez que se vienen aplicando desde hace mucho tiempo, como tampoco debe olvidarse que la pena privativa de libertad es la primera y principal consecuencia jurídica del delito, tal y como se analizó en el capítulo anterior.

Todos los modelos teóricos de fundamentación de la pena que se desarrollan en Europa, se aplican en el Perú. Por ejemplo, el fin resocializador de la pena privativa de libertad fue recogido en la Constitución Política de 1979, y confirmado en la Constitución de 1993 (artículo 139°, inciso 22), que establece que son principios de la función jurisdiccional el que la pena de privación de libertad tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En sentido similar se decanta la Constitución Mexicana de 1995, que establece en su artículo 18° que la finalidad del sistema penal y sus instituciones será la readaptación social del infractor. Con ello se puede apreciar que en el Perú, y en países Latinoamericanos, los modelos jurídico-penales de Europa continental se vienen aplicando paralelamente.

No debe olvidarse que la traspolación legislativa producida en los países latinoamericanos, tiene serios déficits; puesto que, las políticas económicas de apoyo a programa reeducadores no existe, ni siquiera el respeto a Derechos mínimos de los reclusos. “Al derecho penal se le asignan una serie de funciones y encargos sociales, algunos de los cuales

sólo constituyen míticos anhelos de los grupos ciudadanos, pero no realidades."<sup>141</sup>

#### **2.2.2.8.1. Las Cárceles.**

Consideradas como el lugar físico donde se lleva a la práctica la pena privativa de libertad, muestran una serie de problemas. Pero también son el reflejo de la gran deficiencia en la administración de justicia. Que se puede evidenciar en cualquier establecimiento penitenciario. Pero es en las cárceles de los países subdesarrollados en donde la situación es más crítica<sup>142</sup>. Por ejemplo, en las cárceles peruanas en donde la situación se torna sumamente grave al no existir respeto alguno. No hay respeto por los Derechos Humanos, derechos mínimos de los internos (que son tan sólo una utopía) sin dejar de lado el aspecto concerniente al tráfico ilícito de drogas que es del todo incontrolable y considerando problemas como la salud, sexualidad, alimentación y otros tantos que afectan a la gran población carcelaria del país. En este sentido MORGAN<sup>143</sup> afirma que incluso en las prisiones europeas los problemas de tráfico de drogas son inmensos, y los presos pueden adquirir cualquier sustancia ilegal en la cárcel al mismo precio que tienen fuera de los muros del centro penitenciario. Esto genera un problema endémico que cada vez es más incontrolable.

Es preciso tener en cuenta esta problemática así como el excesivo letargo con que se maneja la Administración de Justicia. Existen numerosos procesados que se encuentran sufriendo una detención preventiva (arresto procesal) y aun no reciben una sentencia condenatoria; esto es más grave si se considera que dichos procesados se encuentran reclusos con

---

<sup>141</sup> HIGHTON, Elena I.ÁLVAREZ, Gladys S.GREGORIO, Carlos G., ob. cit., 1998, página 18.

<sup>142</sup> El propio MIR PUIG señala que en las cárceles españolas es imposible alcanzar la resocialización, por la situación en que estas se encuentran, y al individuo se le desocializa, ver MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1982, páginas 36 y SS.(a).

<sup>143</sup> Rod MORGAN, La realidad de las prisiones en Europa, conferencia dictada dentro del Seminario Introducción al Sistema Penal Anglosajón, el día 24 de abril de 1997, en la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra-España.

los internos ya sentenciados, sin atender las recomendaciones que hace la Organización de las Naciones Unidas<sup>144</sup>, es decir, separar sentenciados de procesados<sup>145</sup> debido a que estos últimos han desarrollado una normatividad especial por el hecho de ser reclusos de un centro penitenciario.

Dicha “normatividad”, es aprendida por los procesados originando efectos indeseables y nefastos en esos seres humanos. Es pues, evidente que las cárceles son lugares en donde los reclusos no pueden alcanzar la resocialización, sino por el contrario son transformados en seres que al ser puestos en libertad estarán peor que cuando ingresaron. “La prisión exige una transformación en la personalidad socio-cultural del individuo, y ésta es la esencia de la violencia que supone la reclusión”<sup>146</sup>. Es por ello, que para BARATTA la mejor cárcel es aquella que, simplemente no existe, por su facilidad para acrecentar los problemas que se producen en la sociedad. “La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad. Desde el punto de vista de una integración social del autor de un delito, la mejor cárcel es, sin duda, la que no existe.”<sup>147</sup> PAVARINI señala que “el sistema penal no está en condición disciplinar socialmente, no sólo porque no está <<equipado> para la resolución de las situaciones problemáticas y conflictivas, sino sobre todo porque está tendencialmente

---

<sup>144</sup> Para una mayor información, más profunda y pormenorizada sobre los derechos de los reclusos reconocidos en los pactos internacionales ver Iñaki RIVERA BEIRAS, La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos: La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría, Editorial Bosch, Barcelona 1997, páginas 27 y SS.(d)

<sup>145</sup> Artículo 10: (2) a. “Los procesados salvo circunstancias excepcionales, deben ser separados de los condenados y sometidos a tratamiento distinto con su posición de personas no condenadas.” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>146</sup> César MANZANOS BILBAO, El Sistema de Dominación Carcelario y sus Efectos Desocializadores, en Oñati Proceedings N° 10, Sociology of Penal Control Within the Framework of Sociology of Law, Editado por Roberto Bergalli, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, Oñati 1991, página 213.

<sup>147</sup> Alessandro BARATTA, Resocialización o Control Social: Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado, en Derecho Penal: Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera, Ediciones Jurídicas, página 104.(b)

146

dirigido a crear nuevas situaciones de conflicto o a amplificar y exasperar las situaciones que querría resolver."<sup>148</sup> BERGALL nos afirma que el binomio autor-recluido genera que un grupo de conductas incorrectas sean identificadas con el estereotipo criminal, aumentando con ello la estigmatización<sup>149</sup> y selectividad del sistema; y para él "... la cárcel empieza a perder, otra vez, un papel relevante en la política de control social..."<sup>150</sup>. Se ha creído, incorrectamente por supuesto, que la forma más adecuada de control social es la cárcel. La cárcel genera en el interno efectos más perjudiciales que beneficiosos, lo que implica que ha perdido su valor como ente controlador social. LARRAURI<sup>151</sup> también realiza una severa crítica a los centros penitenciarios, señalando que la cárcel no cumple con las funciones alegadas que pretende desarrollar, ya sea estas de prevención o resocialización. Por lo tanto, los centros de reclusión no son más que lugares en donde se realiza una impartición de dolor, por lo que esta crisis de la cárcel nos lleva a afirmar que carece de toda legitimación.

"Hablar de resocialización o de readaptación social del autor es sufragar por un pasado cómodo. Convertirse por añadidura en epígonos de un positivismo demodé y pensar las cárceles como lugares para la conversión, corrección y otras lindezas. Es tener la ilusión maléfica de que amaestrando seres o extrapolando hombres en el encierro, se los pueda preservar para la libertad. Ignorar que las cárceles establecen sus códigos, lenguaje, registros, condiciones y costumbres, que nada tienen en común

---

<sup>148</sup> PAVARINI, Massimo, ob. cit., 1987, página 150.(b)

<sup>149</sup> No sólo la Cárcel o la pena privativa de libertad son estigmatizantes, el Sistema Penal en su conjunto lo es, ya que en el proceso de selección que realiza siempre acaba reprimiendo o sancionando al mismo colectivo, es decir, su clientela no cambia. Para mayor información sobre la estigmatización producida por el Sistema Penal ver Eugenio Raúl ZAFFARONI, En Busca de las Penas Perdidas, Editorial Ediar, Buenos Aires 1989, páginas 137 y SS.(d)

<sup>150</sup> Roberto BERGALLI, Realidad Social y Cuestión Penitenciaria, en DOCTRINA PENAL: Teoría y Práctica de las Ciencias Penales, Año 8-1985, Ediciones De Palma, página 367.(a)

<sup>151</sup> Elena LARRAURI, Abolicionismo del Derecho Penal: Las propuestas del movimiento abolicionista, en revista Poder y Control, Editorial P.P.U., Barcelona 1987, Número 3, página 96.(e)

con lo ocurre en extramuros.”<sup>152</sup> Definitivamente, la cárcel lejos de ser útil para el individuo infractor, es más bien un lugar negativo que genera costos sociales innecesarios.

BARATTA<sup>153</sup> señala que la cárcel viene transformándose en una institución de naturaleza custodialista, con un progresivo aumento de su población sobre todo aquella en espera de juicio. El surgimiento de una cárcel de máxima seguridad con una variedad de tecnologías encaminadas al aislamiento y a la aniquilación física y psíquica, son un reflejo de la importancia que ha adquirido la prevención especial negativa, y la búsqueda de una impartición de dolor sobre cualquier otra forma de punición. Este fenómeno no es exclusivo de los países Latinoamericanos, tal como lo señala el autor antes mencionado, sino también en Europa. Pero lo más paradójico, es que incluso la función inocuidadora no puede ser cumplida si se tiene en consideración el alto índice de la “cifra negra de la criminalidad”, por consiguiente, cumple con una función meramente ideológica<sup>154</sup>. Máxime si en países como el Perú, la cifra oscura de la criminalidad es tremendamente elevada, se ha estimado que un 75% de los hechos punibles cometidos quedan fuera del sistema penal<sup>155</sup>.

La situación de la cárcel en los Estados Unidos de Norteamérica tiene un panorama no menos sombrío. CHRISTIE<sup>156</sup> señala que allí se ha logrado hacer una industria del control de la criminalidad. La población carcelaria de ese país es la más elevada en proporción, que cualquier otro país del mundo, y si a ello le agregamos todo aquel colectivo que se encuentra bajo el

---

<sup>152</sup> NEUMAN, Elías, ob. cit., 1997, páginas 12 y SS.

<sup>153</sup> BARATTA, Alessandro, ob. cit., 1986, página 87.(a)

<sup>154</sup> Juan TERRADILLOS BASOCO, Función Simbólica y Objeto de Protección del Derecho Penal, en Pena y Estado, Editorial P.P.U., Barcelona 1991, Número 1, página 13.(a)

<sup>155</sup> Dato tomado de Arsenio ORÉ GUARDIA, Manual de Derecho Procesal Penal, Editorial Alternativas, Lima 1996, página 78.

<sup>156</sup> Nils CHRISTIE, La industria del control del delito: ¿La nueva forma del holocausto?, Editorial del Puerto, Buenos Aires 1993.(c)

194

régimen de probation, las personas que se encuentran bajo control del sistema penal resulta un número demasiado elevado. Dicho autor, señala que las cifras en este país tienden a un alza impresionante, mientras en otros países tiende progresivamente a su disminución. Son aproximadamente 4,5 millones de habitantes los que se encuentran sometidos a algún tipo de control penal directo, es decir, 1.794 personas por cada 100.000 habitantes<sup>157</sup>. Bajo esta forma de control social lo único que se genera es una impartición más generalizada de dolor, buscando la eficiencia para tal finalidad.

Esto se puede apreciar en la forma de construcción, de disciplina, de vigilancia, etc., en las llamadas “Maxi-maxi”, es decir, cárceles de máxima seguridad.

MAPELLI CAFFARENA señala que “la cárcel resulta un institución incapaz de generar perspectivas de buena conducta entre quienes la sufren, y de todos es conocido como el efecto estigmatizador tiene su origen no tanto en el momento de imposición de la pena como en la propia ejecución.”<sup>158</sup> El mencionado autor es claro al establecer que dentro de la cárcel la prisionalización, la pérdida de los atributos de la persona y otras ceremonias de degradación practicadas al interior de los centros penitenciarios, no permiten desde ninguna perspectiva realizar un proceso real y eficaz de resocialización, muy por el contrario permiten la utilización de los reclusos como escarmiento de lo que sucede por ir contra el orden establecido. MANZANOS BILBAO señala que “la propia mecánica discriminatoria y excluyente del sistema penal y de las instituciones penitenciarias, es la que provoca los consiguientes procesos desocializadores, es decir de desidentificación, de

---

<sup>157</sup> CHRISTIE, Nils, ob. cit., 1993, página 89. (c) En el Perú la proporción es de aproximadamente 100 personas por cada 100.000 habitantes. Ello implica que la sociedad norteamericana es unas 17 veces más punitiva que la peruana.

<sup>158</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., 1986, página 182.(a)

143

desadaptación...”<sup>159</sup>. Los referidos rituales de desidentificación, que sin lugar a dudas alteran la identidad social y personal del interno, conllevan una desvaloración personal del preso, ya que las situaciones al interior del establecimiento penitenciario se muestran como imprevisibles y letales contra la conciencia que sobre sí tiene el interno. A esto se debe agregar que la cárcel, como experiencia traumática, implica una incongruencia entre la vida personal del interno y su referente físico-social, es decir, el ámbito de la prisión.

Las cárceles, en la situación en que actualmente se encuentran, son lugares en donde se le condena al recluso, no sólo a una privación de libertad, sino también al riesgo de que adquiera diversas enfermedades infecto-contagiosas. MORGAN <sup>160</sup> en este punto acota que en una prisión escandinava (Dinamarca) el 70 % de la población allí recluida ha contraído la hepatitis tipo “C”, y a ello debe agregársele otras enfermedades como el SIDA, la tuberculosis, entre otras. Por ello, es de la opinión de que si el juez no puede garantizar una seguridad mínima al interno, la condena a privación de libertad implica un plus que es tremendamente destructivo y deteriorante de la vida del preso.

Por su parte, PAUL señala que “las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psicofísica y de internamiento.”<sup>161</sup> Por lo tanto, las cárceles distan mucho de los ideales teóricos que buscan otorgarle la capacidad de reinsertar al sujeto activo de un delito dentro de la sociedad; lo que originan es una progresiva y demoledora destrucción a todo nivel de la vida del recluso. BARATTA afirma en este sentido que “tal proceso se examina desde dos puntos de vista: ante todo, el de la desculturización, esto es, la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad (disminución de la

---

<sup>159</sup> MANZANOS BILBAO, César, ob. cit., 1991, página 202.

<sup>160</sup> MORGAN, Rod, ob. cit., 1997.

<sup>161</sup> PAUL, Wolf, ob. cit., 1986, página 69.

fuerza volitiva, pérdida del sentido de autorresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo y la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamiento propios de la sociedad exterior. El segundo punto de vista, opuesto pero complementario, es el de la culturización o prisionalización. En este caso se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria.<sup>162</sup> Es claro que los efectos de la cárcel son tremendamente perjudiciales y traumáticos para el ser humano. Estos efectos perjudiciales son producto de la reeducación desocializadora que se caracteriza por la desidentificación (ruptura con el medio exterior y desadaptación social), la reidentificación (entendido como proceso de cambio de actitudes y valores sociales, nueva adaptación al medio penitenciario e intensificación del desarraigo social) y la marginalización criminalizadora<sup>163</sup>.

Realizando una evaluación basada meramente en datos empíricos tendríamos que concluir que la cárcel debería desaparecer por no alcanzarse en ella los fines para los cuales ha sido previsto. Lo más triste es comprobar que no desaparecerá, porque cumple funciones simbólicas y ocultas, contraviniendo todas aquellas funciones manifiestas.

Finalmente, la cárcel, desde una perspectiva funcionalista fundamentadora, "como pocos institutos, tiene un hondo sentido autorreferencial: se reproduce ideológica y materialmente."<sup>164</sup> Esto permite, que pese a todos sus aspectos negativos, aun subsista, no obstante que viene funcionando en crisis desde su nacimiento, dos siglos atrás.

---

<sup>162</sup> Alessandro BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Editorial Siglo XXI, Cuarta Edición, México 1993, páginas 194 y 195.(e)

<sup>163</sup> MANZANOS BILBAO, César, ob. cit., 1991, página 206.

<sup>164</sup> NEUMAN, Elías, ob. cit., 1997, página 12.

141

#### 2.2.2.8.2. La Concepción Pragmática de la Pena Privativa de Libertad.

Aunque en el Código de Ejecución Penal de 1991 de Perú, así como en el Título Preliminar del Código Penal peruano del mismo año, establezcan que las penas tienen primordialmente una función resocializadora, esto pragmáticamente es una ficción jurídica, pues como afirma CHRISTIE en su libro "Los Límites del Dolor", la pena tan sólo constituye una legalización de la impartición de dolor a los seres humanos. Para él dichas penas no cumplen función de prevención general ni especial, muy por el contrario es una forma de castigo retribuido con creces, que se les impone (inhumanamente) a los sujetos activos de un ilícito penal. Con respecto a la función de la pena el propio Claus ROXIN <sup>165</sup> señala, que ninguna teoría ha soportado las críticas que se le han realizado, siendo arbitraria su aplicación pragmática.

La aplicación de la pena deviene en algo negativo, con consecuencias nefastas, las medidas de seguridad tampoco son una solución al problema, si bien es cierto que sus efectos son los mismos es claro también que su repercusión en el sujeto activo de la conducta ilícita va a ser negativa, al respecto ROMEO CASABONA señala; "puesto que la delincuencia es un fenómeno natural de la sociedad, que no puede ser extirpado totalmente, las medidas de seguridad no pueden ser, y se ha demostrado que no son, un instrumento suficiente para combatir el auge de la criminalidad y tal meta debe mantenerse dentro de unos límites razonables que no perturben en exceso la vida de la colectividad. Las medidas no se diferencian en realidad de las penas en cuanto a sus efectos, pues aquellas no pueden evitar un importante componente aflictivo favorecido por su indeterminación e imposición por un delito que todavía no se ha

---

<sup>165</sup> "Con ello nuestro examen crítico de la teoría de la pena (de la Retribución, de la Prevención General, y de la Prevención Especial) ha puesto de manifiesto un cuadro poco alentador ninguna de ellas resiste la crítica. El que en la práctica sea facultativa escogerlas muestra ya lo menguante de su vitalidad." Claus ROXIN, Problemas Básicos del Derecho Penal, Editorial Reus, Madrid 1976, página 19.(d)

cometido y de prevención general particularmente, las de inocuización o segregación; ni tampoco en cuanto a su ejecución evidentemente en las penas pecuniarias...”<sup>166</sup>.

Resulta claro, que lejos de ayudar al autor del hecho punible las penas causan daños adversos, en la etapa de ejecución de las mismas, que es en donde se asimila parte de las subconductas carcelarias que dañan en muchos casos de manera permanente al individuo. Hoy en día, la pena entendida como un instrumento de control social se enmarca dentro de un modelo estatal de carácter general, pero ese marco actualmente se viene resquebrajando a pasos agigantados, y esto se conoce como la “crisis del Estado asistencial”, que en el ámbito del Derecho penal se traduce en el declive de la ideología resocializadora<sup>167</sup>.

**Su aplicación práctica no sólo es ineficiente (para cumplir con las funciones que se le otorga), sino también generadora de efectos perjudiciales.** Si se llevase al extremo (o tan sólo se cumpliera la ley al pie de la letra) una ideología resocializadora, está sería excesivamente onerosa para el Estado, y por lo tanto con este debilitamiento de Estado asistencial no se aplicaría.

Por otro lado, la supuesta idea resocializadora o preventivo especial positiva se topa con la introducción de una diversidad de mecanismos alternativos a la pena de reclusión, que pasan a ser simplemente el reflejo de la inutilidad de la pena de privación de libertad. En este sentido PAVARINI refiere que “existe, por tanto, una dependencia funcional entre alternativas a la cárcel por necesidad de prevención especial y cárcel; el espacio de realización de algo distinto de la cárcel, sólo puede construirse porque existe la cárcel. La participación en la actividad especial-preventiva en espacios extramuros está en cualquier modo garantizada por una doble extorsión: bien porque la alternativa a

---

<sup>166</sup> Carlos María ROMEO CASABONA, Peligrosidad y Derecho Penal Preventivo, Casa Editorial Bosch S.A, página 86.

<sup>167</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., 1996, página 42.(b)

139

la cárcel es más "elegible" que la cárcel, en el sentido de que es "preferible" porque produce menos sufrimiento, bien porque la espada de Democles de "acabar" en la cárcel, o sea, donde se sufre más está siempre pendiente como una amenaza. En ausencia de estas dos condiciones, que reafirman la "centralidad" de la cárcel, no hay alguna alternativa a ésta por razones de prevención especial."<sup>168</sup>

MAPELLI/TERRADILLOS<sup>169</sup> señalan que la reclusión superior a unos días origina lesiones tremendamente graves en las relaciones sociales del condenado con lo cual estoy completamente de acuerdo; pero por otro lado, afirman que en el caso de una sanción punitiva de mayor duración dichas lesiones pueden ser compensadas o atenuadas por la intervención de los programas de tratamiento. Con esto último discrepo de forma muy drástica, ya que la pena privativa de libertad, y todo lo que la rodea, no origina más que procesos desocializadores de una irreparabilidad inmensa. No hay programa resocializador que puede ser aplicado coherentemente desde el internamiento en un centro penitenciario. "Cuando se hacen investigaciones sobre la función real de la pena, las ideologías se ven tapadas por los hechos: la prisión, que desde hace dos siglos es la pena por excelencia, no tiene mayor efecto sobre el sujeto, a no ser el de contenerlo y aislarlo del grupo social y deteriorarlo hasta que llega el momento en que no puede vivir fuera de la institución."<sup>170</sup>

Un momento esencial en la utilización práctica de la pena privativa de libertad es su determinación. HASSEMER<sup>171</sup> señala que en esta fase (de determinación) la pena no cumple con el principio fundamental de Defensa del ordenamiento jurídico,

---

<sup>168</sup> PAVARINI, Massimo, ob. cit., 1992, página 78.(c)

<sup>169</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., 1996, página 72.(b)

<sup>170</sup> HIGHTON, Elena I.-ÁLVAREZ, Gladys S.-GREGORIO, Carlos G., ob. cit., 1998, página 19.

<sup>171</sup> HASSEMER, Winfried, ob. cit., 1991, página 26.(d)

138

más bien se asienta en fundamentaciones simbólicas, como la conservación de la confianza del pueblo en el Derecho, o en la invulnerabilidad del sistema jurídico frente al ataque de la criminalidad. “La conservación y promoción de la confianza y fidelidad en el Derecho son procesos comunicativos y de largo alcance con una pléthora de variables cognitivas y emotivas, un engranaje, en el cual las decisiones penales representan sólo un minúsculo tornillo (del cual no siempre se sabe en qué dirección gira).”<sup>172</sup> Es claro que la pena se pone al servicio de la instrumentalización de los seres humanos mediante funciones meramente simbólicas, en las cuales la sociedad busca ser cohesionada en torno a la imposición de ciertos valores. Dicho autor, enfatiza que cuanto más exigente se formulen los fines preventivos de la pena (resocialización, intimidación, reafirmación de las normas fundamentales), cuanto más extensos sean los fines de la pena, más evidentemente se hace su contenido simbólico, en directa relación con una función instrumental del Derecho penal encaminada a transmitir un mensaje de una vida de fidelidad al Derecho<sup>173</sup>.

Resulta también muy difícil de concebir un Derecho penal sin pena privativa de libertad. MAIER<sup>174</sup> señala que en sentido teórico se inclina por una desaparición de dicha pena, pero en el ámbito práctico esto está muy distante, y se inclina por reducir su aplicación al máximo. En mi opinión, se puede dar un paso más e intentar sustituir dicha sanción por otras, y sólo relegarla para muy pocos delitos

### **2.2.2.8.3. El Tratamiento Penitenciario.**

Desde una perspectiva de “psicología social”, la pena privativa de libertad viene demostrando su total fracaso para cumplir con

---

<sup>172</sup> HASSEMER, Winfried, ob. cit., 1991, página 26.(d)

<sup>173</sup> HASSEMER, Winfried, ob. cit., 1991, página 27.(d)

<sup>174</sup> Julio B. J. MAIER, Nuevas Tendencias en el Derecho Penal, entrevista realizada por Julio A. Rodríguez Delgado, en *Ius et Veritas*, año VI, número 11, Lima 1995, páginas 167-169.(h)

137

la función que le ha otorgado la Constitución. Se dice que la pena privativa de libertad debe cumplir función que es imposible de ser alcanzada en el estado actual de la cárcel, aunque el Código de Ejecución Penal de 1991 consagre al Tratamiento Penitenciario<sup>175</sup> como el método para alcanzar la resocialización.

A raíz de haber pasado de una pena a cargo de los juristas a una pena a cargo de los equipos de tratamiento se intenta justificar "científicamente" su aplicación. Pero es evidente que la lógica punitiva no respeta los criterios científicos, ya que es imposible afirmar que la pena privativa de libertad cumple las funciones de reeducación, de resocialización, y de reinserción social que tradicionalmente se le viene adjudicando. No debe olvidarse que el tratamiento requiere de una cooperación de la persona en la transformación de sus hábitos de vida, personalidad, estilo de vida que se juzgen por el equipo de tratamiento como objeto de modificación (la voluntariedad para el tratamiento es un principio fundamental). Ello implica cuestionar de donde surge el derecho del Estado a imponer además de la pena privativa de libertad una especie de metamorfosis de personalidad<sup>176</sup>. Al interno no se le pregunta su opinión a la hora de aplicarle el tratamiento, y en la medida en que dicho tratamiento no es compartido por el condenado, se convierte "en una aflicción añadida a la reclusión y, más exactamente, en una lesión a su libertad moral o interior que se suma a la lesión a su libertad física o exterior que es propia de la pena privativa de libertad."<sup>177</sup> Esta podría ser considerada una de las razones para rechazar el tratamiento penitenciario, es decir, por ser una injerencia injustificable en los derechos

---

<sup>175</sup> Me rehúso a usar el término "delincuente", ya GARCÍA-BORES señala que "la figura de delincuente es planteado como un ser distinto, depositario del problema y sobre el que, por lo tanto, es necesario intervenir.", *Deseos Punitivos y Razones Inconsistentes*, en *El Viejo Topo*, Número 90, noviembre 1995, página 61.(a) Yo estoy seguro que el sólo hecho de usar el término antes referido implica una valoración peyorativa y peor aún, adjudicándole la etiqueta, que nos lleva a la estigmatización.

<sup>176</sup> Sobre su ineficacia en términos resocializadores ver Roberto BERGALLI, *Tratamiento y Políticas Penitenciarias: Una Quimera más de la Reforma Española*, en *La Cárcel en España en el Fin del Milenio*, Editorial Bosch, Barcelona 1999, página 70 y SS.

<sup>177</sup> LARRAURI, Elena, ob. cit., 1996.(f)

individuales del autor de la conducta punible. La segunda razón para la deslegitimación del tratamiento, por entender que carece de sentido resocializar al ofensor para su posterior integración en una sociedad que, en sí misma es criminógena. Por lo tanto, no debe resocializarse o tratarse al autor de la conducta ilícita, sino a la sociedad<sup>178</sup>.

En la cárcel<sup>179</sup>, está en vigor el régimen progresivo, que no es otra cosa que la aplicación de un sistema conductista<sup>180</sup>. Este se encuentra basado en un sistema de premios y castigos, en los que se juega con la libertad de los internos.

En definitiva con este sistema progresivo lo único que se garantiza es la disciplina al interior de la cárcel. Existe en la cárcel una dinámica de carácter represivo muy difícil de controlar, y esto se debe únicamente al régimen disciplinario y jerarquizado, que a su vez es una forma más fácil, cómoda y económica de dirigir un centro penitenciario. En las mencionadas instituciones penitenciarias se intenta reproducir una política de naturaleza represiva sin otro fundamento que el buscar generar en un futuro ciudadanos disciplinados, obedientes <sup>181</sup>. GARCÍABORES <sup>182</sup> señala que la conducta evaluada dentro de la cárcel se encuentra contaminada por el sistema premial. A esto debe agregarse que existe el peligro de que el tratamiento implique también terapias aversivas, duchas frías, entre otras cosas<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> En este sentido se puede apreciar lo señalado por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, ob. cit., 1992, página 31(a), quien aun criticando el tratamiento penitenciario se manifiesta a favor de la aplicación de la pena de reclusión por tener efectos preventivos generales.

<sup>179</sup> Esta alusión a la cárcel europea es pertinente ya que en el Perú no existe el régimen progresivo, pero aun así se importa el sistema conductista, es decir, los premios y castigos se aplican con la finalidad de mantener la disciplina en la institución carcelaria.

<sup>180</sup> Para mayor información ver Josep GARCÍA-BORES ESPI, *Psicología Penitenciaria: ¿Trabajar para quién? Análisis de una Intervención Institucional*, en *Psicología Social Aplicada en los Procesos Jurídicos y Políticos*, editorial EUDEMA S.A., 1993, página 223 y SS.(b)

<sup>181</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., 1986, páginas 185 y 189.(a)

<sup>182</sup> GARCÍA-BORES ESPI, Josep, ob. cit., 1993, página 226.(b)

<sup>183</sup> LARRAURI, Elena, ob. cit., 1996.(f)

Desde otra perspectiva, el trabajo realizado por el equipo de tratamiento dentro de la cárcel se ve obstaculizado por una gran cantidad de problemas penitenciarios, que afectan directamente las condiciones de vida de los internos.

"El hacinamiento, la insalubridad, las deficiencias sanitarias, etc., reflejadas en informes de indudable credibilidad, invalidan, por sí mismas, cualquier pretensión coherente de obtener un éxito reeducador."<sup>184</sup> No podemos caer en la falacia de que la pena privativa de libertad cumple alguna función de las que se le atribuye en los cuerpos normativos. Sólo algunos de los funcionarios encargados de su aplicación defienden la fantasía del éxito de la intervención penitenciaria, pero debemos abrirles los ojos y mostrarles la total ineficacia de dicha medida.

BARATTA<sup>185</sup>, en este sentido afirma que, las investigaciones empíricas sobre los efectos de la aplicación de la pena privativa de libertad y sobre los centros penitenciarios han demostrado de manera indudable la total imposibilidad de una reinserción del autor de un injusto por medio del tratamiento efectuado en el interior de las cárceles. Las cárceles ocasionan el efecto opuesto al buscado, es decir, originan una desocialización del autor.

Por otra parte, el trabajo realizado por los psicólogos resulta utópico, es imposible que su trabajo sea considerado serio, si se sabe que hay un psicólogo por cada 450 o 500 internos<sup>186</sup>. En la gran mayoría de los casos los internos jamás han tenido entrevista con el psicólogo. Con ello lo que se hace evidente es

---

<sup>184</sup> GARCÍA-BORES ESPI, Josep, ob. cit., 1993, páginas 226 y 227.(b)

<sup>185</sup> BARATTA, Alessandro, ob. cit., 1986, página 85.(a)

<sup>186</sup> Esto es evidente en el caso europeo, pero en el caso Latinoamericano resulta aún más dramático, toda vez que la evaluación psicológica deviene en un privilegio que se le otorga a algunos internos, ya que hay un grupo de 10 o 15 psicólogos para cada centro penitenciario, y la población de cada cárcel oscila entre los 1.000 y los 3.500 reclusos, aproximadamente. Otra diferencia destacable se produce al momento de concederse la semi-libertad y la libertad condicional (tercer y cuarto grado en el sistema penitenciario español), puesto que estos -mal llamados- beneficios penitenciarios se otorgan en el Perú por el sólo hecho de haber cumplido una parte de la pena impuesta, y no requiere una evaluación condicionante de los psicólogos.

134

la utilización de los estereotipos, vulnerando una serie de principios garantizadores.

A eso debe agregarse que la pena privativa de libertad es vista por los propios internos como un castigo, o mejor dicho, como una imposición de dolor institucionalizada, en la que los funcionarios del equipo de tratamiento buscan justificar lo imposible. "Para los internos, la percepción de castigo es omnipresente, central, prioritaria, y, por lo tanto, todo aquello que se dé en lo carcelario forma ineludiblemente parte de esta naturaleza, de esta cualidad de <<castigo>>."<sup>187</sup> A ello se le debe agregar que el tratamiento opera como una especie de "chantaje" para alcanzar una libertad anticipada, que en el actual modelo del Código Penal de 1995 queda al arbitrio del juez, corroborado por lo establecido por el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, suprimir esta parte tratamiento penitenciario<sup>188</sup>.

No debe olvidarse que el tratamiento penitenciario deviene en obligatorio cuando el interno es evaluado negativamente si se rehúsa a participar en él (derecho que tiene el interno). En la práctica el interno es compelido a participar en el tratamiento, por los beneficios que significan para la obtención más rápida de su libertad. Esto respondió a una lógica conductiva, como anteriormente se señaló. De igual manera, esto da origen a que el interno asimile la lógica de la cárcel como válida, lo cual es absurdo, ya que no se le puede enseñar a una persona a vivir en libertad privándole de la misma. La cárcel por lo tanto sigue respondiendo al interés de control del Estado. Estado que se encarga también de establecer las conductas catalogadas como delitos. Con lo cual no se puede refutar la afirmación de GARCÍA-BORES que afirma que "la cárcel que, lejos de ser un entorno donde efectuar una intervención psicológica, sigue

---

<sup>187</sup> GARCÍA-BORES ESPI, Josep, ob. cit., 1993, página 229.(b)

<sup>188</sup> Josep GARCÍA-BORES ESPI y José A. RODRÍGUEZ SÁEZ, *El Tratamiento Penitenciario*, en *La Cárcel y el Sistema Penal: Un análisis estructural*, 2ª Edición, Editorial M. J. Bosch, Barcelona 1996, página 197 y SS.(d)

133

siendo lo que siempre ha sido, un lugar donde se contiene a personas que han cometido actos definidos como delito, han sido detenidos, declarados culpables y encerrados durante largos períodos de tiempo. Un lugar donde se implementa un drástico castigo que conduce a un progresivo deterioro psicológico y social."<sup>189</sup> Para poder facilitar esta intervención, la pena asume la forma de tratamiento diferenciado, que se orienta hacia la transformación de la personalidad del condenado mediante su reeducación en los valores sociales dominantes<sup>190</sup>. Esto es tan sólo un disfraz de lo que realmente se hace en la cárcel, en mi opinión, exclusivamente se imparte dolor con la finalidad de disciplinamiento y control.

Asimismo, la cárcel centra su actividad en el sujeto activo de la conducta típica, es decir no se cuestiona el proceso de definición de tal conducta como delito. Por ello, "centrar la atención en el individuo delincuente es la de enmascarar los problemas de origen, y ello lleva a desatender las medidas preventivas. En efecto, uno de los resultados más trascendentes derivados del paradigma etiológico es que los motivos económicos, sociales y culturales que están, de una u otra manera, detrás del acto criminal, pasan a ser considerados meramente como <<circunstancias facilitadoras>>." <sup>191</sup> El proceso de llevar a un Código Penal ciertas conductas no es otra cosa que hacer uso del ius puniendi otorgado al Estado, pero que manifiesta únicamente el poder de unos sobre otros. El propio MIR PUIG <sup>192</sup> afirma que es cuestionable la eficacia adjudicada al tratamiento en condiciones de privación de libertad. Esto puede ser constatado en los altos índices de reincidencia, e incluso puede llevarse al extremo el afán resocializador del tratamiento generando una serie de peligros

---

<sup>189</sup> GARCÍA-BORES ESPI, Josep, ob. cit., 1993, página 232.(b)

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, página 271.(a)

<sup>191</sup> Pep GARCÍA-BORES, Joan PUJOL, Mamen CAGIGÓS, Juan Carlos MEDINA, Joana SÁNCHEZ, Los No-Delincuentes: Cómo los ciudadanos entienden la criminalidad, Edita Fundación "La Caixa", Barcelona 1994, página 35.(c)

<sup>192</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1986, página 50.(b)

132

para las garantías individuales. Incluso se puede llegar a utilizar al tratamiento como una forma de manipulación<sup>193</sup> de los individuos sometidos a dicho tratamiento.

Se debe tener mucho cuidado con las actuales tendencias de sobrepunición, y también con las posiciones funcionalistas para justificar la pena privativa de libertad. En este sentido JAKOBS afirma que “la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma (por <<a costa de>> se entiende en este contexto la pérdida de cualquier bien).”<sup>194</sup>

Es evidente que para JAKOBS la imposición de la pena está fundamentada en la simple infracción de la norma, algo que resulta “funcional” a la lógica punitiva del Estado, y de los ciudadanos que reclaman más punición con desconocimiento absoluto de lo que implica pasar un día en la cárcel<sup>195</sup>. FERRAJOLI<sup>196</sup> le otorga una función retributiva a la pena, con lo cual es más honesto con respecto a aquellos que buscan darle funciones utópicas, como las de prevención especial positiva y negativa y prevención general positiva y negativa, pero le otorga una función garantista a la retribución, algo que de por sí me parece contradictorio, lo cual ha sido ya desarrollado anteriormente en profundidad.

#### **2.2.2.8.4. La Credibilidad de la Pena Privativa de Libertad.**

En la actualidad debe mencionarse muy brevemente la gran crisis de valores en la que se encuentra el país, existiendo por ello un cuestionamiento a todas las instituciones públicas. La que ha soportado las críticas más duras ha sido la

---

<sup>193</sup> En sentido similar se puede ver MAPELLI CAFFARENA, Borja, ob. cit., 1986, páginas 182 y 183.(a)

<sup>194</sup> JAKOBS, Günther, ob. cit., 1995, página 8.(a)

<sup>195</sup> GARCÍA-BORES ESPI, Josep, ob. cit., 1995, página 59 y SS.(a)

<sup>196</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1995, páginas 368 y SS.(a)

Administración de Justicia, de la cual se afirman muchas cosas que no es necesario mencionar. Sin embargo, debe hacerse hincapié en el Control Penal ejercido, el mismo que es muy vago, ambiguo, injusto, inhumano, entre otras características, que deja de enmarcarse dentro del llamado Estado Democrático de Derecho.

Dentro de esta crítica, la pena (sobre todo la Privativa de Libertad<sup>197</sup> que hoy en día está muy lejos de cumplir una función resocializadora, como señala la propia Constitución Política del Perú de 1993), entendida como la sanción aplicable en caso de encontrar culpable a una persona de una determinada conducta típicamente antijurídica, es la que más ataques ha recibido, ya que como parece comprobarse ha fracasado como una medida de control, más bien se ha transformado en una forma legítima de imponer dolor, tal como lo señala CHRISTIE: "Lo que ha desaparecido es la credibilidad en las medidas de control, que solía ser una disfrazada imposición de dolor. Las cárceles están llenas de gente que necesita cuidados y curación; personas con trastornos nerviosos, orgánicos, mala educación: las cárceles son almacenes de personas que sufren privaciones, y que necesitan tratamiento y recursos educativos."<sup>198</sup>

La pena en el Derecho penal peruano se transforma en una manera de impartir dolor a los procesados. Es un instrumento cruel de la Administración de Justicia, que muchas veces no soluciona nada, ni ayuda a los seres humanos relacionados con ella. En este sentido LA TORRE <sup>199</sup> la califica como un

---

<sup>197</sup> "La actual tendencia internacional se aparta de la pena privativa de libertad, que en el ámbito de la criminalidad pequeña y media llega a contemplarse como un obstáculo a la resocialización" Claus ROXIN, La Reparación en el Sistema Jurídico-penal de Sanciones, en **Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: "Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania"**, Madrid 1991, página 21.(c)

<sup>198</sup> CHRISTIE, Nils, ob. cit., 1988, página 65.(a)

<sup>199</sup> "La ejecución de las penas, las cuales hemos dicho, se reducen a amontonar seres humanos en las cárceles, convierte en nuestro país a la pena, en instrumento de sufrimiento para reparar otro sufrimiento y recuperar a los sufrientes a través de la estigmatización, pretendiendo modelarlos practicándoles dolor, para luego soltarlos a una sociedad que los considera algo más que evidente anatema." José Luis LA TORRE C., Reflexiones sobre la Teoría de la Pena, en **DERECHO PENAL: Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera**, Ediciones Jurídicas, página 362.

instrumento de sufrimiento, y cuando se ejecutan, lo que hacen es simplemente amontonar seres humanos en las cárceles. Para agravar aún más la situación, se realiza una selección de procesados, y sólo un grupo de ellos son los que acaban en un Centro Penitenciario.

ZAFFARONI<sup>200</sup> señala que los autores que encontramos en la Cárcel son gente pobre que carece de recursos económicos, y el sistema penal los selecciona adrede, evidentemente esta selección no es casual, pero sí perjudicial. El Sistema Penal actúa bajo la regencia de una "operatividad selectiva y criminalizante: se encarcela y estigmatiza de modo casi exclusivo a quienes provienen de sectores sociales más desfavorecidos, a los individuos desprotegidos por su exposición social, taras personales o marginación. Se trata, en suma, de los que carecen de poder dentro del sistema"<sup>201</sup>.

PAVARINI también afirma que el sistema penal es selectivo, encerrando a su vez un elevado índice de arbitrariedad, "que es más razonable pensar en su sufrimiento <<gratuito>> e <<inútil>> causado <<insensatamente>>, que en una función <<oculta>> y <<material>> dirigida a la conservación y reproducción de determinadas realidades de clase."<sup>202</sup>

Resultaría ingenuo pensar que en la mayoría de los delitos cometidos la pena cumpla la función resocializadora, como lo prevé el Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal de 1991, y de otro lado, el Código de Ejecución Penal del mismo año señala que el objetivo del tratamiento penitenciario es la reeducación, rehabilitación y reincorporación (artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal de 1991) del

---

<sup>200</sup> "Por otra parte, llama también la atención que en la gran mayoría de casos, quienes son señalados como "delincuentes", pertenecen a los sectores sociales de menores recursos. En general, es bastante obvio que casi todas las cárceles del mundo están pobladas de pobres." Eugenio Raúl ZAFFARONI, Manual de Derecho Penal, Parte General, Ediciones Jurídicas, Lima 1987, página 22.(c)

<sup>201</sup> Carlos A. ELBERT, Crisis del Control Social Punitivo en América Latina, en **Boletín de la Comisión Andina de Juristas, N° 30**, Lima **setiembre de 1991**, página 14.(a)

<sup>202</sup> PAVARINI, Massimo, ob. cit., 1987, página 150.(b)

129

interno a la sociedad, objetivos que con la pena privativa de libertad están muy lejos de alcanzarse.

Hoy se establece que la resocialización mediante la reclusión es una falacia, en este sentido ELBERT<sup>203</sup> señala que lo que debe hacerse es reducir las cárceles.

Por otro lado, en la generalidad de los casos la pena contribuye a una aprehensión de la subcultura criminal (llamada Código del Recluso por FLORES MUÑOZ<sup>204</sup>), la misma que tiene su origen y más amplio espacio de aplicación en los Centros Penitenciarios. La subcultura carcelaria o criminal es una inclusión artificial en la esfera de adaptación del interno, suponiendo en todo momento una adaptación anormalizadora, ya que en la prisión priman relaciones de dominación, obediencia irracional, estancia obligada, sumisión, humillación y demás características que la hacen un lugar denigrante. Las normas que rigen la convivencia dentro de la Cárcel son tremendamente perjudiciales y necesariamente violentas, llegan incluso a denigrar al ser humano, colocándolo en situaciones traumáticas. HULSMAN señala que "las reglas de la vida en la prisión hacen prevalecer las relaciones de pasividad-agresividad y de dependencia-dominación, no dejan prácticamente lugar alguno para la iniciativa y el diálogo; dichas reglas alimentan el desprecio de la persona y son infantilizantes"<sup>205</sup>. Las reglas a las que hago referencia son aquellas que se generan en el interior de la cárcel, tanto de índole formal como informal, es decir, a las establecidas por los reglamentos de instituciones penitenciarias y a las establecidas por los propios internos. En este último caso, se puede mencionar entre otras cosas los ritos de

---

<sup>203</sup> ELBERT, Carlos A., ob. cit., 1991, página 20.(a)

<sup>204</sup> Milko Robinson FLORES MUÑOZ, La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal Peruano, Editora Jurídica Grijley, página 89.

<sup>205</sup> Louk HULSMAN - J. Bernat de Celis, Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una Alternativa, Editorial Ariel Derecho, página 51.(a)

128

iniciación, la jerarquía entre los presos, las prácticas homosexuales obligatorias, entre otras.

Dichas reglas no se aplicarían si la situación no fuera un estado de reclusión, sino uno de libertad. La pena se ha convertido, en gran medida, en la consecuencia más negativa del resultado de un proceso penal debido a que el sujeto activo del ilícito penal en la cárcel sufre una serie de situaciones que trastornan su vida. La prisionización<sup>206</sup> tiene efectos muy adversos, y no contribuye en ninguna medida con la ansiada resocialización, FLORES MUÑOZ señala al respecto; "pero, en todo caso, es evidente que la prisionización tiene efectos negativos para la resocialización, difícilmente evitables con el tratamiento. En la cárcel el interno generalmente no sólo no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que, por el contrario, prosigue y aún perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. La cárcel cambia ciertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo."<sup>207</sup>

En la cárcel los internos sufren un proceso de socialización negativa, que dista mucho de una reinserción social. "El sistema de valores que se genera en la diaria y permanente interacción entre internos y personal penitenciario lleva en sí, como característica esencial, la radical contraposición con los fines de la ejecución penal."<sup>208</sup> Desde todo punto de vista la vida dentro de la cárcel ocasiona efectos perversos en los presos, muy opuestos a las finalidades declaradas de la pena privativa de libertad.

La prisión se convierte en un universo lleno de odios, rencores etc., que llevan al condenado a una situación de alienación (deja de ser el ciudadano libre, con condición de ser humano, para

---

<sup>206</sup> Para mayor información de la aparición del término "prisionización" que es producto de la traducción de un vocablo inglés aparecido en la obra de CLEMMER ver Roberto BERGALLI, ¿Readaptación Social por medio de la Ejecución Penal?, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid 1976, páginas 53-60.(b)

<sup>207</sup> FLORES MUÑOZ, Milko Robinson, ob. cit., página 89.

<sup>208</sup> BERGALLI, Roberto, ob. cit., 1976, página 53.(b)

127

pasar a ser un preso al que sólo se le identifica con un número) que no consigue otra cosa que la transformación negativa del ser humano que ingresa a ella.

HULSMAN señala que "el condenado a prisión penetra en un universo alienante en el cual toda relación está falseada, ya que la prisión es mucho más todavía que la privación de libertad y sus secuelas"<sup>209</sup>. El efecto de la prisionización en los internos implica un cambio negativo de personalidad, incluso lleva a asimilar válidamente las reglas de la prisión. BERGALLI<sup>210</sup> afirma que en algunos casos de condenas largas el preso llega a perder incluso el hábito de vivir en libertad. Por lo cual, se puede ver que los efectos del internamiento en un centro penitenciario son muy dañinos.

Por lo tanto, resulta innegable que la pena ha perdido credibilidad, tanto en las personas encargadas de imponerla como jueces y fiscales, así como en los propios sujetos activos del delito. La pena es vista como una manera de perjudicar a los autores de hechos punibles debido a que con ella les truncan toda aspiración a una vida mejor por las consecuencias negativas anteriormente mencionadas.

Más aun la pena se vuelve inútil y refleja tan sólo la violencia de la sociedad, en otras palabras, la pena es instrumento de naturaleza violento y negativo con el que se busca realizar insatisfactoriamente el control social, así lo entiende BARATTA.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> HULSMAN, Louk, ob. cit., 1984, página 50.(a)

<sup>210</sup> BERGALLI, Roberto, ob. cit., 1976, página 55.(b)

<sup>211</sup> "Durante todo este tiempo, "uso alternativo del derecho penal", significará usar el Derecho como instrumento por una rigurosa limitación política y técnica de lo que una vez parecía una útil función pero que hoy aparece cada vez más como la violencia inútil de las penas. Esto implica una concepción instrumental del Derecho penal libre de la ilusión de la instrumentalidad de la pena. Alessandro BARATTA, Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, año I, número 1, Cultural Cuzco S.A. Editores, página 64.(c)

La pena privativa de libertad no está lejos de ser un mal social en lugar de una forma de corregir las conductas ilícitas producidas en la convivencia social; es por ello que HULSMAN señala que el internamiento en un centro penitenciario “no consiste sólo en retirarse del mundo normal de la actividad y del afecto; es también, sobre todo, la entrada en un universo artificial donde todo es negativo.

Tal es lo que hace de la prisión un mal social específico: es un sufrimiento estéril.”<sup>212</sup> Aunque, usualmente se le busca dar una fundamentación.

El sujeto activo de la conducta punible al cumplir su pena ve afectada su integridad psíquica, toda vez que su manera de actuar se ha transformado totalmente como efecto del internamiento en un centro penitenciario.

MAPELLI/TERRADILLOS<sup>213</sup> señalan que la pena tiene efectos muy negativos, que estos efectos no se agotan en el contenido afflictivo material previstos en las normas penales. La desocialización como efecto inseparable de la ejecución penal, la estigmatización que produce un etiquetamiento de por vida del procesado (en este momento aún no hay condena y la pena del proceso ya ocasiona consecuencias devastadoras en estos seres humanos), son sólo una muestra de estos efectos negativos de la pena privativa de libertad. Dicho efecto muchas veces es irreversible y origina serios trastornos en el sujeto activo de la conducta ilícita, en esta línea encontramos el pensamiento de FLORES MUÑOZ.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> HULSMAN, Louk, ob. cit., 1984, página 50.(a)

<sup>213</sup> MAPELLI CAFFARENA, Borja/TERRADILLOS BASOCO, Juan, ob. cit., 1996, página 31.(b)

<sup>214</sup> “Lo que queda fuera de toda duda es que la personalidad del recluso se altera durante el internamiento y dicha modificación puede ser muy profunda y dejar secuelas psíquicas irreversibles, o bien, en el mejor de los casos, temporales si se entiende que el comportamiento exterior del recluso no responde a sus auténticos impulsos, sino que es aparente. Tanto en un supuesto como en el otro, puede concluirse que la prisión afecta negativamente a las posibilidades de resocialización durante el cumplimiento de la pena.” FLORES MUÑOZ, Milko Robinson, ob. cit., páginas 89 y 90. También en el mismo sentido: “un aspecto consustancial a la pena de prisión es el hecho del <<sufrimiento psicológico>> dado que la privación de libertad es física, de movimientos, y sobre todo exige la eliminación de la singularidad e idiosincrasia del sujeto.” MANZANOS BILBAO, César, ob. cit., 1991, página 211. Es por ello que existe una tendencia cuando

125

También hay una progresiva destrucción de su integridad física. Las enfermedades que se transmiten al interior de las cárceles degeneran la vida de los presos, como ejemplo, se puede mencionar las enfermedades infecto-contagiosas (enfermedades de transmisión sexual - SIDA), enfermedades de la piel, entre otras. No es novedad que la estancia en prisión acelera el proceso de deterioro de la vida humana.

La pena (entendida como el castigo del sujeto activo del ilícito penal), lo que hace es muchas veces evitar que el sujeto activo cumpla con reparar a la víctima por el daño causado, muy por el contrario su internamiento evita que pueda realizar el referido pago. ROXIN al respecto señala; "...porque el castigo del delincuente vuelve a perjudicar a la víctima, ya que dificulta la reparación del daño por el delincuente o incluso lo impide por completo. Quien se halla en la cárcel y ha perdido su puesto de trabajo, suele carecer de dinero para indemnizar a la víctima. Y quien debe pagar al Estado una multa, se queda frecuentemente sin medios para entregar también algo al perjudicado."<sup>215</sup>

No debe olvidarse que el propio ROXIN<sup>216</sup> señala que la pena debe ser impuesta como último recurso. Dada la posibilidad de que esta sanción tenga efectos colaterales debe ser impuesta con extremo cuidado, reservándose para los delitos de mayor gravedad cuando no haya otra alternativa. En esto radica el llamado carácter fragmentario del Derecho Penal, que consiste en escoger aquellas conductas que afecten gravemente los

---

en el sistema anglosajón se sentencia conjuntamente a privación de libertad y al pago de una orden de compensación, por lo general en estos casos la pena de prisión es suspendida para que el sentenciado pueda ganar dinero y efectuar el referido pago, en este sentido ver ZEDNER, Lucia, ob. cit., 1996, página 178.

<sup>215</sup> ROXIN, Claus, ob. cit., 1991, página 19.(c)

<sup>216</sup> "... la pena, como la injerencia más grave en la libertad del individuo, sólo puede utilizarse cuando no se dispone de ningún medio más suave para el mantenimiento o la restauración de la pacífica situación política." ROXIN, Claus, ob. cit., 1991, página 23.(c) En este mismo sentido, es decir, la pena privativa de libertad entendida como último recurso del Derecho penal, lo encontramos también en Hans Joachim SCHNEIDER, La Posición de la Víctima del Delito en el Derecho y en el Derecho Procesal Penal, en **DOCTRINA PENAL: Teoría y Práctica de las Ciencias Penales**, Año 12-1989, Ediciones De Palma, Buenos Aires, página 322.

bienes jurídicos penalmente tutelados para sancionarlas con penas privativas de libertad.

PÉREZ PINZÓN <sup>217</sup> al respecto señala que, el carácter fragmentario del Derecho penal se evidencia al escoger sectores de antijuricidad general para convertirlos en antijuricidad penal. De lo anteriormente señalado, se desprende que no toda conducta típicamente antijurídica merece una sanción penal que requiera internamiento en un centro penitenciario; debe reservarse este tipo de medidas para aquellas infracciones que revisten gravedad extrema.

Existe por tanto una paradoja insalvable, desde el punto de vista lógico jurídico, ya que el Derecho Penal “pretende tutelar la libertad privando de libertad”<sup>218</sup>. MIR PUIG<sup>219</sup>, quien se inclina por una aplicación de la privación de libertad, sin embargo, realiza también una afirmación en este sentido, pues señala que es una paradoja insalvable pretender educar para la libertad en condiciones de falta de libertad; con lo cual todo intento resocializador tropieza con un obstáculo muy grande: la prisión. Esto sin lugar a dudas es absurdo, y en la generalidad de los casos negativo. Los efectos de la pena se revierten en la propia sociedad, debido a que con ella se crea autores más peligrosos y avezados. Esto se debe en gran medida al estigma que adquiere el sujeto activo al salir de un Establecimiento Penitenciario; “la prisión no significa jamás otra cosa que un castigo, y el estigma que imprime sobre aquellos a los cuales alcanza se manifiesta, contrariamente al principio proclamado, en la marginación social más o menos definitiva del que sale de

---

<sup>217</sup> “El carácter fragmentario del Derecho penal quiere decir que éste solamente debe escoger ciertos trozos o sectores de la antijuricidad general para convertirlos en antijuricidad penal. Equivale, entonces, a observar todos los comportamientos indebidos que vulneran los intereses jurídicos dentro del grupo social y aprehender exclusivamente aquellos que más hieren los bienes tutelables.” Alvaro Orlando PÉREZ PINZÓN, Derecho Penal Mínimo y Derecho Penal Garantizador, en **DERECHO PENAL: Homenaje al Dr. Raúl Peña Cabrera**, Ediciones Jurídicas, página 493.

<sup>218</sup> “En otras palabras la paradoja radica en que pretende tutelar la libertad privando de libertad, garantizar bienes jurídicos privando de bienes jurídicos.” LA TORRE C., José Luis, ob. cit., páginas 370 y 371.

<sup>219</sup> MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1994, página 145.(d)

la prisión”<sup>220</sup>. Es por ello, que el autor de alguna manera es impulsado por la sociedad a seguir delinquir; le es muy difícil encontrar un puesto de trabajo, incluso a acceder a educación, es poco probable que lo acepten en un colegio, universidad o centro de estudios superiores. Muchos de los procesados sufren aun una pena más grave, con ello me refiero a la detención provisional. “La prisión preventiva, y por otro lado el proceso, como instrumento espectacular de estigmatización pública, antes todavía que la condena, han ocupado ya el lugar de la pena como sanciones del delito o, más precisamente, de la sospecha de delito.”<sup>221</sup> Es claro que la pena irrogada por el propio proceso penal resulta en la gran mayoría de los casos más perjudicial que la pena post-juicio.

En Latinoamérica los porcentajes de preventivos oscila entre el 50% y el 90%, en el caso peruano se trata de un 60% aproximadamente.

No debe olvidarse que en nuestro país la administración de Justicia es excesivamente lenta, por lo que la pena impuesta tardíamente deja de tener los efectos deseados. “Nadie ha puesto en duda que una pena pronta es una condición esencial para la eficacia del sistema de control penal del delito, sobre todo cuando esta eficacia se mide desde el punto de vista de la prevención general.”<sup>222</sup> Es por ello, que en la gran mayoría de casos en que se impone una pena privativa de libertad efectiva, esta no tiene ningún efecto de prevención general, ni positiva ni negativa; actúa muy por el contrario de una forma indudablemente dañosa.

Pero existe en el Derecho Penal otras alternativas, la pena muchas veces debe ser relegada para así poder aplicar otras

---

<sup>220</sup> HULSMAN, Louk, ob. cit., 1984, página 83.(a)

<sup>221</sup> FERRAJOLI, Luigi, ob. cit., 1986, página 40.(c)

<sup>222</sup> Enrique BACIGALUPO, Descriminalización y prevención, en **Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: “Jornadas sobre la Justicia Penal”**, Poder Judicial Número Especial II, Madrid 1987, página 11.(a)

sanciones que tengan mayor efectividad en el control de la delincuencia. GARCÍA VALDÉS señala que “las ventajas de esas medidas alternativas a la pena de prisión son, principalmente, la mayor facilidad para individualizar la sanción, atendidas las circunstancias personales del delincuente; su finalidad readaptadora, frente a los efectos desocializadores de las penas de prisión; y su menor coste con respecto al encarcelamiento.”<sup>223</sup>

Es necesario que se apliquen sanciones de carácter pecuniario en algunos casos, puesto que resultaría más útil a la sociedad en su conjunto. Me refiero a la “reparación”, incluso que no se aplique tan sólo como complemento de la pena, sino como la única sanción para cierto tipo de delitos, debido a que de esta forma el sujeto activo recibe un trato más humano<sup>224</sup> y justo. El Derecho Penal debe actuar como un protector de la persona humana, y muchas veces con la pena se hace todo lo contrario, aunque está concebida para favorecer al autor y a la sociedad, constituye tan solo “una injerencia coactiva del Estado y un perjuicio para el condenado”<sup>225</sup>.

No debemos ser tan ingenuos en creer que la pena tiene alguna utilidad social, ha demostrado una indiscutible ineficiencia en controlar la criminalidad, y es precisamente por ello que debe relegarse su aplicación en muchos supuestos delictivos, sobre todo, en aquellos de naturaleza patrimonial. El fin que el Derecho Penal persigue es garantizar que no haya violaciones a los Derechos Humanos y debe en todo momento salvaguardar

---

<sup>223</sup> Carlos GARCÍA VALDÉS, *Alternativas Legales a la Privación de Libertad*, en *Poder y Control* N° 0, Editorial P.P.U., Barcelona, 1986, página 191.

<sup>224</sup> En este sentido el propio Roxin ya había señalado que la reparación es de mayor utilidad que la aplicación de una pena de internamiento: “Sin, embargo, la reparación puede, sin duda, ampliar y completar el arsenal de reacciones jurídicopenales, en tanto que el delincuente es tratado más humanitariamente y a la víctima se le ayuda más eficazmente de lo que había sido posible hasta ahora.” ROXIN, Claus, ob. cit., 1991, páginas 22 y 23.(c)

<sup>225</sup> Claus ROXIN, *Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad*, en *Determinación Judicial de la Pena*, Editores de El Puerto S.R.L., Buenos Aires 1993, página 49.(e)

121

la paz social<sup>226</sup>, tiene por tanto una función garantista. Esta función debe cumplirse estrictamente, de ello depende que la sociedad confíe en las instituciones encargadas del control penal.

En el Perú y en países como el nuestro, la pena no cumple otra función que la de ser un instrumento de retribución. No nos podemos imaginar qué otra función puede cumplir en las condiciones en la que ésta se ejecuta, es decir, en las condiciones carcelarias de nuestro sistema penitenciario. Lejos de ser un mecanismo de control social efectivo la pena es reflejo de una sociedad violenta, y de un Estado incapaz de controlar dicha violencia con mecanismos más útiles y efectivos, lo que hace es responder con más violencia. BARATTA<sup>227</sup>, en este sentido es muy claro al señalar que, el sistema penal produce altos costos sociales y efectos muy graves sobre la posible resocialización del sujeto activo del injusto penal, a su vez la pena privativa de libertad tiene efectos disgregantes en el ámbito familiar y social del detenido, además de la estigmatización penal que impide en todo sentido la reinserción del autor del hecho punible en la sociedad. A todo esto debe agregarse la desconfianza producida por la percepción del funcionamiento selectivo y desigual del sistema penal, que sólo genera pavor en los ciudadanos.

No podemos negar que en la actualidad el Derecho Penal está asumiendo un rol simbólico, es bajo este marco que el sujeto queda transformado "... en portador de una respuesta penal simbólica, de una función preventiva e integradora, que se

---

<sup>226</sup> La función garantista que debe tener el Derecho, no es una novedad, pero lo que se señala al respecto del Derecho Penal, es interesante citar: "... es clara la necesidad del Derecho penal como garantizador y protector de la persona humana. Por ello su función ha de efectuarse en salvaguarda de la paz social, y aunque es un hecho que la paz social y jurídica no se logra únicamente estableciendo penas para solucionar las conductas sociales perjudiciales, al menos se busca hacer más posible la convivencia de unos con otros." LA TORRE C., José Luis, ob. cit., páginas 358 y 359.

<sup>227</sup> Alessandro BARATTA, Integración-Prevención: Una "Nueva" Fundamentación de la Pena dentro de la Teoría Sistémica, en **DOCTRINA PENAL: Teoría y Práctica de las Ciencias Penales**, Año 8-1985, Ediciones De Palma, página 17.(d)

realiza “a su costa”...”<sup>228</sup>, en otras palabras, se justifica una política penal en sí misma y no bajo una auténtica política de reintegración social, que tenga como finalidad principal la resocialización del autor, y no, como actualmente está sucediendo, en la aplicación de la pena cuya fundamentación se basa en la propia pena.

No puede hablarse de la primacía de principios garantistas en el ordenamiento penal peruano, si la concepción empírica de la pena demuestra, entre otras cosas, que el Principio de Humanidad de las Penas es violado de manera constante. Este principio tiene su origen en el surgimiento del Derecho penal moderno<sup>229</sup>, que implica que las sanciones jurídico-penales deben respetar la dignidad del ser humano. Este principio, al igual que el principio de subsidiariedad, no se encuentra expresamente previsto en el ordenamiento punitivo, pero es otro principio supralegal de importancia mayúscula, pues proscribe la aplicación de penas inhumanas o degradantes.

En el momento de aplicación de las penas, los condenados tienen derecho a ocupar establecimientos penitenciarios sanos y convenientes<sup>230</sup>. Dicho principio se encuentra concatenado con la normatividad correspondiente a los Derechos Humanos, pues la aplicación de las penas, sobre todo, las privativas de libertad deben estar enmarcadas dentro de un respeto absoluto a la condición de seres humanos que todos tenemos. Dentro de la aplicación progresiva de este principio, se busca gradualmente que la privación de libertad sea sustituida por otras sanciones menos dolorosas, menos violentas, y que sí ofrezcan una verdadera resocialización al penado. Dada la situación carcelaria de nuestro país, en condiciones de hacinamiento, de

---

<sup>228</sup> BARATTA, Alessandro, ob. cit., 1985, página 20.(d)

<sup>229</sup> Debe recordarse que el sistema de sanciones en el Antiguo Régimen se caracterizó, esencialmente por penas corporales. Para mayor información ver RIVERA BEIRAS, Iñaki, ob. cit., 1996, capítulo primero.(b)

<sup>230</sup> Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, Editorial Cultural Cuzco, Lima 1990, página 52.

riesgo de adquirir cualquier enfermedad, de sufrir cualquier lesión física o psicológica. PRADO, al respecto destaca que, “la sanción punitiva, por consiguiente, no debe servir para atemorizar a la población, ni para la realización de fines meramente retribucionistas o sobrecriminalizadores”<sup>231</sup>. En otras palabras, la pena debe estar orientada a la preservación de la confianza social que debe generar en la colectividad, y a la defensa de bienes jurídicos penalmente tutelados; y bajo ninguna etiqueta engañosa debe usarse arbitrariamente por el Estado como un mecanismo perturbador de la seguridad y tranquilidad social, o como una forma burda de realizar una estigmatización y selección de los individuos que posteriormente serán reclusos en las cárceles, por la ineficacia del Estado de posibilitar una adecuada educación del autor del hecho punible, ni brindarle otra alternativa a la criminalidad.

### **2.2.3. MARCO JURÍDICO.**

#### **2.2.3.1. Marco Jurídico Nacional sobre la regulación de la Pena Privativa de Libertad.**

Es importante detallar que, respecto a la finalidad de la Pena Privativa de Libertad y los derechos humanos, la Constitución Política del Perú establece lo siguiente: • Artículo 55°. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. • Cuarta Disposición Final y Transitoria. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

##### **2.2.3.1.1. La Constitución Política de 1993:**

---

<sup>231</sup> Víctor PRADO SALDARRIAGA, Comentarios al Código Penal de 1991, Editorial Alternativas S.R.L., Lima 1993, páginas 26 y 27.(b)

**“Título IV de la Estructura del Estado Capítulo VIII Poder Judicial Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”**

Por lo expuesto líneas supra, la Función de la Pena Privativa de Libertad en el Ordenamiento Jurídico nacional, tiene su fuente directa en la Constitución Política del Estado, y encuentra su fundamento esencial en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Así mismo, el texto constitucional señala, sentando las bases sobre las cuales se ha de desarrollar su cuerpo normativo que:

➤ **Art. 1:** “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

#### **2.2.3.1.2. Normas legales que regulan la función de la pena privativa de libertad.**

En nuestro ordenamiento a pesar que la Constitución contiene en términos generales, los principios y derechos fundamentales que deben ser respetados para toda persona independientemente de su condición jurídica, es preciso señalar que son las normas de rango infra constitucional las que establecen de manera concreta la finalidad de la Pena Privativa de Libertad y su aplicación. Así, el Código de Ejecución de Penal con rango de ley y otras normas de rango reglamentario, en su mayoría directivas y disposiciones expedidos por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) son las encargadas de delimitar la función de la Pena Privativa de Libertad y el régimen de vida de los reclusos, así como su tratamiento penitenciario.

Por tanto en el plano infraconstitucional, existen disposiciones en distintos cuerpos normativos, que regulan la función de la pena privativa de libertad, los cuales son:

- **El Código Penal.** Decreto Legislativo N° 635 Promulgado: 03-04-91 Publicado: 08-04-91, el mismo que establece respecto a la función de la Pena Privativa de Libertad en su **TITULO PRELIMINAR: Principios Generales - Fines de la Pena y Medidas de Seguridad.**

➤ **Artículo IX.-** La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

### **TITULO III DE LAS PENAS - CAPITULO I**

#### **CLASES DE PENA:**

- **Artículo 28.-** Las penas aplicables de conformidad con este Código son:
- Privativa de libertad;
  - Restrictivas de libertad;
  - Limitativas de derechos; y
  - Multa.

#### **SECCION I - PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD:**

➤ **“Artículo 29.- Duración de la pena privativa de libertad.** La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.”

- **El Código de Ejecución Penal D. Leg. N° 654. TITULO PRELIMINAR**

#### **Objeto de regulación:**

➤ **Artículo I.-** Este Código, de acuerdo con el artículo 234 (este Código aun hace referencia a la Constitución Política de 1979) de la Constitución Política del Perú, regula la ejecución de las siguientes penas dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes:

- 1.- Pena privativa de libertad.

2.- Penas restrictivas de libertad.

3.- Penas limitativas de derechos.

Comprende, también, las medidas de seguridad.

#### **Objetivos de la Ejecución Penal:**

➤ **Artículo II.-** La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al procesado, en cuanto fuera pertinente.

#### **Principio de Humanidad. Recomendaciones de las NN.UU.**

➤ **Artículo X.-** El Sistema Penitenciario acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

### **TITULO III: TRATAMIENTO PENITENCIARIO**

#### **CAPITULO PRIMERO - DISPOSICIONES GENERALES**

##### **Objetivo del tratamiento penitenciario.**

➤ **Artículo 60.-** El tratamiento penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad.

#### **2.2.3.1.3. La finalidad de la Pena Privativa de Libertad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

Del marco teórico expuesto líneas arriba, queda claro que hoy en día la finalidad de la pena es enfocada a la luz de las teorías relativas.

Sin embargo, resulta importante, a efectos de analizar si el principio de resocialización opera de la misma manera en el régimen penitenciario que en la pena, observar la manera en que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha recogido las teorías de la pena y así, señalar cuál es la teoría que ha recogido nuestro ordenamiento.

Así, en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en materia de legislación antiterrorista señala que “al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”<sup>232</sup>

En este sentido, el Tribunal Constitucional en esta misma sentencia hace referencia al carácter rehabilitador de la pena indicando que “el carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad”.<sup>233</sup>

Líneas más adelante, en la misma sentencia, el Tribunal al referirse a las penas privativas de la libertad señala que “la justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, “si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de

---

<sup>232</sup> Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 179.

<sup>233</sup> Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 188.

hacerlo”<sup>234</sup> Esta teoría (...) es la negación absoluta del principio, derecho a la dignidad humana, (...).”. Por otro lado, en el proceso de inconstitucionalidad contra la ley que equiparaba para efectos del cómputo de la pena, el plazo de detención domiciliaria con el de detención preventiva, el Tribunal Constitucional aprovecha para desarrollar de modo dogmático el contenido de las tres teorías arriba mencionadas, para luego señalar cuál a su parecer habría recogido nuestra legislación y ordenamiento constitucional. Así, el Tribunal Constitucional desarrolla las referidas teorías de la siguiente manera:

**A) Teoría de la retribución absoluta** “(...) Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.<sup>235</sup>

**B) Teoría de la prevención especial** “(...) centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y

---

<sup>234</sup> Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 208.

<sup>235</sup> Exp. 0019-2005-AI /TC. Fundamento Jurídico N° 30.

reincorporación del penado a la sociedad.”<sup>236</sup> “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: *Determinación judicial de la pena*. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28) **C) Teoría de la prevención general** “(...) circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo: “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de

<sup>236</sup> 58 Exp. 0019-2005-AI / TC Fundamento Jurídico N° 31

confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28)<sup>237</sup>. **D) Teorías de la unión.** Sobre estas teorías señala exactamente lo que hemos reproducido en el punto anterior. De este modo, luego de haber expuesto el contenido de las señaladas teorías de la pena, el Tribunal explica bajo los siguientes argumentos el modelo o teoría que nuestro ordenamiento ha adoptado: “Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática. (...) En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del

---

<sup>237</sup> Exp. 0019-2005-AI / TC Fundamento Jurídico N° 32.

Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44° de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).<sup>238</sup>

En este sentido, resulta importante lo señalado por el profesor Iván Meini quien indica que “si con la imposición de la pena se persigue únicamente que el sujeto respete las Pero si analizamos los extractos a los cuales hemos hecho referencia podemos observar que por un lado la sentencia de inconstitucionalidad expedida en materia de legislación antiterrorista señala que nuestro ordenamiento ha recogido la teoría de la prevención especial positiva al considerar que la pena se dirige al reo refiriéndose al principio de resocialización o finalidad resocializadora del régimen penitenciario. Mientras que en la sentencia en la cual evalúa el arresto domiciliario y su equiparabilidad con la detención preventiva señala que el ordenamiento peruano contempla tanto la prevención general como la especial. Sin embargo, efectúa un desarrollo particular de la denominada prevención especial, pues menciona una prevención especial de efecto mediato y otra de efecto inmediato. Así, por prevención especial de efecto inmediato entiende la imposición del quantum de la pena, la cual es el instrumento por el cual el penado empieza a internalizar la “seriedad” de su conducta y así

---

<sup>238</sup> Exp. 0019-2005-AI / TC Fundamentos Jurídicos N° 38-41.

darse cuenta de los efectos negativos que ha tenido su conducta delictiva y evitar así el camino a la reincidencia. Mientras que a la prevención especial de efecto mediato le será atribuido el carácter resocializador de la ejecución de la pena. Esta diferenciación es interesante, ya que plantea de alguna manera una línea entre: (i) lo que propiamente es considerada la finalidad de la pena y (ii) la fase de ejecución de la pena. Así, consideramos que la finalidad de la pena es aplicada a cualquier tipo de pena, sea ésta privativa de la libertad o no.

En este sentido, resulta importante lo señalado por el profesor Iván Meini quien indica que “si con la imposición de la pena se persigue únicamente que el sujeto respete las reglas de convivencia social, luego es posible pensar que la pena, por más trágica y cruel que pueda ser, sí puede alcanzar los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación. (...) el aprendizaje de un uso responsable de la libertad que realiza el condenado opera mediante la llamada prevención especial negativa; que es tanto como recurrir a la intimidación para lograr que el delincuente no reincida. Esta opción es en mi concepto, la única absolutamente coherente con el respeto a la libertad de pensamiento del sujeto. Ya que cualquier intento de utilizar la pena como mecanismo de imposición de ideas, valores o principios (...) termina acotando el ámbito de libertad de pensamiento y libre desarrollo de su personalidad.”<sup>239</sup>

**A) Contenido constitucional del régimen penitenciario y sus elementos rectores.** De este modo, observar el principio de resocialización en el marco de la prevención especial negativa o la prevención especial de efecto mediato, nos ayuda a establecer el nexo entre la finalidad de la pena y la finalidad del régimen penitenciario. Como señalamos líneas arriba, existe cierta confusión cuando se aborda la finalidad de la pena y la finalidad del régimen penitenciario, pues se considera que el principio de resocialización es la finalidad tanto de la pena como del referido régimen. Sin embargo, de acuerdo a

<sup>239</sup> Meini, Iván. Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal. Lima. Ara Editores. 2009. p. 310.

los argumentos expuestos podemos afirmar que el principio de resocialización es un principio que guía la ejecución de la pena y la actuación de la Administración Penitenciaria. Y además, tal como señaláramos líneas arriba, este principio opera a un nivel cognitivo, es decir, no pretende cambiar el modo de pensar o el conjunto de creencias del imputado, pues eso implicaría violar incluso la libertad de conciencia y pensamiento del sujeto, pues no se trata de que el penado internalice en un plano subjetivo el mandato de resocialización sino que en un plano cognitivo u objetivo tome conciencia del mismo. De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, tener claro el contenido constitucional de lo que se denomina “régimen penitenciario” es sustancial a fin de poder observar en los capítulos posteriores si el régimen de vida y la limitación impuesta al ejercicio de ciertos derechos fundamentales de los reclusos son adecuados.

En nuestro ordenamiento, tal como ya hemos indicado la Constitución Política señala en el artículo 139 inciso 22 que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, siendo estos tres elementos los pilares o principios orientadores de la estructura del régimen de vida que se le impone al interno.

Asimismo, el Reglamento del Código de Ejecución Penal define al régimen penitenciario en su artículo 56 como “el conjunto de normas o medidas que tiene por finalidad la convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento penitenciario”, es decir, es el régimen o la dinámica de vida impuesta por la Administración Penitenciaria a los reclusos.

Como veremos más adelante, en nuestro ordenamiento se han configurado diversos regímenes penitenciarios para poder ordenar la vida del interno en el penal, no obstante, alguno de los regímenes impuestos años atrás, olvidaron que las normas de conducta impuestas al interno deben tener como características fundamentales la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado.

Para el Tribunal Constitucional peruano el régimen penitenciario “se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, (...), al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad”<sup>240</sup>

En este sentido, estos tres elementos determinan “que la protección [del recluso] debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad del recluso e, incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de reclusión, detención o internamiento”<sup>241</sup>

En relación a la **resocialización del interno**, ésta debe ser definida como “un proceso de adaptación del condenado, debidamente individualizado, y adquiere particular importancia durante la ejecución de la pena. (...) [Por ello,] el cumplimiento de las penas que comportan la afectación de la libertad del implicado, impone la necesaria disposición de establecimientos adecuados y la adopción de todo un sistema penitenciario, cuyo componente jurídico se edifique sobre la base del reconocimiento insoslayable de la dignidad humana y del respeto riguroso a los derechos humanos del recluso, sujeto pasivo de una relación especial de sujeción, gobernada por un régimen

---

<sup>240</sup> Exp. N° 010-2002- AI/TC. Fundamento Jurídico N° 180.

<sup>241</sup> Exp. N° 2276-2005-PHC/TC. Fundamento Jurídico N° 2.

igualmente especial orientado hacia el logro cabal de las funciones que el ordenamiento le atribuye a la pena”. Bajo este marco, resulta necesario comprender los alcances y contenido constitucional de los tres elementos que componen el régimen penitenciario. Así, la jurisprudencia se ha encargado de definirlos de la siguiente manera:<sup>242</sup>

En cuanto a la **reeducción**, nuestra jurisprudencia constitucional ha establecido que “la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)”.<sup>243</sup>

Por otro lado, respecto a la **rehabilitación**, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que ésta tiene “la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad”<sup>244</sup>

Asimismo, es importante señalar que “el ideal rehabilitador ha sido un detonante de mejoras” y reflejo de la humanización de las condiciones de reclusión.<sup>245</sup>

Finalmente, nos parece indispensable rescatar que, a decir del Tribunal Constitucional, de “las exigencias de “reeducción”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha

<sup>242</sup> Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 549/94. Párrafo “b”.

<sup>243</sup> Exp. 0019-2005-PI/TC. Fundamento Jurídico N° 40.

<sup>244</sup> Exp. N° 010-2002- AI/TC. Fundamento Jurídico N° 188.

<sup>245</sup> Redondo, Santiago. En: Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales: Jornadas Penitenciarias. Barcelona: Editorial Bosch. 1994. p. 145

de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad”.<sup>246</sup>

Incluso, señala el máximo intérprete de la Constitución “que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal”. Esto último resulta especialmente relevante a efectos la manera en que opera o no el principio de resocialización en los internos<sup>247</sup>

Sin duda, lo expuesto revela la importancia y nivel de actuación del principio constitucional de resocialización, tanto como finalidad del régimen penitenciario como efecto mediato de la prevención especial.

Finalmente, es importante reafirmar que una “reinterpretación del concepto de resocialización debe tomar en cuenta necesariamente tres consideraciones a efectos de hacerla mínima compatible con nuestro modelo de Estado democrático de Derecho asentado sobre el valor de la dignidad de la persona. En primer término, debe considerarse que (...) la ejecución de la pena privativa de la libertad debe ser orientada a hacer menos gravosa la situación del condenado y a evitar su desocialización. (...) En segundo lugar, la resocialización debe entender al condenado (...) como un sujeto de derechos (a excepción de la restricción de la libertad) (...). Finalmente, la resocialización en concreto la reinserción social, debe pretender también corregir las

---

<sup>246</sup> Exp. N° 010-2002- AI/TC. Fundamento Jurídico N° 182.

<sup>247</sup> Exp. N° 010-2002- AI/TC. Fundamento Jurídico N° 186.

condiciones de exclusión social de los grupos de donde proviene el condenado”<sup>248</sup>

## **B) El tratamiento penitenciario**

Para muchos, el régimen y el tratamiento penitenciario tienen una misma acepción, no obstante, es necesario aclarar que son instituciones diferentes, las cuales operan bajo una misma finalidad: buscar la resocialización, la reeducación y la rehabilitación del interno.

Conceptualmente, el tratamiento penitenciario es “el eje de la actividad penitenciaria, es el mecanismo para llevar a cabo la intervención rehabilitadora, la meta que oficialmente tiene encomendada la cárcel”<sup>249</sup>. En nuestro ordenamiento el tratamiento penitenciario está diferenciado del régimen penitenciario, definiéndolo de la siguiente manera: “conjunto de actividades encaminadas a lograr la modificación del comportamiento del interno, con el fin de resocializarlo y evitar la comisión de nuevos delitos. El tratamiento penitenciario es progresivo y comprende el desarrollo de programas de resocialización del interno en forma individualizada y grupal según la naturaleza de la atención. Será aplicado en forma multidisciplinaria por los profesionales y técnicos de tratamiento, promoviendo la participación del interno, así como de instituciones públicas o privadas, la familia y la sociedad”.<sup>250</sup>

Por su lado, la Defensoría del Pueblo ha definido al denominado “Tratamiento penitenciario” como “la aplicación de un conjunto de medios aplicados por la administración penitenciaria, y tiene los siguientes elementos: • Elementos formativos.- Destinados a dotar al interno de instrumentos para su adaptación a sociedad en libertad, que pueden incidir en una enseñanza escolar, técnica o superior, así como la formación en otros conocimientos que mejoren la capacidad técnica, académica o profesional para desarrollarse en libertad. • Elementos psicosociales.- Que se dirigen al tratamiento de la personalidad del

---

<sup>248</sup> Montoya, Iván. Reeducación, rehabilitación y reincorporación social del penado. En: La Constitución comentada. Lima. Gaceta Jurídica. 2005. p. 637-638.

<sup>249</sup> Rivera, Iñaki. La cárcel en el sistema penal. Barcelona: Editorial Bosch. 1995. p. 149.

<sup>250</sup> Artículo 97 del Reglamento del Código de Ejecución Penal.

interno que pudieran evitar la comisión de una nueva conducta delictiva, las que pueden implicar la mejora de su aptitud social (habilidades sociales), y las destinadas a controlar eventuales psicopatologías y las conductas agresivas. • Elementos de preparación a su reinserción a la vida en libertad.- Que buscan adecuar las condiciones necesarias para que el retorno a la libertad no sea abrupto, sino que se encuentre precedido de contactos previos”<sup>251</sup> De este modo, según nuestra normativa, en el marco de la aplicación del tratamiento penitenciario, la Administración Penitenciaria deberá llevar a cabo las siguientes líneas de acción: “ Desarrollará programas de trabajo y educación de acuerdo con las aptitudes y actitudes del interno; Brindará servicios asistenciales de índole sanitaria, social, legal y psicológica y otros que coadyuven a la rehabilitación del interno; Estimulará la participación activa del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento; y, Desarrollará otras acciones orientadas a lograr la resocialización del interno”<sup>252</sup>

Como podemos observar, el trabajo, la educación, la salud, la asistencia social, legal y psicológica forman parte del tratamiento penitenciario que debe ser brindado a los internos. Asimismo, no hay que perder de vista, que el trabajo, la educación, la salud y la asistencia legal son derechos fundamentales de todo individuo por lo que la Administración Penitenciaria tiene la obligación de programar diversas acciones para que estos derechos puedan llevarse a cabo sin ningún problema al interior de la prisión.

Precisamente, sobre esto último la Defensoría del Pueblo ha remarcado que “[no todos los elementos o líneas de acción que forman parte del tratamiento penitenciario según la legislación] necesariamente pueden ser considerados como propios del tratamiento, como en el caso de la asistencia legal que tiene una mayor relación con el derecho de defensa. La salud ha sido considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho

---

<sup>251</sup> Defensoría del Pueblo. Supervisión del sistema penitenciario 2006. p. 94

<sup>252</sup> Artículo 99 del Reglamento del Código de Ejecución Penal

fundamental y la asistencia religiosa depende de una participación externa a la administración penitenciaria”<sup>253</sup>

Consideramos que lo que busca el tratamiento penitenciario el cual, es voluntario para los internos en condición de procesados, es llevar a cabo un programa que le permita al interno hacer más resistible su vida al interior del establecimiento penitenciario- obviamente, dependiendo del régimen que se le haya impuesto y así, de manera progresiva brindar al recluso la posibilidad de reincorporarse a la sociedad. Por ello, nos atreveríamos a decir que el tratamiento penitenciario actúa de manera paralela al régimen penitenciario, pues será el régimen el que indique el margen de acción y movimiento que tendrá el recluso al interior del penal. Por ello, dependiendo del régimen de vida que se le haya establecido, dependerán también las posibilidades que tenga el interno de recibir un tratamiento penitenciario en el marco de todas las líneas de acción y programas que hemos señalado. No obstante, los programas de salud deberán impartirse sin importar el régimen al cual esté adscrito un interno, pues la conservación de un buen estado de salud le permitirá desenvolverse al interior de la cárcel y poder alcanzar la finalidad del régimen penitenciario que le ha sido impuesto; en pocas palabras el tratamiento penitenciario es el vehículo para alcanzar los elementos rectores del régimen penitenciario arriba descritos.}

### **C) El principio de resocialización y la cadena perpetua.**

Abordar este punto nos parece fundamental, ya que sin duda, la cadena perpetua es la pena máxima que implica la inexistencia de un plazo de término de la pena privativa de la libertad, lo cual nos pone frente a la siguiente interrogante: ¿Podemos hablar de prevención especial negativa en este tipo de pena? o dicho en otras palabras, ¿opera en este tipo de pena, la finalidad del régimen penitenciario?. Al respecto, nos parece importante tomar algunas ideas básicas de Lina Mariola Díaz Cortés, quien analiza el cumplimiento del mandato del principio de resocialización vs. la cadena perpetua en la propuesta de

---

<sup>253</sup> Defensoría del Pueblo. Supervisión del sistema penitenciario 2006. p. 95

reforma constitucional en Colombia a efectos de imponer esta pena máxima para los delitos sexuales cometidos contra los menores, como por ejemplo, la violación sexual.

Así, la referida especialista hace referencia a Carnelutti para señalar que “no resulta conciliable partir de la reeducación del condenado y aplicar la prisión perpetua. (...) en la medida en que la cadena perpetua excluye el retorno del condenado para proteger a la sociedad. (...) La prisión perpetua no resulta coherente con el objetivo de la reeducación, ya que constituye un tratamiento contrario al sentido de humanidad”<sup>254</sup>

De este modo, “es evidente que si la pena privativa de la libertad se debe dirigir a la resocialización, reeducación o reinserción social, debe existir una limitación en su duración, ya que desde el punto de vista psíquico puede conducir al aniquilamiento de la personalidad del interno. (...) La cadena perpetua no se justifica (...) porque excluye al delincuente del concepto de persona y con ello vulnera principios como el de proporcionalidad y el de igualdad en la imposición de la pena”<sup>255</sup>

Concordamos con las ideas expuestas en los párrafos anteriores, pues sería absurdo pensar que la cadena perpetua tiene como finalidad buscar o lograr la resocialización del penado. En este sentido, este marco conceptual nos servirá para analizar en el capítulo 4 la manera en que ha sido abordada la cadena perpetua en nuestra jurisprudencia constitucional.

#### **D) ¿El reincidente forma parte del ámbito sobre el cual opera el principio de resocialización?**

Hablar de los reincidentes resulta interesante a efectos de analizar si la existencia de esta figura y la manera como viene siendo tratada a nivel legislativo considera o no el principio de resocialización, o si en todo caso, solo nos queda aceptar que cuando nos referimos al

---

<sup>254</sup> Díaz Cortéz, Lina. Reflexiones sobre la propuesta de reforma constitucional en Colombia para la introducción de la cadena perpetua: respuesta al « sexual predator » en los delitos contra menores. En: Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Año 2009, Vol. 30, N° 88. p. 158.

<sup>255</sup>

“reincidente” hemos retrocedido a la aplicación del denominado “Derecho penal del enemigo” o a la aplicación de la denominada “Ley del talión”, el “ojo por ojo y diente por diente”.

Así, es evidente que en nuestro país la normativa existente para regular el tema de los reincidentes ha tendido a endurecerse cada vez más, muestra de ello son las tres últimas reformas legislativas, ubicadas en el año 2006, 2009 y la más reciente de agosto de del 2010, siendo la primera de ellas objeto de un proceso de inconstitucionalidad en el año 2007, en la cual el Tribunal Constitucional falló a favor de la constitucionalidad de la norma impugnada que regulaba el tema de la reincidencia. Si bien, el análisis efectuado en este trabajo responde a una línea de análisis constitucional, en este punto nuevamente nos vemos en la necesidad de recurrir de manera general al Derecho Penal a fin de observar que la figura del reincidente y la dureza con la que al menos en nuestro ordenamiento la contempla, evidencia que nuestro sistema penal no cree en la posible reeducación, rehabilitación o posterior resocialización del denominado reincidente. Asimismo, teniendo en cuenta que el punto en el que podían converger la finalidad de la pena y la finalidad del régimen penitenciario era la prevención especial de efecto mediato, la cual hace referencia a la resocialización del pena; es evidente que en este caso, de ninguna manera se observa la intención de querer poner en práctica la referida prevención especial, pues se parte de la premisa que este sujeto tiene una fuerte resistencia a aceptar en un plano objetivo cognitivo la necesidad de cumplir las normas existentes en el ordenamiento jurídico. Incluso, en este caso también cabe cuestionarnos hasta qué punto el propio régimen penitenciario puede cumplir su finalidad, pues si asumimos que al reincidente se le aplica una normativa o lo que es peor un sistema penitenciario más duro que el normal, será necesario también observar si en el régimen penitenciario que se le imponga existirán las condiciones necesarias para que la rehabilitación y la reeducación, ambos integrantes del principio resocializador, puedan llevarse a cabo. Esto último nos parece importante, pues la reciente modificatoria a

nivel legislativo ocurrida el pasado mes de agosto de 2010 en nuestro país contempla la posibilidad de restringir el acceso a la solicitud de determinados beneficios penitenciarios para el caso de los reincidentes. Todo esto nos lleva a cuestionarnos sobre la teoría que en la práctica es recogida por nuestra legislación sobre la finalidad de la pena y el nivel de aplicación o efectividad que tendrá la finalidad del régimen penitenciario en estos casos.

**E) ¿Cómo opera el principio de resocialización para el caso de los “arrepentidos”**

En este punto, queremos aprovechar para llamar la atención de manera muy breve sobre la operatividad o no del mandato de resocialización, entendiendo este mandato desde la perspectiva bajo la cual ha sido definido en este trabajo para el caso de los delincuentes que manifiestan su arrepentimiento por el delito cometido y tal como prevé la legislación, llegan a colaborar con el sistema penal, a fin de esclarecer los hechos del delito cometido de manera más rápida. O incluso, para los casos en los cuales el delincuente no espera a ser descubierto, sino que se entrega a la justicia de manera voluntaria. Sin duda, los beneficios de este arrepentimiento se pueden observar mejor en crímenes organizados como la corrupción, donde el arrepentimiento va de la mano con la referida colaboración del delincuente en proporcionar información, datos, etc. En nuestro sistema, una de la leyes más conocida sobre este tema es la Ley que se expidió en materia de arrepentimiento terrorista. Sin embargo, cuando hablamos de arrepentimiento no solo debemos pensar en la famosa Ley de arrepentimiento en materia de terrorismo, sino tal como señalamos líneas arriba, vincular las situaciones en las que el delincuente voluntariamente se entrega a la justicia o en todo caso, referimos también a quienes una vez estando procesados se “arrepienten” del ilícito cometido e inician un proceso de colaboración con el propio sistema judicial, con la finalidad de esclarecer los hechos de una manera rápida. Sin embargo, si partimos de la premisa que la resocialización involucra un grado de conocimiento objetivo de parte

del delincuente de que una vez cumplida la pena que se la ha asignado tiene que respetar las normas existentes en el ordenamiento para poder vivir en armonía con los demás, mas no implica que el sujeto haya interiorizado en un plano subjetivo tales normas, pues eso implicaría ir en contra del propio derecho a la libertad de pensamiento de la persona, en el caso de un arrepentido nos preguntamos: ¿llegar a operar para estas personas el principio de resocialización? ¿En qué momento opera este principio?

Para el caso de las personas que se entregan libremente a la justicia consideramos que la resocialización opera casi de manera invisible, pues precisamente el acto de entregarse ha implicado que sin necesidad de que se le imponga una pena y que esta se ejecute, él mismo ha reconocido su error y ha aceptado que debe respetar el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, ¿qué se va a resocializar en este caso? Qué finalidad va a cumplir la pena y qué finalidad cumplirá el régimen penitenciario en esta situación? Finalmente, para el caso de la personas que estando procesadas o condenadas se arrepienten del acto cometido, consideramos que la resocialización opera antes de finalizar el plazo de cumplimiento de la pena, argumento adicional que sirve para afirmar que la resocialización *per sé* no es la finalidad de la pena, como muchos confunden.

### **2.2.3.2. Marco Jurídico Internacional sobre la finalidad de la aplicación de la Pena Privativa de Libertad.**

Este marco jurídico internacional tiene como objetivo presentar de manera descriptiva y general las principales normas internacionales en materia de derechos humanos, adoptadas por el Perú, las cuales indican el marco internacional que nuestra legislación necesariamente deberá respetar en materia de aplicación de la Pena Privativa de Libertad.

Es importante recordar que, en materia de tratados, como regla general nuestra Constitución establece en su artículo 55 que éstos una vez celebrados por el Estado forman parte del derecho nacional, es decir, se

incorporan al ordenamiento jurídico peruano. No obstante, cuando nos referimos a tratados en materia de derechos humanos, debe quedar claro que su naturaleza es diferente a la de cualquier otro tratado celebrado por el Perú.

Si bien, la Carta Política de 1993 no reconoce de manera expresa el rango constitucional de los tratados en materia de derechos humanos tal como lo hacía la Carta de 1979 de acuerdo a una interpretación conjunta de los artículos 3º<sup>256</sup>, 57º<sup>257</sup> y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria<sup>258</sup> de la Constitución, podemos concluir indefectiblemente que los referidos tratados poseen rango constitucional.

En este sentido el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “por un lado, la Constitución en el artículo 3º, acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales (...). [y] conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional (...) [por lo que] los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que (...) se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte”<sup>259</sup>.

Respecto al artículo 57 y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria, el TC también ha remarcado que “si bien todo tratado que verse sobre materia constitucional no significa una afectación constitucional, por cuanto podría solamente complementarla o desarrollarla, en cambio se deriva de dicha norma suprema la constitucionalización de determinados tratados internacionales. Dentro de ellas es fácilmente reconocible los tratados de

---

<sup>256</sup> La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

<sup>257</sup> “(...) Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República”.

<sup>258</sup> “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú”.

<sup>259</sup> Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Fundamentos Jurídicos N° 26-30.

derechos humanos establecidos analógicamente en el artículo 3º y reforzados en su ejecución en la Cuarta Disposición Final y Transitoria”.<sup>260</sup>. Pues, en virtud de esta Disposición] “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano”<sup>261</sup>.

En la misma línea, el Código Procesal Constitucional, vigente desde el mes de diciembre del año 2004, prescribe de manera clara que “el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”<sup>262</sup>

Todo esto demuestra que “la interpretación conforme con los tratados sobre derechos humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región””. En otras palabras, “las obligaciones, en materia de derechos humanos, no sólo encuentran un asidero claramente constitucional, sino su explicación y desarrollo en el Derecho Internacional.

El mandato imperativo derivado de la interpretación en derechos humanos implica, entonces, que toda la actividad pública debe considerar la aplicación directa de normas consagradas en tratados internacionales de derechos humanos, así como en la jurisprudencia de las instancias internacionales a las que el Perú se encuentra suscrito”<sup>263</sup>.

<sup>260</sup> Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Fundamento Jurídico N° 31.

<sup>261</sup> Exp. N° 218-2002-HC / TC. Fundamento Jurídico N° 2.

<sup>262</sup> Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 97 Exp. N° 218-2002-HC / TC. Fundamento Jurídico N° 2.7

<sup>263</sup> Exp. N° 2798-04-HC/TC. Fundamento Jurídico N° 8

Como podemos observar, tanto la Constitución, la legislación y la jurisprudencia constitucional han establecido parámetros claros de aplicación e interpretación de los tratados sobre derechos humanos, así como de la jurisprudencia emitida por los órganos que interpretan estos derechos contenidos en los Tratados de los cuales el Perú es parte.

Por lo tanto, es de vital importancia, conocer la manera en que los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y fundamentalmente los relacionados a la materia penitenciaria regulan el ejercicio de los derechos humanos de los reclusos, y así también, poder observar si la legislación peruana cumple con los estándares establecidos a nivel internacional en materia de tratamiento penitenciario. Los documentos que serán materia de análisis son los siguientes: el Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos como tratado internacional del sistema universal de derechos humanos, y del cual el Perú es parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratado internacional y documento rector del sistema interamericano de derechos humanos y al cual el Perú también está suscrito. Aunque el Perú no es parte del sistema europeo de derechos humanos, nos parece interesante analizar el contenido del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, pues de ese modo, podremos establecer una interesante comparación entre los tres sistemas de protección de derechos humanos.

Asimismo, aunque no tienen la calidad o categoría de tratados, sino de Declaraciones, Resoluciones o Principios, es necesario analizar el contenido de otros tres instrumentos internacionales: (i) Las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, (ii) Los Principios Básicos para el tratamiento de reclusos, ambos documentos emitidos por las Naciones Unidas, y (iii) los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.

Al respecto, nos parece pertinente señalar que aunque estos tres últimos instrumentos no tengan la calidad de "Tratados", eso no quita, a nuestro parecer, su importante valor jurídico para el sistema internacional de derechos humanos y para los Estados que lo conforman. En este sentido, vale la pena recordar que "como ya ha quedado establecido en la doctrina, las *Declaraciones* tienen una fuerza vinculante que trasciende su naturaleza jurídica. (...)"<sup>264</sup> Mas, "los tratados sobre derechos humanos, (...) generan un tipo de relación especial entre las obligaciones estatales y los seres humanos cuyos derechos buscan ser protegidos"<sup>265</sup>, los otros instrumentos internacionales llamados *Declaraciones*, *Principios Básicos*, *Reglas Mínimas*, etc., aunque no tengan per sé un carácter obligatorio "constituyen pautas específicas importantes al momento de abordar determinados temas. Del mismo modo, en cuanto a las Resoluciones emitidas por las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o la Organización de Estados Americanos, vale la pena señalar que "si bien no existe un criterio unánime en cuanto a la capacidad de estas resoluciones para crear por sí solas y de manera inmediata, obligaciones para los Estados, cabe tomar en cuenta ciertos aspectos a fin de decidir en el caso concreto su valor jurídico, tales como la mayoría representativa y el consenso con el que la Resolución fue aprobada, y la práctica subsecuente de los Estados en relación a ellas"<sup>266</sup>.

En materia penitenciaria y derechos las personas privadas de libertad, las Reglas Mínimas y Principios adoptados por las Naciones Unidas ha sido un referente importante para los Estado Miembros, dentro de los cuales se encuentra el Perú, pues como sabemos el Tribunal Constitucional en diversas oportunidades ha invocado el contenido de estos instrumentos internacionales para evaluar si el Perú cumple los requisitos mínimos en materia del cumplimiento de la finalidad de la pena.

#### **2.2.3.2.1. Principales instrumentos Internacionales referentes a la finalidad de la Pena Privativa de Libertad.**

<sup>264</sup> Comisión Andina de Juristas. Protección de los derechos humanos. Lima: CAJ. 1997. p. 22

<sup>265</sup> Ibid. p. 23

<sup>266</sup> Ibid. p. 25.

En el sistema universal de las Naciones Unidas, podemos referirnos a:

- **La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)**, cuando establece que: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona;
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 diciembre de 1966)**: “Art 10. Apartado 3.- El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica, así también propugna que: nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”
- **Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (22 diciembre de 1969) ratificado por el Perú en 1978.**: “Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal (...) Apartado 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial *la reforma y la readaptación social de los condenados.*”

### 2.2.3.3. Legislación Comparada.

#### 2.2.3.1. Constitución Española de 1978:

“Artículo 25 (...) 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia *la reeducación y reinserción social* y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.”

**2.2.3.2. República de Argentina - Ley Nacional N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad** (Publicada en B. O. el 16 de julio de 1996):

“**Artículo 1.-** La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”.

**2.2.3.3. Código Penal Cubano (29 diciembre de 1987):**

“**Capítulo I Los Fines de la Sanción Artículo 27.** La sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir por el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista, así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.”.

**2.2.3.4. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917):**

“**Artículo 18 (...) Párrafo 2:** El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”.

**2.2.3.5. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999):**

“**Artículo 272.** El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la

recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciarios profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del ex interno o ex interna y proporcionará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.”.

**2.2.3.6. Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia  
N° 2298:**

“**Artículo 3.-** (Finalidad de la Pena) La pena tiene por finalidad, proteger a la sociedad contra el delito y lograr la enmienda, readaptación y reinserción social del condenado, a través de una cabal comprensión y respeto de la Ley.” **“Título VII Tratamiento Penitenciario Capítulo I Disposiciones Generales Artículo 178.-** (Finalidad) El tratamiento penitenciario tendrá como finalidad la readaptación social del condenado, a través de un Programa Progresivo, individualizado y de grupo, cuyos componentes principales son la psicoterapia, educación, trabajo, actividades culturales, recreativas, deportivas y el fortalecimiento de las relaciones familiares. El tratamiento penitenciario, se realizará respetando la dignidad humana y atendiendo a las circunstancias personales del condenado.”.

**2.2.3.7. Código Penal de Costa Rica (Ley N° 4.573, 4 de mayo de 1970).**

“**Artículo 51.-** La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción

rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años. (Así reformado por la Ley N° 7.389 del 22 de abril de 1994).”.

#### 2.2.3.8. Legislación de Chile:

No existe norma en la Constitución Política chilena que se refiere a la resocialización. Ésta se limita únicamente a señalar en términos genéricos, que la privación de libertad se aplicará en los casos y en la forma determinados por la ley (“**Artículo 19.-** La Constitución asegura a todas las personas: 7° (...) **b)** Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;”). Por su parte, el Código Penal chileno, de conocida inspiración clásica, nada aporta al respecto. Se remite a señalar en su Libro I, respecto a la naturaleza y efectos de las penas, que algunas llevan aparejadas la imposición de algún trabajo (**Libro I, Título III De Las Penas...Naturaleza y efectos de algunas penas. Artículo 32.** La pena de presidio sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno.”). Como vemos, esta normativa de jerarquía legal superior de Chile no da importancia al tema, a diferencia de gran parte de la normativa latinoamericana, que sí se refiere a ello en sus cartas fundamentales o leyes de quórum superior.

En el ordenamiento jurídico chileno, las reglas referidas a los fines de las penas privativas libertad y a los fines resocializadores de las mismas, se contienen en distintos instrumentos. Sin embargo, quien trata de manera más genérica y sistemática el tema es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. **El Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se refiere a los fines resocializadores en su artículo 1º**, al definir el objeto de la actividad penitenciaria. Señala que ésta tendrá como fin primordial “...la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”. Más adelante, **el mismo Reglamento indica en su artículo 10 en su letra b)**, al referirse a los principios que rigen a los establecimientos

penitenciarios, que éstos deberán desarrollar “actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados.” En la legislación penitenciaria chilena, vemos que se establece como objetivo principal de la privación de libertad, la rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad de los sujetos reclusos en los centros penitenciarios, valiéndose para ello de un régimen de carácter progresivo. **El Reglamento en su artículo 93** señala expresamente el fin de las actividades y acciones para la reinserción social: “Las actividades y acciones, tendrán como referente el carácter progresivo del proceso de reinserción social del interno y en su programación deberá atenderse a las necesidades específicas de cada persona a quien se dirigen”.

#### **2.2.3.3. El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, una visión actual de su situación real.**

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es el organismo público descentralizado del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, ente rector del Sistema Penitenciario Nacional, que tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; objetivo que responde al principio constitucional contenido en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución Política del Perú, siendo a su vez reconocido en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

Recordando cual es la función del INPE a continuación se presenta diversas variables representativas de la situación real de la población total del Sistema Penitenciario Nacional, es decir, de la población intramuros y extramuros, en especial del Establecimiento Penitenciario de San Fermi de Huancavelica. En ese sentido, se tiene entre otras las siguientes variables: población penitenciaria, género, situación jurídica delitos específicos y otros datos estadísticos que, sin duda alguna nos darán a conocer un panorama objetivo de nuestra realidad penitenciaria,

pero sobre todo que reforzara mucho más lo que el investigador propone, es decir, la Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena privativa de Libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

#### **A. SITUACIÓN ACTUAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL**

La población del sistema penitenciario nacional está compuesta por las personas procesadas con medidas de detención y personas sentenciadas a pena privativa de libertad que se encuentran en los establecimientos penitenciarios, asimismo, personas liberadas con beneficio penitenciario de semilibertad o liberación condicional y personas sentenciadas a pena limitativa de derechos, que son atendidas en los establecimientos de medio libre.

El INPE está descentralizado en ocho Oficinas Regionales, las que a su vez tienen a su cargo establecimientos penitenciarios para personas privadas de libertad y establecimientos de medio libre para personas liberadas con beneficios penitenciarios y sentenciados a penas limitativas de derechos.

La población penal al mes de diciembre de 2013 es de 84,715 personas. De ellos, 67,5972 se encuentran en establecimientos penitenciarios al tener mandato de detención judicial o pena privativa de libertad efectiva, mientras que 17,118 personas asisten a establecimientos de medio libre al haber sido sentenciados a penas limitativas de derechos ó liberados con beneficio penitenciario de semilibertad ó liberación condicional.

#### **B. Infraestructura Penitenciaria.**

La Oficina de Infraestructura Penitenciaria del INPE señala que el sistema penitenciario cuenta con dos tipos de establecimientos: a) establecimientos penitenciarios (intramuros) para la población privada de libertad, al mes de diciembre se cuenta con 67 establecimientos penitenciarios habilitados; y b) establecimientos de penas limitativas de derechos y asistencia post penitenciaria (extramuros), que controla a la

población de liberados con beneficio penitenciario y sentenciados a penas limitativas de derechos; 63 establecimientos funcionan para estos fines.

### **C. Capacidad de Albergue, Sobrepoblación y Hacinamiento.**

La capacidad de albergue se refiere al aforo máximo que tiene el Sistema Penitenciario para albergar a los internos, se dice que hay sobrepoblación cuando se excede el aforo máximo. Cuando la sobrepoblación excede al 120% de la capacidad de albergue, se llama sobrepoblación crítica, lo que el Comité Europeo para los Problemas Criminales ha entendido como hacinamiento. El mes de diciembre la diferencia entre la capacidad de albergue y la población penal es de 36,145 internos que representa el 115% de la población, esto quiere decir que esta cantidad de internos no tendría cupo en el sistema penitenciario. **Fuente: INPE/Unidad de Estadística.**

**ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS EN CONDICIÓN DE HACINADOS.**

Nº	Establecimientos Penitenciarios	Capacidad de Albergue (C)	Población Penal (P)	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S > 20%)
<b>TOTALES</b>		<b>24,188</b>	<b>63,593</b>	<b>39,405</b>	<b>163%</b>	<b>SI</b>
1	E.P. de Huaral	823	5,129	4,306	523%	SI
2	E.P. de Jaen	50	298	248	496%	SI
3	E.P. de Moquegua	45	253	208	462%	SI
4	E.P. de Callao	572	3,098	2,526	442%	SI
5	E.P. de Chanchamayo	120	588	468	390%	SI
6	E.P. de Tarapoto	110	462	352	320%	SI
7	E.P. de Tacna	180	705	525	292%	SI
8	E.P. de Pucallpa	484	1,746	1,262	261%	SI
<b>9</b>	<b>E.P. de Huancavelica</b>	<b>60</b>	<b>213</b>	<b>153</b>	<b>255%</b>	<b>SI</b>
10	E.P. de Ayacucho	644	2,263	1,619	251%	SI
11	E.P. de Chimbote	500	1,693	1,193	239%	SI
12	E.P. de Lampa	44	148	104	236%	SI
13	E.P. de Cañete	759	2,262	1,503	198%	SI
14	E.P. de la Oroya	64	197	133	208%	SI
15	E.P. de Huacho	644	1,878	1,234	192%	SI
16	E.P. de Trujillo	1,134	3,182	2,048	181%	SI
17	E.P. de Quillabamba	80	228	148	185%	SI
18	E.P. de Ica	1,474	4,125	2,651	180%	SI
19	E.P. de Lurigancho	3,204	8,587	5,383	168%	SI
20	E.P. de Bagua Grande	60	159	99	165%	SI
21	E.P. Miguel Castro Castro	1,142	2,971	1,829	160%	SI
22	E.P. de Satipo	50	134	84	168%	SI
23	E.P. de Camaná	78	198	120	154%	SI
24	E.P. de Huancayo	680	1,725	1,045	154%	SI
25	E.P. de Cusco	800	1,932	1,132	142%	SI
26	E.P. de Huanta	42	100	58	138%	SI
27	E.P. de Mujeres de Cusco	62	144	82	132%	SI
28	E.P. de Mujeres de Tacna	40	92	52	130%	SI
29	E.P. de Chiclayo	1,143	2,565	1,422	124%	SI
30	E.P. de Cajamarca	432	968	536	124%	SI
31	E.P. de Arequipa	667	1,446	779	117%	SI
32	E.P. de Chachapoyas	288	563	275	95%	SI
33	E.P. de Juliaca	420	883	463	110%	SI
34	E.P. de Huánuco	1,074	2,092	1,018	95%	SI
35	E.P. de Huaraz	350	668	318	91%	SI
36	E.P. de Puerto Maldonado	354	677	323	91%	SI
37	E.P. de Piura	1,370	2,586	1,216	89%	SI
38	E.P. de Mujeres de Chorrillos	450	817	367	82%	SI
39	E.P. de Abancay	90	155	65	72%	SI
40	E.P. de Iquitos	496	866	370	75%	SI
41	E.P. de Tumbes	384	675	291	76%	SI
42	E.P. de Mujeres de Arequipa	67	123	56	84%	SI
43	E.P. de Ancón	972	1,676	704	72%	SI
44	E.P. de Cerro de Pasco	96	155	59	61%	SI

#### **2.2.3.4. Nuestra propuesta: Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de Libertad en Nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano.**

Luego de un sesudo análisis de la normatividad del Derecho Comparado y en especial de nuestra normatividad nacional, proponemos una reforma constitucional que creemos debería realizarse en lo que concierne a la función constitucional de la pena privativa de libertad, para darle un rol más objetivo, cuyo texto sería: SON PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL: INC. 22. “EL PRINCIPIO DE QUE EL REGIMEN PENITENCIARIO TIENE POR OBJETO PRINCIPAL LA NEUTRALIZACIÓN DEL REO Y EXCEPCIONALMENTE SU REINCORPORACIÓN A LA SOCIEDAD.

##### **2.2.3.4.1. Fundamentos.**

La organización de mando y control que necesita el Estado peruano para mantener el control es inflexible y pesada, es buena para imponer el conformismo y mala para crear compromiso, es por tal motivo que este tipo de Estado pierde peligrosamente la legitimidad del pueblo o del poder constituyente que lo creó.

El modelo de mando y control se ve hoy en día como una organización cada vez menos eficiente, porque vivimos en una época de cambio acelerado. Las tendencias geopolíticas, sociales, económicas, culturales y tecnológicas cambian con tanta velocidad que estas estructuras no logran responder a los cambios continuos.

Por esto, la reingeniería constitucional de la función de la pena privativa de libertad es una opción para reaccionar ante la situación actual y sus cambios. La reingeniería, enfocada en procesos eficientes que se basen principalmente en obtener reformas radicales, logrará eliminar parcialmente la antigua forma de funcionamiento de la pena privativa de libertad, es decir, la resocialización del reo como un principio constitucional, y así orientará una nueva política en el sistema penitenciario, y demás normas que se verán afectadas

sustancialmente con la reforma constitucional de la función de la pena privativa de libertad.

Ahora bien y más claro el porqué de la presente investigación:

Porque el Estado peruano esta por detrás de otros estados en alcanzar la tan vociferada resocialización del penado.

Porque la función asignada a la pena privativa de libertad por nuestra lex magna está en crisis, así como en otros Estados donde ya optaron por la pena de muerte y han consagrado la cadena perpetua, sin una posterior revisión.

Porque se quiere obtener una posición de líder en Latinoamérica en temas de neutralización eficiente de los declarados altamente peligrosos para la sociedad peruana.

Porque se quiere responder agresivamente a la delincuencia común y organizada.

Porque el Estado sabe que debe dar seguridad fáctica a sus ciudadanos y no solo seguridad jurídica, y sobre todo deba seguir justificando su existencia, pero sobre todo la base fundamental de la reingeniería de la función de la pena privativa de libertad es el servicio a la población peruana, ya que a pesar del énfasis en esto, en general las acciones del Estado no logran la satisfacción de la sociedad y una de las razones es que los métodos y los procesos han dejado de ser inadecuados en tal grado que el reordenamiento no es suficiente, lo que se necesita es elaborar de nuevo la "ingeniería" de la función de pena. Es por eso que la esencia de la reingeniería de la función de la pena necesita que el Estado peruano esté dispuesto a pensar de un modo diferente en lo que respecta a la función de la pena (resocialización) y acceda a deshacerse de las anticuadas reglas y suposiciones básicas de la resocialización.

Por lo expuesto la función constitucionalmente asignada a la aplicación de la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento jurídico, al ser un ideal difícilmente alcanzable para nuestro Estado, ocasiona que la normatividad que regula este tema se convierta en ineficiente, ya que más allá de resocializar al reo lo que en realidad provoca es un desocialización, es decir, la norma solo cumple una función simbólica, mas no real.

Ahora bien, es cierto la propuesta colisiona fuertemente con los tratados que vinculan a nuestro Estado, lo cierto también es que, cuando suscribimos los tratados no teníamos la criminalidad que ahora tenemos, una criminalidad común y organizada que crece día a día, y más aún no se cuenta con los factores que condicionarían el cumplimiento de la resocialización: económicos, políticos y sociales.

Lo bueno es saber que existen mecanismos jurídicos para que nuestro Estado pueda renunciar parcialmente y por un tiempo a los tratados que establecen el ideal resocializador y a partir del establecimiento de la neutralización como función principal de la pena privativa de libertad en nuestra carta magna orientar una política penitenciaria que realmente impida principalmente, que desde los penales se puedan planear múltiples crímenes, así como que estos internos se desarrollen criminalmente, usando como escudo a los Derechos Humanos.

#### **2.2.3.4.2. Procedimiento de Aplicación de la Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de Libertad.**

Es importante establecer que, el proceso de reingeniería cambia las preguntas “¿Cómo, cuándo y con quién?” y antepone la pregunta “¿Por qué? Aquí se cambia radicalmente la pregunta “Cómo podemos mejorar lo que estamos haciendo?” por “Lo que estamos haciendo, ¿es lo correcto?”

Por tanto la reingeniería determina primero qué debe hacerse y luego cómo debe hacerse. En nuestro caso y según lo argumentado en nuestro marco teórico y los resultados que obtuvimos, la reingeniería

constitucional tendría que responder a la primera pregunta antes descrita **¿Es correcto mantener la función de la pena privativa de libertad (resocialización) en nuestro ordenamiento jurídico peruano a pesar de su crisis innegable?**, la respuesta es clara, **No**.

Teniendo una respuesta negativa, ahora lo que corresponde es determinar que se debe hacer, y lo que se debe hacer y es nuestra propuesta, es realizar una reforma constitucional del artículo 139 inciso 22, que propugna el ideal resocializador como función principal de la pena privativa de libertad, para darle un nuevo rol y tenga por objeto principal la neutralización del reo y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad.

Ahora pasaremos a determinar cómo debe hacerse, es decir al realizarse la reforma constitucional cómo operara la nueva norma y sus efectos en la normas infra constitucionales Código Penal, Código de Ejecución Penal y demás normativa pertinente.

Sin duda alguna una reforma constitucional tiene como consecuencia inmediata la modificación de las leyes que regulan una determinada materia, en nuestro caso serán afectados directamente el Código Penal y especialmente el Código de Ejecución Penal, y a partir de ello nacerá una nueva orientación política penitenciaria, ya que se priorizara la neutralización efectiva del reo, pero sobre todo y lo más importante, que se deberá recurrir a la pena privativa de libertad efectiva cuando no exista otro medio más eficaz para solucionar un hecho criminal, es decir, se pondrá mayor énfasis en el principio de ultima ratio del Derecho Penal.

### 2.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

#### 2.3.1. Hipótesis General.

La Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de libertad permitiría el adecuado cumplimiento de la Resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

#### 2.3.2. Hipótesis Específica.

1.- El factor Económico estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.

2.- El factor social estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.

3.- El factor político estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.

4.- El factor normativo estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ciudadanos y reos de San Fermín.

### 2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.

**A. Derecho:** Tomado en su sentido etimológico, Derecho proviene del lat. Directum (directo, derecho); a su vez, del lat. Dirigere (enderezar, dirigir, ordenar, guiar). En consecuencia, en sentido lato, quiere decir recto, igual, seguido, sin torcerse a un lado ni a otro, mientras que en sentido restringido es tanto como ius (v.). Por eso, de esta voz latina se han derivado y han entrado en nuestro idioma otros muchos vocablos: jurídico, lo referente o ajustado al Derecho; jurisconsulto, que se aplica a quien, con el correspondiente título habilitante, profesa la ciencia del Derecho, y

justicia, que tiene el alcance de lo que debe hacerse según Derecho y razón. Es, pues, la norma que rige, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social. De todos modos, no se trata de un concepto uniformemente definido. Para algunos es un conjunto de reglas de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y cuya observancia puede ser impuesta coactivamente por la autoridad legítima. Ihering lo define como el conjunto de normas según las cuales la coacción es ejercida en un Estado. Esa idea, más que un concepto filosófico del vocablo, parecería referirse a una estimación del Derecho positivo, que quedaría limitada a las normas legales y consuetudinarias. Más, aun dentro de tal limitación, se advierte la inexistencia de una conformidad en la definición de lo que es el Derecho; en primer término, porque se presenta una diferencia fundamental, según el punto de vista desde el que sea considerado: individualista o sociológico.

**B. Ordenamiento Jurídico:** Este concepto proviene de la integración de las normas en un conjunto o sistema de normas e instituciones organizado y coherente, de manera que éstas adquieren relevancia por la posición que ocupan en el mismo. Ramón SORIANO lo define como “sistema de normas e instituciones jurídicas vigentes en un grupo social homogéneo y autónomo”, destacando como caracteres del mismo la unidad, la plenitud y la coherencia. También se ha dicho que es, el conjunto normativo vigente en un país determinado. Como tal, es conocido también con el simple nombre de Derecho, con lo que se evidencia que, siendo las normas el componente mayoritario del mismo, debe incluirse también lo que directamente se relaciona con las reglas jurídicas: doctrinas, técnicas, principios generales, etc. Por otra parte, no debe identificarse el concepto de norma a la forma más habitual de manifestarse: ley escrita; cabe que la norma se evidencie en la formulación concreta que hace un tribunal al decidir un caso, o en la manifestación del uso o costumbre.

**C. Constitución Política del Perú:** Es la norma jurídica fundamental que rige nuestro Ordenamiento Jurídico, la que se encuentra por encima de las demás normas, la que establece las libertades, deberes, la estructura organizativa del Estado Peruano y los fines de éste.

- D. Derecho Penal:** Es la rama del Derecho Público Interno, que trata sobre los hechos delictuosos, las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la conservación del orden social, estudia de manera sistematizada las normas jurídicas penales que definen ciertas conductas como delitos o faltas, así como dispone la sanciones (pena o medidas de seguridad) a imponerse al que realizo u omitió una conducta típica, antijurídica, culpable y punible.
- E. Penas privativas de libertad:** Descartando la posibilidad de que judicialmente (o aun policialmente, por breve espacio de tiempo) se prive de libertad a una persona, no por vía de sanción, sino de medida precautoria o de seguridad (PRISION PREVENTIVA), se llaman penas privativas de libertad aquellas que recluyen al condenado en un establecimiento especial y lo someten a un régimen determinado. Este tipo de penas representa el aspecto fundamental del régimen represivo, juntamente con la multa y la inhabilitación, sobre todo en aquellos países que han suprimido la pena capital y las penas corporales. La reclusión y la prisión (v.) constituyen penas típicas de esa índole.
- F. Reo:** El acusado o presunto responsable de un delito, durante la substanciación de la causa. El condenado criminalmente. En el fuero civil, el demandado. (V. ACTOR).
- G. Reingeniería:** El término “reingeniería” es utilizado en la ciencia de la administración de empresas y sobre todo, es muy común hablar de reingeniería financiera para caracterizar a una nueva forma de organización en una empresa, que se encuentra con problemas financieros, o cuando técnicamente está quebrada, y es necesario o inyectarle capital o reorganizarla mediante una fusión con otra empresa, lo cual implica realizar un diagnóstico organizacional y por ende, llegar a una conclusión que determine un nuevo diseño empresarial. Reingeniería es la revisión fundamental y el rediseño radical de procesos para alcanzar mejoras espectaculares en medidas críticas y actuales de rendimiento, tales como costos, calidad, servicio y rapidez. Reingeniería significa volver a empezar arrancando de nuevo, Reingeniería no es hacer más con menos, es con menos dar más al que requiere de un servicio. El objetivo es hacer lo que estamos haciendo, pero hacerlo mejor y más inteligentemente. Ante un nuevo contexto surgen nuevas modalidades de administración, entre ellas está la Reingeniería,

fundamentada en la premisa de que no es el servicio sino los procesos que los crean, los que llevan a las empresas o instituciones al éxito a la larga.

Existen un sinnúmero de nuevas definiciones de Reingeniería, pero como señalan la mayoría de especialistas en el tema, la Reingeniería puede ser definida desde varios puntos de vista, así los negocios, empresa privada, las instituciones públicas, las fábricas, las industrias, etc.

**H. Resocialización:** GARCÍA PABLOS en su trabajo “La Supuesta Función Resocializadora del Derecho penal”<sup>267</sup>, indica que el término resocialización proviene del alemán “Resozialisierung”. Éste carecería de un contenido apriorístico, ignorándose sus fines reales. El autor se pregunta lo rápido que la dogmática alemana se apropió del concepto, ya que no hubo muchos cuestionamientos respecto a cuál era su contenido. Esta dificultad de definir el término se traduce en la falta de mención que hacen autores connotados como Franz von LIZST (para este autor el término adecuado no era “Resozialisierung”, sino “Besserung”). La consagración definitiva del término se encontraría en las teorías de la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, siendo usado por primera vez por el jurista SCHÜLER-SPRINGORUM en 1969, cuando al hablar de la ejecución de las penas, señala que ésta no justifica su acción en la defensa de la sociedad ni en la restauración del orden jurídico, sino en cuanto importa la aplicación de un “programa resocializador”. KARL PETERS señala que en la doctrina alemana suele usarse como sinónimo de “prevención especial”, pero sin referencia a los términos aseguramiento (“Sicherheit”) ni intimidación (“Absechreckung”). La palabra resocialización en principio no tenía relación con un fin o meta, usándose sin distinción los términos “Besserung” (“mejora”) y “Resozialisierung” (“resocialización”). Progresivamente, este último término fue reemplazando por completo al término mejora. Desde otra interpretación, NEUMAN, jurista argentino, acota que el vocablo resocialización es un galicismo. Señala que respecto a este concepto, devenido en piedra angular de toda privación de libertad, existe un tácito asentimiento “entre profetas y profanos”, en hacerlo sinónimo a los siguientes términos: corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación, educación, reeducación, reinserción social, socialización, resocialización, etc., queriendo significarse con todos ellos,

---

<sup>267</sup> GARCÍA PABLOS, Op. Cit., pp. 17 a 96.

"la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del recluso y al posterior reintegro a la vida social".<sup>268</sup>

En la doctrina española, de tradición correccionalista, el término ha sido usado frecuentemente. A decir de MUÑOZ CONDE, es un término "importado" que no ha sido analizado de manera crítica, debido al exacerbado optimismo con que se ha procedido a su aplicación, lo que ha llevado a que "nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ella".<sup>269</sup> En el derecho español, a partir de la introducción del Artículo 25.2º de la Constitución, se ha dicho que "las penas y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...". La doctrina ampliamente ha entendido que los términos resocialización y reeducación se refieren a los fines preventivo-especiales, haciendo sinónimos los conceptos de resocialización y prevención especial. Por otro lado, a los vocablos reeducación y reinserción social del condenado, se les ha dado el sentido de preparar al delincuente para su vuelta a la vida libre.

Como ya se ha dicho, resulta imposible dar un concepto unívoco de resocialización. No obstante, posibles significados del concepto se encaminan a definirla como un fin esencial de la función penal, que al mismo tiempo justifica y legitima la aplicación de una pena. Otros la ven como un criterio orientador al momento de ejecutar una pena privativa de libertad.

Como ya hemos revisado, al tratar de dotar de contenido a la resocialización, se habla, o de una búsqueda de adaptación externa del individuo al modelo social o de un cambio más profundo, requiriéndose una interiorización de la norma por parte del sujeto.

Su recepción se ha visto reflejada, en mayor o menor medida, en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales, a lo menos como una noble declaración de principios, siendo políticamente incorrecto, aunque la praxis señale lo contrario, sostener un fin de la pena privativa de libertad distinto. Siguiendo esa tendencia, en los distintos instrumentos internacionales se reconoce expresamente la resocialización como fin de la privación de libertad.

<sup>268</sup> NEUMAN, Op. Cit., pp. 19, 100. 101.

<sup>269</sup> Citado por GARCÍA PABLOS, *ibídem*, p. 24.

Entonces, surge la pregunta acerca de cómo afrontan la resocialización las distintas legislaciones, las distintas construcciones positivas al respecto, si es vista como un derecho, como una imposición del Estado, como una oferta hecha al individuo, etc. En algunos sistemas jurídico penales se recalca la naturaleza de “derecho” de la resocialización, y no de imposición; no obstante, en muchos ordenamientos aún se define ésta como un tratamiento.<sup>270 271</sup>

- I. **Función:** En los hombres y otros seres vivos, y también en máquinas e instrumentos, el ejercicio de un órgano o la actividad de un aparato. Desempeño de empleo, cargo, facultad u oficio. Tarea, ocupación. Atribuciones. Cometido, obligaciones. Finalidad. Acto público de concurrencia numerosa.

## 2.5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES.

### 2.5.1. Variables Independientes

Ordenamiento Jurídico Peruano (X)

### 2.5.2. Variables Dependientes

a) Función de la Pena Privativa de Libertad (Y)

---

<sup>270</sup> VGR: Artículo 10 apartado 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Artículo 5 apartado 6 Pacto de San José de Costa Rica; Art 25.2, de la Constitución Española de 1978; Art 1°, Ley Nacional N° 24.660 de la República Argentina; Artículo 27 Código Penal Cubano; Artículo 18 Párrafo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Artículo 272, Constitución Venezolana; Artículo 272, Constitución Política del Perú 1993; Artículo 3 y 178 Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia N° 2.298; Artículo 51, Código Penal de Costa Rica.

<sup>271</sup> En contra: Postura del Tribunal Constitucional español (STC 2/1987, STC 28/1988 de 23 de febrero, STC 72/1994 de 3 de marzo, STC 75/1998 de 31 de marzo, Auto TC 486/1985, Auto TC 1112/1988, etc.), en cuanto señala que el Art 25.2 de la Constitución debe interpretarse como un mandato del constituyente supranacional al legislador, para la orientación de la política penal y penitenciaria, del que no se deriva derecho subjetivo alguno.

**2.6. DEFINICIÓN OPERATIVA DE VARIABLES E INDICADORES.**

	<b>Variables</b>	<b>Indicadores</b>
<p>La ineficiencia del Ordenamiento Jurídico y los factores económicos, sociales y políticos estarían ocasionando el incumplimiento de la Función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces Penales, ciudadanos y reos.</p>	<p><b>X</b> Ordenamiento Jurídico Peruano</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ordenamiento Jurídico Peruano</li> <li>- Constitución Política del Perú</li> <li>- Derecho Penal</li> <li>- Código Penal de 1991</li> <li>- Código de Ejecución Penal</li> </ul>
	<p><b>Y</b> Incumplimiento de la Función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Función de la Pena Privativa de Libertad.</li> <li>- Teorías de la Pena.</li> <li>- Doctrina.</li> <li>- Jurisprudencia</li> <li>- Factores económicos y político-sociales.</li> </ul>
		<ul style="list-style-type: none"> <li>- Reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</li> <li>- INPE.</li> </ul>

### CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1. ÁMBITO DE ESTUDIO.

##### a) Delimitación Espacial o Geográfica:

La investigación se realizó en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, en la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, donde se tomó la entrevista a los jueces especializados en lo penal, y en las calles se encuestó a los ciudadanos huancavelicanos.

##### b) Delimitación Temporal:

Como delimitación del tiempo de estudio comprendió de enero a septiembre de 2014.

##### c) Delimitación Social:

- Reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.
- Magistrados del Distrito Judicial de Huancavelica.
- Ciudadanos de Huancavelica.

#### 3.2 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

El trabajo de investigación es de tipo **Básica o Pura**, Jurídico Propositiva, ya que se analizó los factores que influye en el incumplimiento (Resocialización), proponiendo una Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de Libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico.

### 3.3. NIVEL DE INVESTIGACIÓN.

Fue de un estudio:

- **Descriptivo**, porque permitió estudiar la variable identificado sus características tal como se presentaron en la realidad, se analizó el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales, ciudadanos Huancavelicanos y reos de San Fermín, y a partir de ello se propone una reforma constitucional.
- **Explicativo**, porque se expuso los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales, ciudadanos Huancavelicanos y reos de San Fermín.

### 3.4. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

Se utilizaron:

#### 3.4.1. Método General:

- Método Científico.

#### 3.4.2. Métodos Específicos:

- Método Analítico – Sintético.
- Método Deductivo – Inductivo

Así también, el método de investigación que se aplicó fue el **Descriptivo u Observacional**, porque describe la realidad existente y exploratorio, porque es un tema que no ha sido concebido ni estudiado aún en los términos de la presente investigación.

Así también se utilizó el **método Dogmático**, debido a que la investigación jurídica se desarrolló realmente sobre el derecho positivo y lo conceptualmente construido, esto es, el Derecho. Según este método el Derecho debe ser interpretado en función de los conceptos en el sistema que lo integran y en razón a que no están desconectadas entre sí, sino forman parte de un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente estableciendo entre ellas relaciones lógicas-normativas que le dan coherencia y jerarquía interna.

Con el **método exegético**, ya que la Dogmática busca conocer los principios rectores que informan la norma positiva sancionada por la autoridad con fuerza de ley.

### 3.5 DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El diseño de la investigación se refiere al plan o estrategia para responder a las preguntas de investigación, en la presente correspondió:

➤ **Investigación no experimental:** Porque se realizó sin manipular las variables independientes.

- **Diseño Básico:** Diseño descriptivo:

- **Diseño Específico:** Descriptivo simple

**Descriptivo:** Se quiere describir los factores del incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad tal como se presenta en la realidad y como estrategia del diseño se usó:

a) **Documental.** Proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios. Es decir, aquellos datos obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales: impresas, audiovisuales y electrónicos.

b) **Campo.** Consiste en la recolección de datos directamente de la fuente sujeta a investigación, sin que sean manipuladas.

➤ **Confirmatorio:** Ya que se puso a prueba las teorías de la pena que pretenden explicar el fenómeno de la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico Peruano en lo que respecta a la Función de la Pena Privativa de Libertad.

**Esquema del diseño específico:**

M ----- O

Dónde:

**M** = Muestra de elementos o Población de elementos de estudio.

**O** = Observación o información requerida.

### 3.6. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO.

#### a) Población

Entendida a la población o universo como la totalidad de los fenómenos a estudiar en las unidades de población y muestreo, estos fueron:

Reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica,  
Jueces especializados en lo penal, pobladores de la ciudad de Huancavelica.

#### b) Muestra:

60 Reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

50 ciudadanos del Departamento de Huancavelica.

#### c) Muestreo:

Intencional, muestra intencionada o razonada (**no probabilística**) donde los integrantes de la muestra se seleccionaron de forma directa, consciente, a propósito, adrede; este tipo de muestreo se caracteriza por un esfuerzo deliberado de obtener muestras “representativas” mediante la inclusión en la muestra de grupos supuestamente típicos.

### 3.7. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE REOLECCIÓN DE DATOS.

#### 3.7.1. Las técnicas de recolección de datos fueron:

##### a) Técnica bibliográfica.

Revisión de libros, revistas especializadas y tesis relacionadas al tema.

##### b) Acopio documental.

Estuvo dado por la revisión y acopio de algunas sentencias del Tribunal constitucional respecto a la Función de la Pena Privativa de Libertad.

**c) Fichaje.**

Es el proceso de recopilación y extracción de datos importantes en nuestro proceso de aprendizaje, por tanto se recurrió a las fuentes bibliográficas como: libros, revistas, periódicos y al internet.

**3.7.2. Instrumentos de recolección de información:**

**a) La encuesta.-** Es una técnica de investigación que consiste en aplicar un cuestionario de preguntas, y el que debe ser contestado por los sujetos de la muestra de la investigación. En el caso de la presente investigación, la encuesta se aplicó a los reos, magistrados y ciudadanos de Huancavelica, para conocer si la Función de la Pena Privativa de Libertad se cumple o no, y otras preguntas a fines al tema en cuestión. El instrumento de esta técnica es el cuestionario, por lo que se deberá hacer un conjunto de preguntas, el que se elaborara en función a los indicadores de la variable dependiente e independiente.

**b) La entrevista.-** Es una técnica para obtener datos, consistiendo en un diálogo entre dos personas: El entrevistador “investigador” y el entrevistado; que se realiza con la finalidad de obtener información directa. La cual se concretó con la entrevista audiovisual – video a los jueces especializados en lo penal.

**3.8. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

El procedimiento que se siguió para la recolección de datos en la presente investigación fue el siguiente:

- Se elaboró, valoro y valido el instrumento denominado “Cuestionario-Encuesta” y el Cuestionario Entrevista, sobre la Ineficiencia del Ordenamiento Jurídico Peruano en lo que respecta a la Función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) y demás preguntas a fines al tema de investigación.

- Identificación y toma de contacto con las personas que respondieron el instrumento “Cuestionario-Encuesta”, y a los jueces que se entrevistaron.
- Reclutamiento, selección y capacitación del personal que participo en el trabajo de campo (encuestadores y entrevistadores).
- Aplicación del instrumento (cuestionario-encuesta); previa definición, zonificación y sectorialización del área y población – muestra bajo estudio.
- Se solicitó autorización a la Presidenta de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, para poder realizar las entrevistas a los jueces especializados en lo penal de la sede central.
- Se coordinó con los Jueces Especializados en lo penal de la sede central de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica para su apoyo en la investigación.
- Supervisión, revisión y control de calidad de la información recolectada durante el desarrollo del trabajo.
- Cronograma de tiempo especificando el periodo en que se va a desarrollar cada una de las etapas de la administración de la técnica; fundamentalmente en lo referente a las etapas del trabajo de campo.
- Presupuesto económico y otros recursos que se utilizó en cada una de las etapas en la administración de la técnica.
- Se identificó la muestra para la aplicación del instrumento.
- Se aplicó el instrumento.
- Se consolidó y procesó la información obtenida.
- Se analizó e interpretó los cuadros estadísticos.

### 3.9. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.

Primero: se organizó los datos recolectados para la representación de los mismos haciendo uso de la estadística y Microsoft Office 2010 - Microsoft Excel 2010.

## CAPITULO IV: RESULTADOS

### 4.1. Presentación de Resultados

#### 4.1.1. Estadística descriptiva sobre los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales, Ciudadanos y Reos de San Fermín de Huancavelica.

Los instrumentos utilizados son el denominado Cuestionario – Encuesta y el cuestionario Entrevista. El Cuestionario – Encuesta recoge las diversas opiniones de aquellos pobladores de la ciudad de Huancavelica, así como de un determinado número de internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y por último se tiene la Entrevista realizada a los jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica de la sede central; las preguntas contenidas en los instrumentos ya mencionados nos dan a conocer los puntos de vista respecto a los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

El instrumento de investigación cuestionario - encuesta está constituido por diez (10) preguntas, el mismo que fue validado por Cinco (5) expertos, especialistas en la materia, por considerar que aquel está redactado de manera idónea y cumple los requisitos predeterminados que sirven para arribar a los fines de la presente investigación; consecuentemente, ha sido aprobado.

De esta manera el instrumento utilizado en la investigación “los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica” quedó conformado por Diez (10) preguntas, las mismas que servirán para el análisis de los resultados finales.

El segundo instrumento de investigación Entrevista está constituido por cinco (05) preguntas, el mismo que también fue validado por Cinco (5) expertos, especialistas en la materia, por considerar que aquel está redactado de manera idónea y cumple los requisitos predeterminados que sirven para arribar a los fines de la presente investigación; consecuentemente, ha sido aprobado. De esta manera el instrumento utilizado en la investigación entrevista quedó conformado por Cinco (05) preguntas, las mismas que servirán para el análisis de los resultados finales.

#### **Hipótesis Estadística.**

#### **Hipótesis Genérica:**

Los factores del incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el establecimiento penitenciario de Huancavelica según la opinión de los jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ciudadanos y reos, influyen determinadamente en la resocialización de los reos de San Fermín.

#### **Hipótesis Específica:**

1.- El factor Económico estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.

2.- El factor político-social estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.

3.- El factor normativo estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ciudadanos y reos de San Fermín.

A continuación se pasa a presentar los resultados de la aplicación del primer instrumento Cuestionario – Encuesta aplicado a los internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y a un número de pobladores huancavelicanos:

**GRÁFICO N° 01:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número uno:

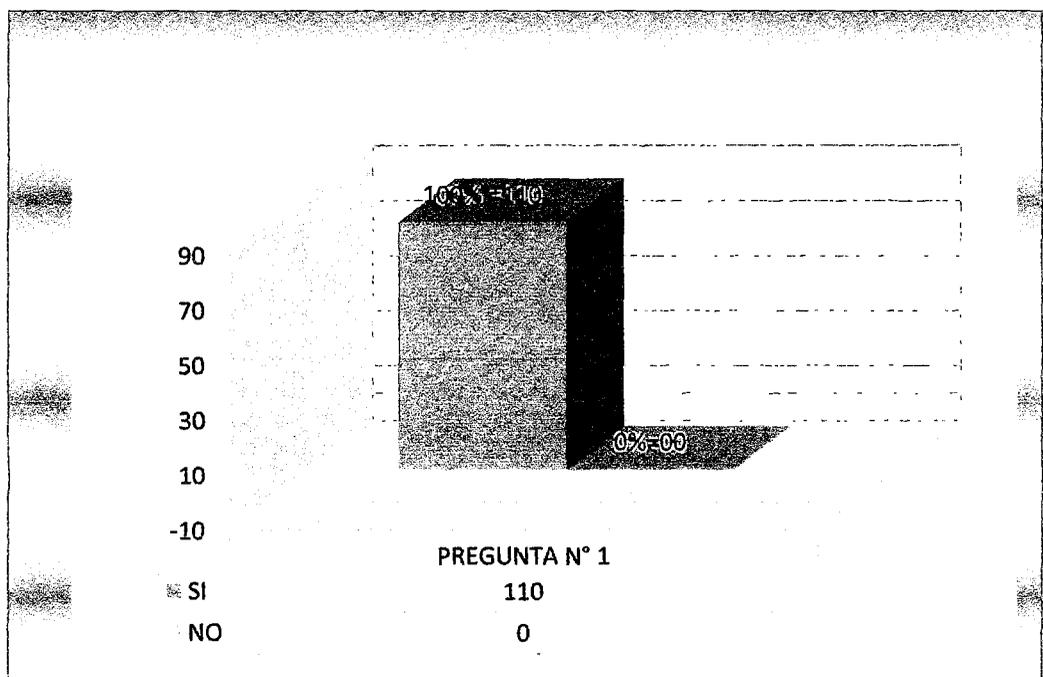
Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

➤ ¿Está de acuerdo con la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido en nuestro Estado?

Respondieron:

SI : 110 personas  
NO : 00 personas

**CUADRO I  
REFERENTE A LA IMPOSICIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se aprecia que un 100% tanto de los reos del penal como los ciudadanos consideran su total acuerdo con la imposición de la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido.

**Interpretación.-** Se aprecia que los reos y los ciudadanos huancavelicanos legitiman la imposición de la pena privativa de libertad más allá de lo que señale la norma, dotándola por ende en un primer momento de la confianza a la misma.

**Análisis.-** Las opiniones vertidas encuentran sustento en lo defendido por la *opinio iure ómnium*, que comprende a la imposición de la pena privativa de libertad como la respuesta del Estado en su manifestación del ius puniendi y de ostentar el monopolio de la violencia legítima, a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados penalmente, restaurando así el orden que fue alterado por uno o varios sujetos, es decir se realiza el reproche por la conducta que contraviene nuestra suprema ley de leyes.

### **GRÁFICO N° 02 y 03:**

En los siguientes dos cuadros se muestran los resultados con relación a la pregunta número dos y tres:

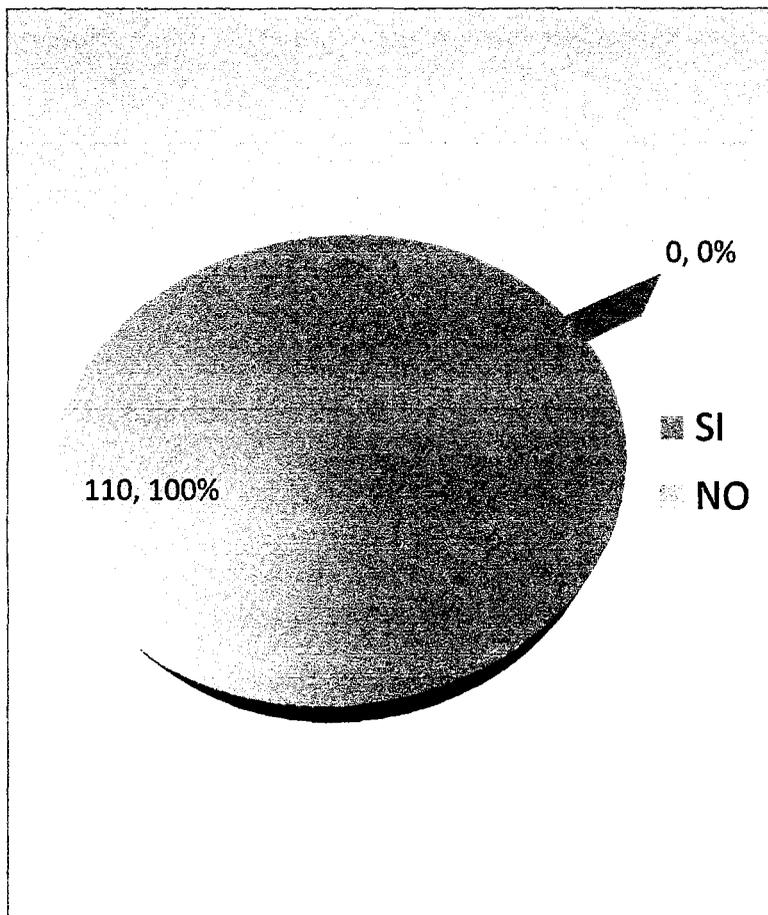
Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

- ¿Conoce Ud. qué la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo?

Respondieron:

SI	:	110 personas
NO	:	00 personas

CUADRO II.  
REFERENTE A LA FINALIDAD DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.



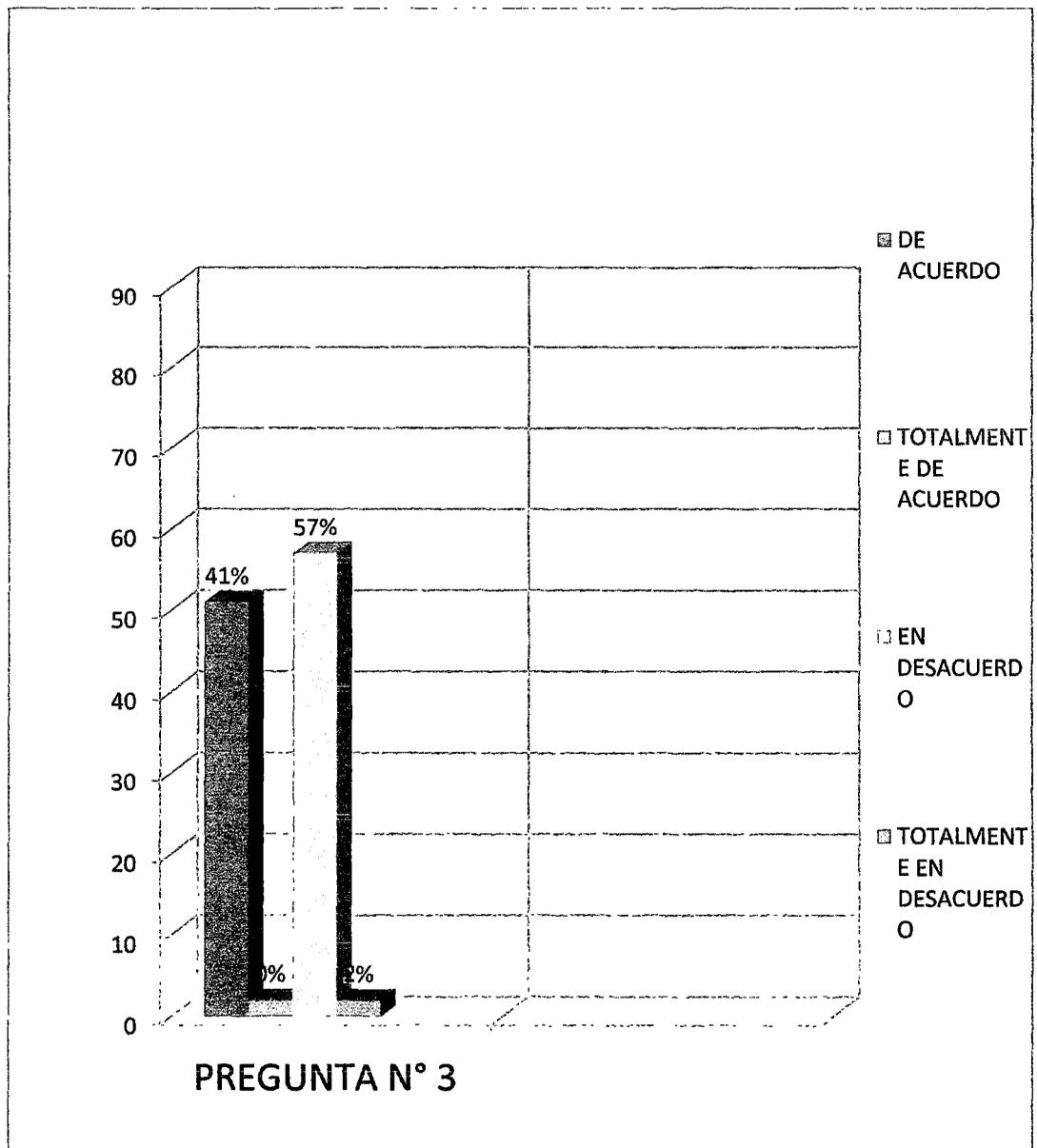
Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

➤ ¿Está de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Respondieron:

TOTALMENTE DE ACUERDO	:	00 personas
DE ACUERDO	:	51 personas
EN DESACUERDO	:	57 personas
TOTALMENTE EN DESACUERDO	:	02 personas

**CUADRO III**  
**CONRELACION A LA FUNCION CONSTITUCIONAL DE LA PENA**  
**PRIVATIVA DE LIBERTAD**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene que el 100% de los encuestados tiene conocimiento que la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo. Así también, se aprecia en la tercera pregunta que, un 57% tanto de los reos del penal como los ciudadanos consideran su desacuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico, mientras que un 41% se encuentra de acuerdo con la finalidad principal asignada a la pena privativa de libertad, en tanto que, un 02% se encuentra totalmente en desacuerdo con la función de la pena

privativa de libertad, finalmente hay un 0% que está totalmente de acuerdo con la finalidad de la pena privativa de libertad.

**Interpretación.-** Se tiene que el 100% de los encuestados tiene conocimiento que la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo, por lo que se puede afirmar que la mayoría de los encuestados tiene instrucción básica sobre el tema. Asimismo se aprecia que los ciudadanos huancavelicanos en el cuestionario encuesta, tercera pregunta, en su mayoría se encuentran en desacuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad, mientras que el porcentaje es menor de las personas (incluyendo de acuerdo a la encuesta en su mayoría a los reos) que consideran estar de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena, y en menor porcentaje se tiene un totalmente de acuerdo con la finalidad de la pena privativa de libertad, y un totalmente en desacuerdo. En lo que respecta a la tercera pregunta

**Análisis.-** Analizando la respuesta a la segunda pregunta se tiene, que los ciudadanos e internos tienen conocimiento preciso de la finalidad la pena privativa de libertad, razón por la cual está claro que han recibido instrucción básica en este tema, ya sea en la escuela, colegio, en la universidad, por interés de los mismos, sus parientes, amigos, por experiencias propias o ajenas. Respecto a la tercera pregunta, dada por los encuestados, se debe tener en cuenta que siendo la mayoría la que no está de acuerdo con la función actual que se le ha dado a la pena privativa de libertad, está claro que hay un rechazo parcial a la finalidad de la pena privativa de libertad, pero sobre que el factor normativo estaría contribuyendo al incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

#### **GRÁFICO N° 04:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número cuatro:

Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

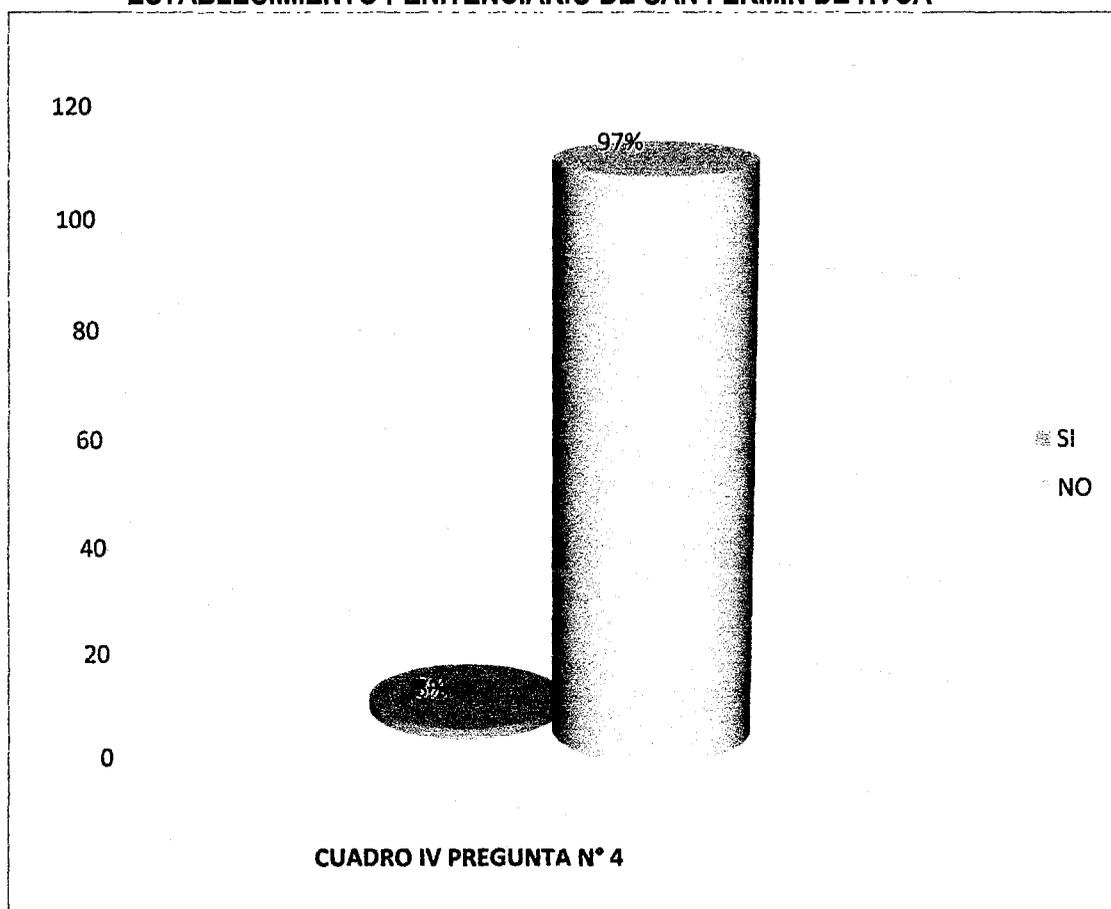
- ¿Cree Ud. que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad ha empezado realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad?

Respondieron:

SI : 02 personas  
NO : 108 personas

**CUADRO IV**

**RESPECTO AL INICIO PENITENCIARIO DE LOS REOS EN EL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMÍN DE HVCA**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene que el 97% de los encuestados no cree que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad vaya empezar realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, mientras que el 03% cree que sí ha comenzado el camino para la resocialización del reo.

**Interpretación.-** Se aprecia que la mayoría de los encuestados (reos y ciudadanos) no consideran que con la aplicación de la pena empiece el camino a la resocialización, siendo un grupo minoritario que si considera que da inicio a la finalidad de la pena privativa de libertad.

**Análisis.-** Nos parece que con la imposición de la pena privativa de libertad, no estaría empezando realmente el camino para la resocialización del reo, ya que, no es novedad el saber que cuando se tiene a un nuevo ingresante al penal, en la mayoría de los casos estos llegan a ser bautizados por los internos quienes dependiendo del delito cometido por el nuevo ingresante le aplican la ley del talión, como por ejemplo la ley del burro (violaste a hora te toca a ti), entonces está claro que más allá de empezar con la resocialización se empieza con la desocialización del nuevo reo, por tanto identificamos claramente en la respuesta a la pregunta, uno de los factores del incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad, el factor político-social.

### **GRÁFICO N° 05 Y 06:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a las preguntas números cinco y seis:

Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

- ¿Ud. cree que el Establecimiento Penitenciario San Fermín de Huancavelica cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen?

Respondieron:

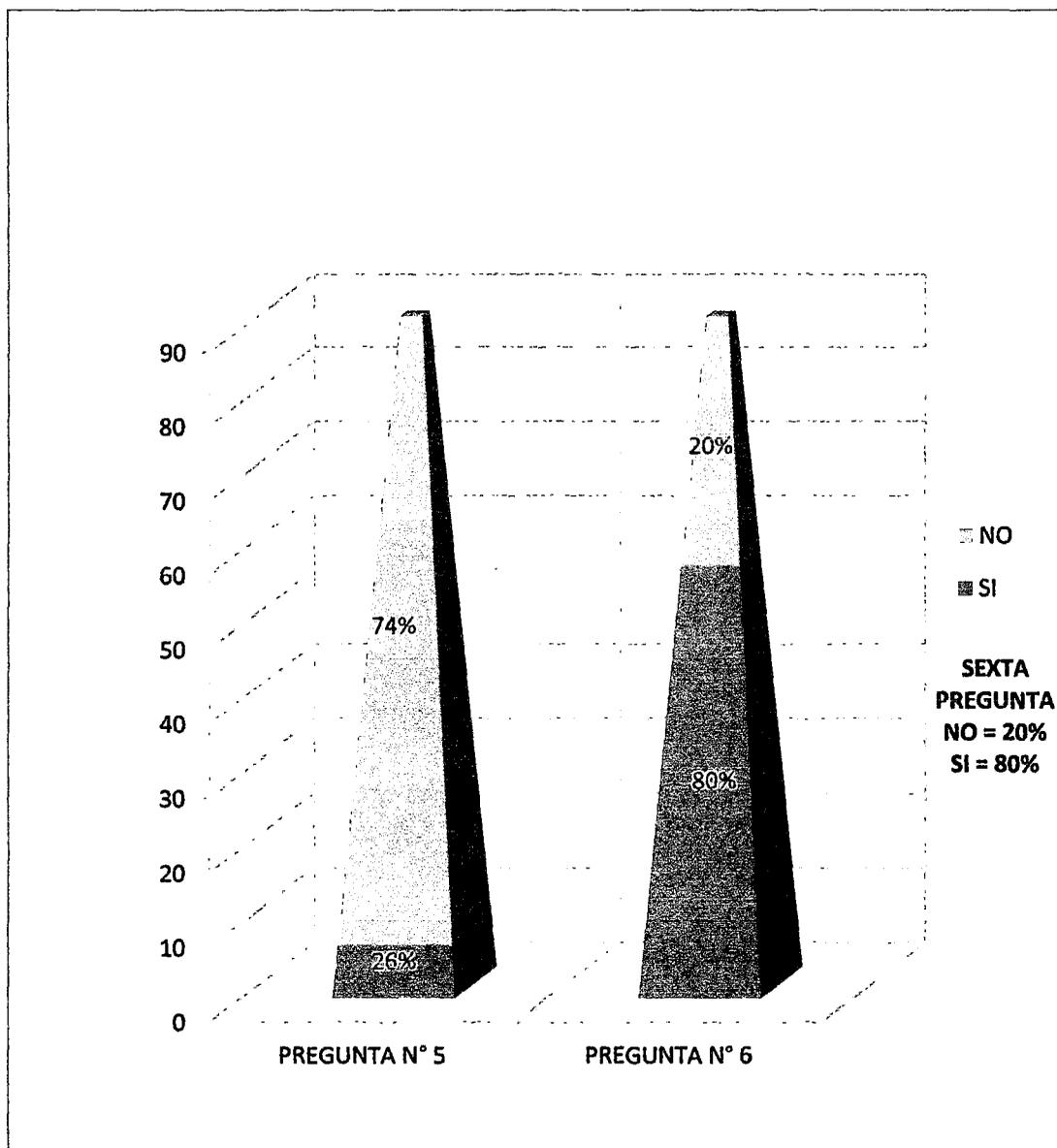
SI	:	07 personas
NO	:	103 personas

- ¿Confía Ud. en la resocialización de las personas del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

Respondieron:

SI	:	personas
NO	:	personas

**CUADRO V**  
**REFERENTE A LA SITUACIÓN FÁCTICA DEL ESTABLECIMIENTO**  
**PENITENCIARIO DE HVCA Y A LA RESOILIZACIÓN DE LOS REOS**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene en la quinta pregunta que, el 74% de los encuestados no cree que el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica cumpla con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen, mientras que el 26% cree que sí. Así también se aprecia que en la sexta pregunta un 20% confía en la resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, en tanto que 80% no confía en la resocialización de los mismos.

**Interpretación.-** Apreciamos que los encuestados consideran en su gran mayoría respecto a la quinta pregunta, que el Establecimiento Penitenciario de San Fermín

de Huancavelica no cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen, y una minoría que sí. Asimismo se aprecia que los ciudadanos huancavelicanos en el cuestionario encuesta, sexta pregunta, un porcentaje relativamente mayor, teniendo en cuenta que la mayor población encuestada está constituida por los reos del penal de Huancavelica, no confía en la resocialización del reo.

**Análisis.-** Analizando la respuesta a la quinta pregunta se tiene, que los ciudadanos e internos tienen conocimiento que el Establecimiento Penitenciario no reúne los requisitos para lograr la resocialización del reo, ya que nuestro penal al igual que muchos de nuestro país carece de infraestructura, personal de resguardo, presupuesto para la alimentación, deficiencia de profesionales de la salud, y una serie de factores que condicionarían la obtención de la resocialización, identificando en la respuesta a esta pregunta el factor económico que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

En lo que respecta a la sexta pregunta, debemos tener en cuenta que también la población encuestada han sido los reos del penal de Huancavelica, por lo que la mayoría de los reos tienen una carga positiva respecto a los mismos y en todo caso la pregunta resultaría para ellos mismos, si confían en su resocialización, pero contrastado su respuesta con la anterior, ingresan en contradicción, ya que el lugar donde se encuentran no reúne las condiciones necesarias para su resocialización.

En tanto que la mayoría de los ciudadanos encuestados son contundentes al considerar que no confían en la resocialización del reo del penal de Huancavelica siendo coherentes con su respuesta a la quinta pregunta, identificando en la respuesta a la sexta pregunta el factor social que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

### **GRÁFICO N° 07 Y 08:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a las preguntas número siete y ocho:

Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

- ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

Respondieron:

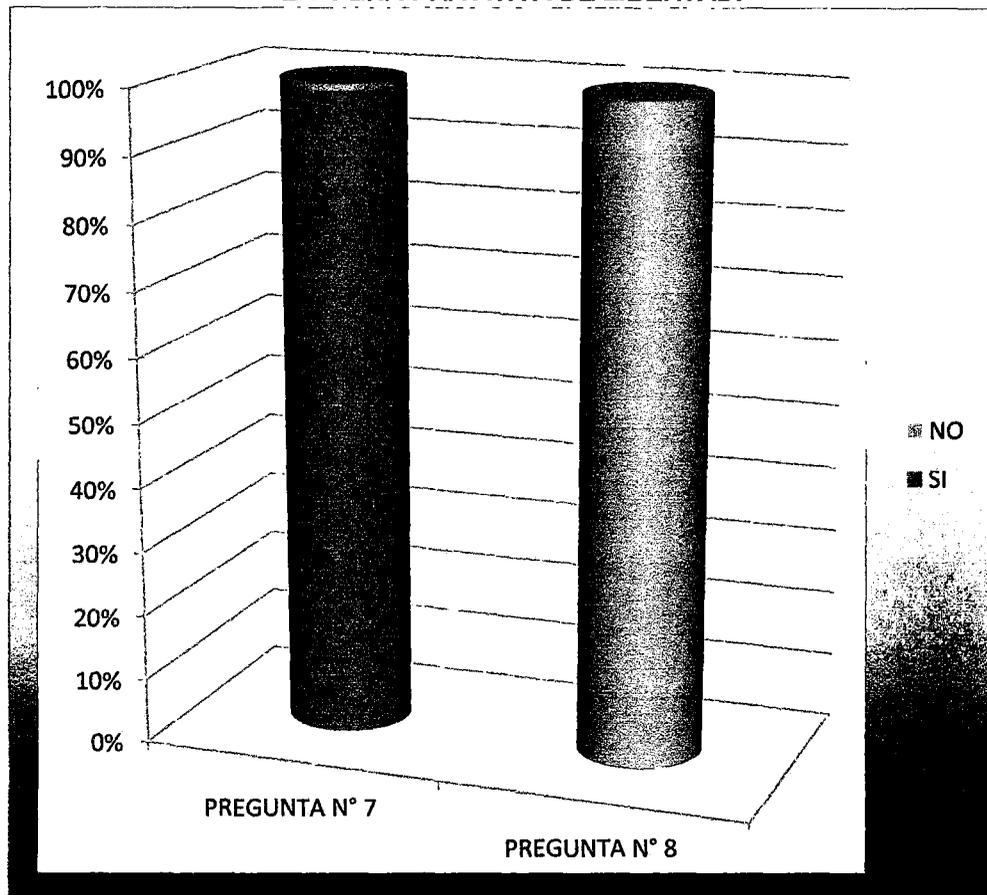
SI : 109 personas  
NO : 01 personas

- ¿Se han preocupado nuestros gobernantes y congresistas en realizar reformas normativas radicales, en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad?

Respondieron:

SI : 00 personas  
NO : 100 personas

**CUADRO VI, RESPECTO A LA INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y LA OMISIÓN DE LOS LEGISLADORES Y GOBERNANTES EN REALIZAR REFORMAS RADICALES EN EL ÁMBITO DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene en la séptima pregunta que el 99% de los encuestados considera que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, mientras que el 01% cree que no. Así también se aprecia en la octava pregunta que, un 100% considera que nuestros gobernantes y congresistas no se han preocupado en realizar reformas normativas radicales, en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad.

**Interpretación.-** Apreciamos que los pobladores y reos consideran en su gran mayoría respecto a la séptima pregunta, que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, y una minoría que no. Asimismo se aprecia que los ciudadanos huancavelicanos en el cuestionario encuesta, octava pregunta, la totalidad de encuestados rechazan que los gobernantes y congresistas se hallan preocupado por realizar cambios radicales en el ámbito de la normatividad de la pena.

**Análisis.-** Analizando la respuesta a la séptima pregunta se tiene, que los ciudadanos e internos en su mayoría atribuyen a la normatividad el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad, ya que la finalidad que persigue la norma resulta ser, en un Estado como el nuestro un ideal difícilmente alcanzable, más aún, cuando se tiene prioridades como la salud, educación, alimentación y otros que el gobierno debe atender primero, identificando en la respuesta a la séptima pregunta el factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

En lo que respecta a la octava pregunta, los encuestados afirman que los congresistas y gobernantes hasta la actualidad no se han preocupado por realizar las reformas normativas radicales en materia de la función de la pena privativa de libertad, y si alguno lo ha propuesto en su campaña electoral solo ha quedado como tal, es decir, solo en boca del mentiroso, identificando en la respuesta a la octava pregunta el factor político que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

56

Por lo tanto tomo relativamente como eficiente una norma, solo cuando ésta se llega a cumplir, es decir, una norma será eficiente por el grado de cumplimiento de la misma, pero sobre todo si esa norma pretende cumplir algo objetivo, realizable, ya que a nadie se le puede exigir u obligar a lo imposible.

### **GRÁFICO N° 09**

En los dos últimos cuadros se muestran los resultados con relación a las preguntas nueve y diez:

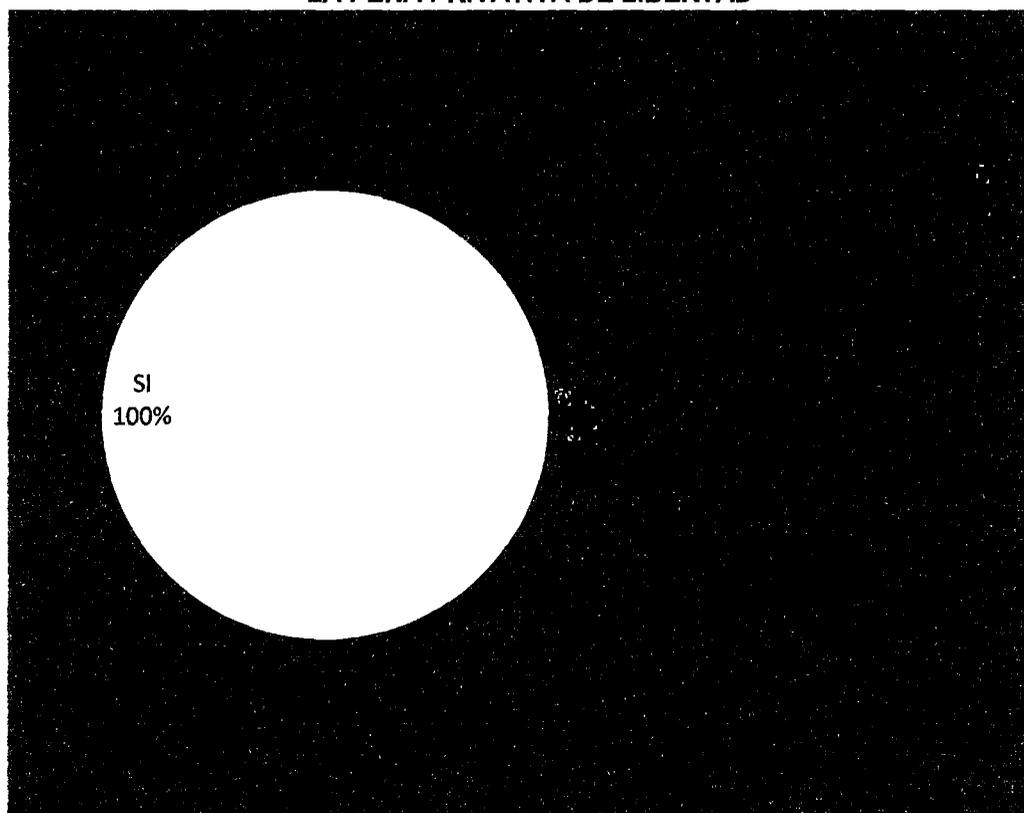
Total de encuestados, 110 personas entre mujeres y varones (60 internos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica y 50 ciudadanos de Huancavelica).

- ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in mellius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

Respondieron:

SI : 110 personas  
NO : 00 personas

**CUADRO VII**  
**CON RELACIÓN A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**



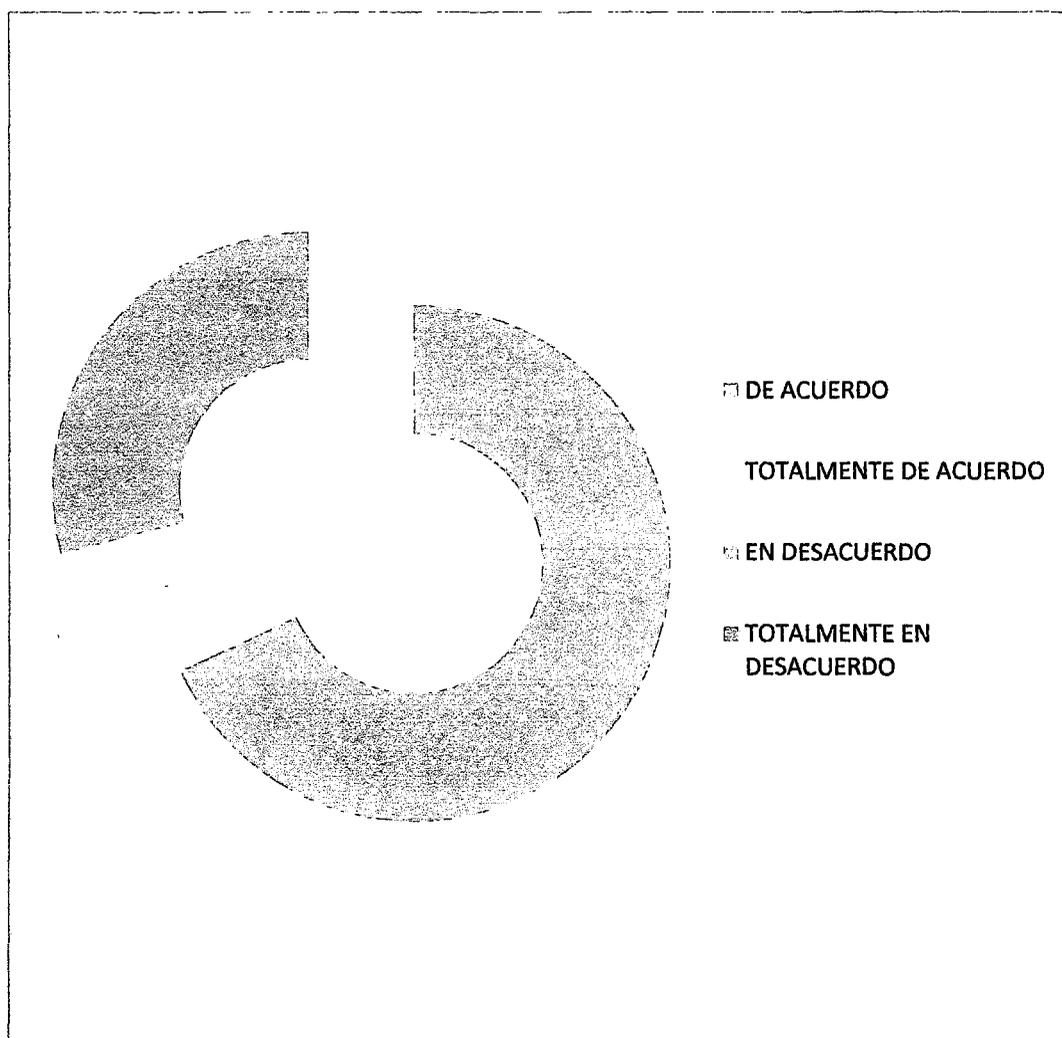
Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

- ¿Considerando la realidad carcelaria, el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que propongo, cuyo texto sería: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad”?

Respondieron:

TOTALMENTE DE ACUERDO	:	03 personas
DE ACUERDO	:	75 personas
EN DESACUERDO	:	32 personas
TOTALMENTE EN DESACUERDO	:	00 personas

**CUADRO VIII  
REFERENTE A LA PROPUESTA DEL INVESTIGADOR**



Fuente: Elaboración propia a partir de la encuesta realizada el 08/09/2014 en el Distrito de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene en la novena pregunta que el 100% de los encuestados considera que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda

la población en general. Así también se aprecia en la décima pregunta que, un 70% considera adecuado la redacción que se propone, es decir, de que el principio de que el régimen penitenciario tenga por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad, mientras hay un 30% de encuestados que no está de acuerdo con la propuesta.

**Interpretación.-** Apreciamos que los pobladores y reos consideran en su totalidad que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general. Asimismo se aprecia que los ciudadanos huancavelicanos en el cuestionario-encuesta, décima pregunta, consideran acertada la propuesta del investigador, y solo una minoría se encuentra en desacuerdo.

**Análisis.-** Analizando la respuesta a la novena pregunta se tiene, que los ciudadanos e internos en su totalidad creen que la solución a la ola de criminalidad de nuestros tiempos estaría, en realizar una reforma constitucional a la función de la pena privativa de libertad, y sin saber mucho de leyes, ya que ven en el ordenamiento jurídico una mala posición respecto a la función que debe cumplir la función de la pena, identificando en la respuesta a la séptima pregunta el factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

En lo que respecta a la última pregunta, la mayoría de los encuestados afirman estar de acuerdo con la propuesta el investigador, ya que se identifica con la respuesta radical que se pretende, porque hoy tenemos una criminalidad común y organizada como nunca antes concebida, la misma que día a día le demuestra al Estado que no cuenta con la efectividad para pararla, y es por tal motivo, que hoy en día la población de la zonas donde hay poca o ninguna presencia del Estado, administre la justicia con sus propias manos, denominándolas “JUSTICIA POPULAR”, que, aunque tenga reconocimiento constitucional, muchas veces ha excedido esa facultad, y que por tal motivo se ha visto muy cuestionada por quienes propugnan estrictamente los derechos fundamentales.

### **Argumentación sobre la propuesta del investigador:**

En efecto, en nuestra realidad, observamos con desesperanza que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad está sólo en papel y no se cumple en la práctica, por cuanto muchas veces, pese a detentar rango constitucional, y que por tanto debería cumplirse, no es realmente así. Muchas veces el reo que salió de la cárcel se burla de la ley y vuelve a cometer actos delictivos y con una mejor efectividad, es común ahora que el ex presidiario se burle del imperio de la Ley, que pocas veces tiene medidas efectivas y carece de órganos de auxilio que hagan cumplir de manera correcta y efectiva sus mandatos.

Si damos argumentos sobre las condiciones en las que se pretende obtener la resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, sobrarían razones ya que, este penal no cuenta con los requisitos materiales ni mucho menos de personal calificado para lograr la resocialización de los reos.

Ahora bien, en cuanto a la confianza de la población en la resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, la respuesta es contundente con la excepción de algunos que si confían en la resocialización de los internos (teniendo en cuenta que la mayoría de los encuestados fueron reos), la población más allá de esperar su resocialización no quieren que estos criminales salgan de la cárcel. Respecto al rol constitucional de la pena privativa de libertad que pretende cumplir el Estado los encuestados en su mayoría no se encuentran de acuerdo, por ende la legitimidad de la pena se ha perdido actualmente.

La mayoría de la población encuestada atribuye el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el establecimiento penitenciario de Huancavelica a la ineficiencia de nuestro ordenamiento jurídico en este tema, así también a los mismos legisladores y gobernantes (factores políticos), factores sociales y económicos. En lo referente a la pregunta número nueve, todos los encuestados creen en que una posible solución al problema de la función de la pena privativa de libertad estaría en una reforma constitucional para darle otro rol constitucional.

Finalmente, se tiene de la encuesta que, la mayoría de la población se encuentra de acuerdo con la propuesta de reforma constitucional del investigador, por lo que es un respaldo objetivo a la tesis del mismo, a la misma vez legitima el sentir y querer de quienes esperan del Estado una respuesta contundente a la criminalidad actual.

Por lo general, la población no confía en la resocialización del reo, sin embargo, hay quienes propugnan el ideal resocializador por estar vinculado nuestro país a tratados en materia de derechos humanos, siendo estos defensores ajenos a lo que acontece realmente en nuestra realidad.

Por lo tanto, es importante una reingeniería constitucional a través de una reforma constitucional, que dote a la función de la pena privativa de libertad de un rol alcanzable, legítimo, que le devuelva al derecho penal la fuerza que ha perdido, y que solo se acuda a su arma mortal (la pena privativa de libertad) como expresión de uno de los principios en el que descansa, es decir, como ultima ratio.

**A continuación se pasa a presentar los resultados de la aplicación del segundo instrumento denominado Cuestionario – Entrevista aplicado a los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.**

**GRÁFICO N° 01:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número uno:

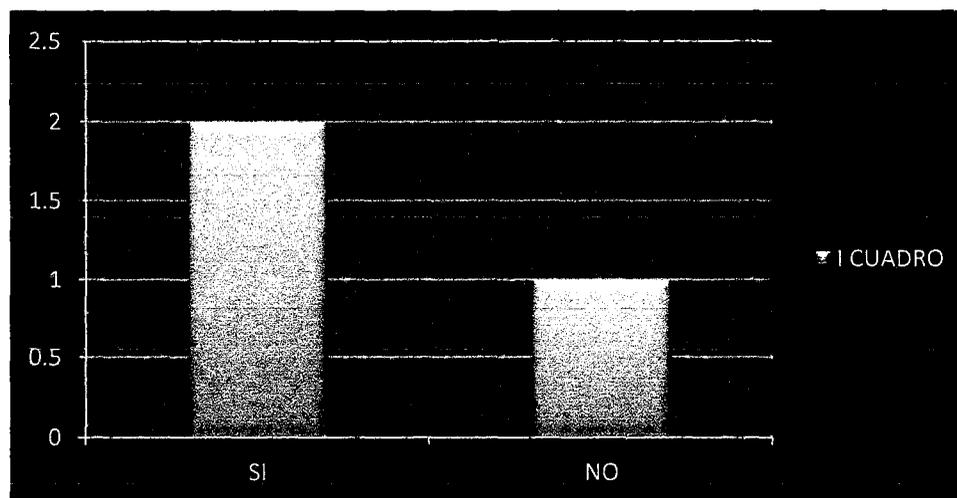
Total de entrevistados, 03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

- ¿Qué opinión le merece la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (Resocialización) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Respondieron:

ACERTADO	:	02 Jueces
DESACERTADO	:	01 Juez

CUADRO I  
RESPECTO A LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD



Fuente: Elaboración propia a partir de la entrevista realizada el 18/08/2014 en la Corte Superior de Justicia de la sede central de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene de la primera pregunta que, de los tres jueces penales, tanto el de primera instancia como el Ad Quem, consideran acertada la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad, mientras que un juez A Quo considera no acertada la función actual de la pena privativa de libertad.

**Interpretación.-** Se aprecia falta de unanimidad en relación a la pregunta número uno, teniendo en cuenta el cargo que ostentan.

**Análisis.-** Las opiniones vertidas por los jueces que consideran adecuado la función asignada a la pena privativa de libertad encuentran sustento en lo defendido por quienes propugnan el ideal resocializador, estando inmersos doctrinarios, organismos internacionales y tratados suscritos y ratificados por nuestro Estado. Cuya plasmación la encontramos en el artículo 139 inciso 22 de nuestra *summa lex legis in iure*, también en la normativa infraconstitucional, en el artículo IX del Título Preliminar de nuestro Código Penal y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal. Mientras que el sustento del juez que está en contra de la opinión de los mencionados, estriba o se funda en lo ineficiente de la norma para alcanzar un ideal casi imposible de realizar por la realidad carcelaria de nuestro país, así como en quienes no creen en la resocialización del reo, identificando por ende en la respuesta a la primera pregunta un factor parcial normativo que influye en el

incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

**GRÁFICO N° 02:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número dos:

Total de entrevistados, 03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

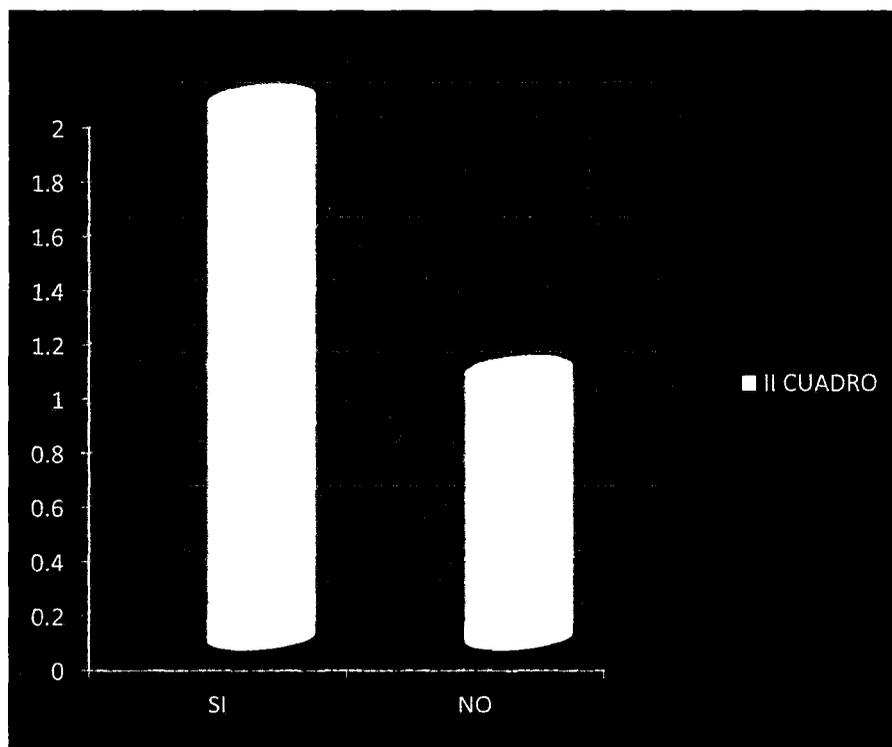
- ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

Respondieron:

SI : 02 Jueces

NO : 01 Juez

**CUADRO II**  
**REFERENTE A LA INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**



Fuente: Elaboración propia a partir de la entrevista realizada el 18/08/2014 en la Corte Superior de Justicia de la sede central de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene de la segunda pregunta que, los jueces especializados en lo penal de primera instancia, consideran que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, mientras que el juez *Ad Quem* considera que no es ineficiente la normatividad.

**Interpretación.-** Se aprecia también falta de unanimidad por parte de los jueces, en relación a la pregunta número dos, teniendo en cuenta el cargo que ostentan.

**Análisis.-** Se tiene de la primera pregunta que de los tres jueces especializados en lo penal, los jueces de primera instancia, consideran que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, además de la falta de una política criminal penitenciaria, sumando a lo expuesto es la misma experiencia de los A Quo, quienes día a día resuelven casos en función a su especialidad, y no han encontrado hasta el momento caso singular de resocialización, mientras que el juez *Ad Quem* considera que la legislación constitucional es una de las mejores normas que tenemos, y que está plasmado en las declaraciones internacionales, así como en muchos países del mundo, identificando por ende en la respuesta a la segunda pregunta un factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

De lo expuesto nos parece que la eficiencia de la norma constitucional y de toda norma yace en dos criterios muy importantes, los cuales son: uno, la finalidad que persigue la norma, y la segunda el grado de cumplimiento de la norma. En el presente caso se tiene un casi nulo incumplimiento de la normatividad en materia de la función de la pena privativa libertad, y en cuanto a la finalidad que se le ha asignado constitucionalmente a la pena, es casi imposible que lo pueda hacer, más aun en nuestro país, cuando no se cuenta con los recursos materiales y humanos para efectivizarlos.

**GRÁFICO N° 03:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número tres:

Total de entrevistados, 03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

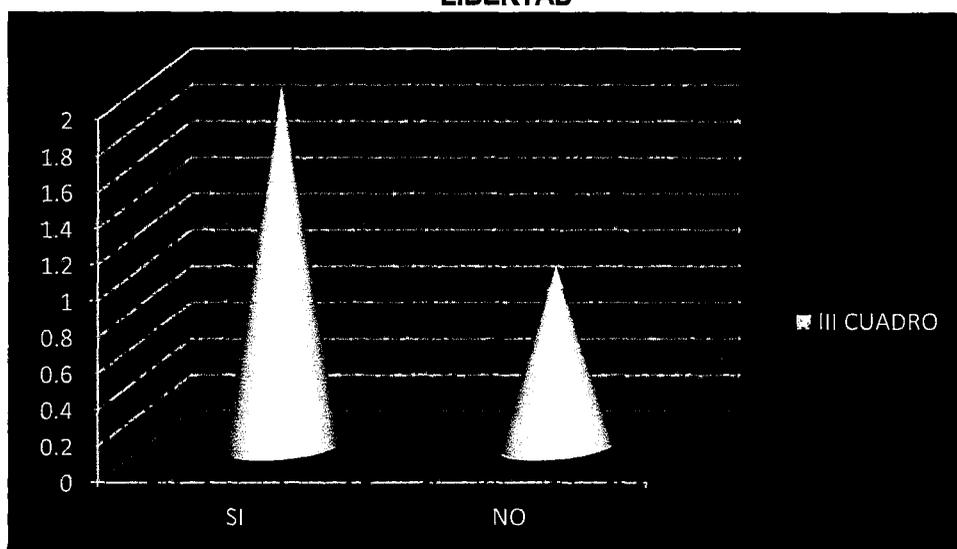
- ¿Cree Ud. que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad al considerarse una *desideratum* (ideal difícilmente alcanzable) para nuestra sociedad, tendría que adoptar otro rol constitucional, más objetivo y acorde a la realidad criminal y carcelaria de nuestro país?

Respondieron:

SI : 02 Jueces  
NO : 01 Juez

**CUADRO III**

**RESPECTO A LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**



Fuente: Elaboración propia a partir de la entrevista realizada el 18/08/2014 en la Corte Superior de Justicia de la sede central de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene de la tercera pregunta que, los jueces especializados en lo penal de primera instancia, consideran que la función de la pena privativa de libertad debería adoptar otro rol constitucional más objetivo, mientras que el juez *Ad Quem* considera que debe permanecer el actual rol de la función de la pena privativa de libertad.

**Interpretación.-** Se aprecia una vez más la falta de unanimidad por parte de los jueces, en relación a la pregunta número tres, teniendo en cuenta que ellos son los encargados de regirse por el principio constitucional de legalidad.

**Análisis.-** Se tiene de la tercera pregunta que de los tres jueces especializados en lo penal, los jueces de primera instancia, consideran que se debería de asignar a la función de la pena privativa de libertad otra función, alcanzable en términos reales, mientras que el juez *Ad Quem* considera que la legislación constitucional que preceptúa la resocialización del reo debería mantenerse sin más.

Nos parece que, mientras sigamos manteniendo como función principal de la pena privativa de libertad, es decir, la resocialización del reo, tendremos que soportar el blindaje de los delincuentes, la criminalidad común y organizada que cada día hace daño a nuestra sociedad, convirtiéndonos en potenciales víctimas, pero sobre todo tendremos que acatar las disposiciones de los organismos internacionales que nos obligan a dar fiel cumplimiento a los tratados que suscribimos porque si no, seremos pasibles de sanciones internacionales. Asimismo tendremos que luchar por alcanzar lo inalcanzable en una sociedad como la nuestra, la resocialización del criminal. Identificamos por ende en la respuesta a la tercera pregunta un factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

#### **GRÁFICO N° 04:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número cuatro:

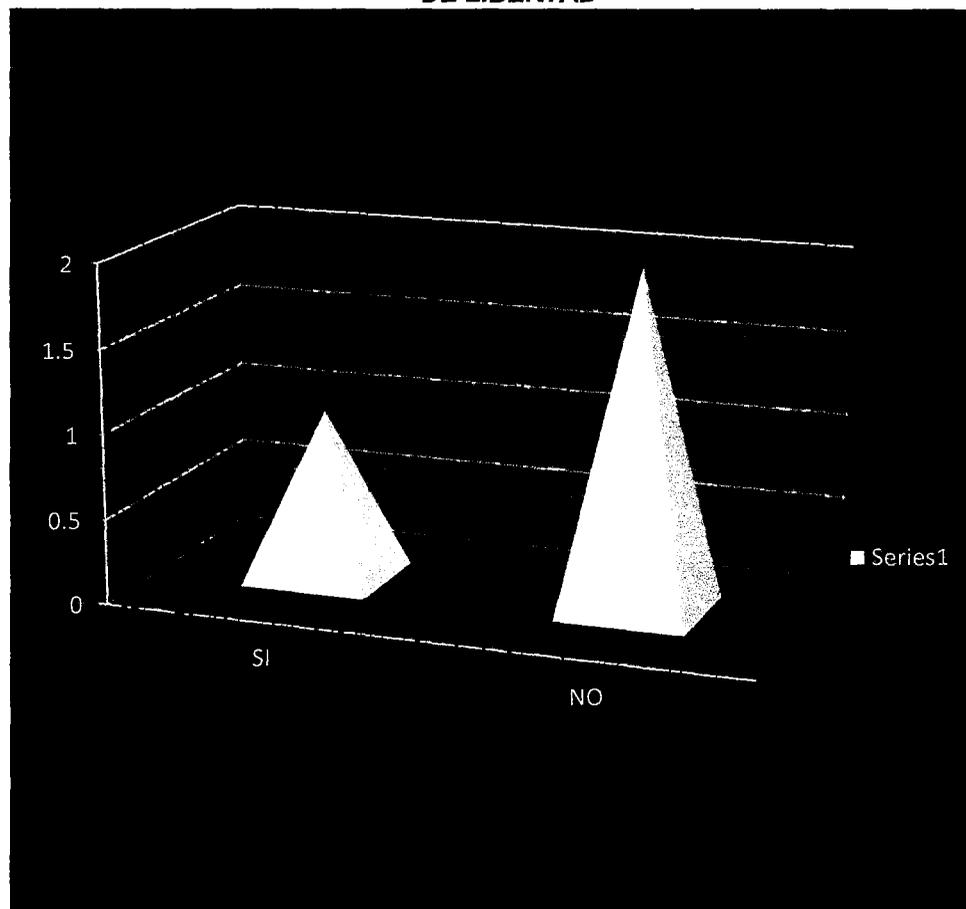
Total de entrevistados, 03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

- ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in mellius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, para darle un rol fácticamente más alcanzable, pero sobre todo para satisfacer la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

Respondieron:

SI	:	01 Juez
NO	:	02 Jueces

CUADRO IV  
REFERENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD



Fuente: Elaboración propia a partir de la entrevista realizada el 18/08/2014 en la Corte Superior de Justicia de la sede central de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene de la cuarta pregunta que, los jueces especializados en lo penal tanto de primera instancia como el superior, consideran que no debería realizarse una reforma constitucional a la función actual de la pena privativa de libertad, mientras que el tercer juez A Quo considera que sí debería realizarse una reforma constitucional.

**Interpretación.-** Se aprecia también falta de unanimidad por parte de los jueces, en relación a la cuarta pregunta, teniendo en cuenta el criterio independiente de cada uno en el tema.

**Análisis.-** De lo expuesto nos parece que, si se propone una alternativa para frenar radicalmente a los criminales, esta tendría que ser necesariamente acudiendo a nuestra norma jurídica, política y económica fundamental, nuestra Constitución Política. Ello en la medida que encarna los derechos fundamentales y el principio de resocialización del reo cuya consecuencia es la cortina de hierro que protege a los criminales, y que por ende les permite seguir operando tanto desde afuera de la

cárcel, como desde adentro. Identificamos por ende en la respuesta a la cuarta pregunta un factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

#### **GRÁFICO N° 04:**

En el presente cuadro se muestran los resultados con relación a la pregunta número cinco:

Total de entrevistados, 03 Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica.

- ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que se propone, cuyo texto sería: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad”?

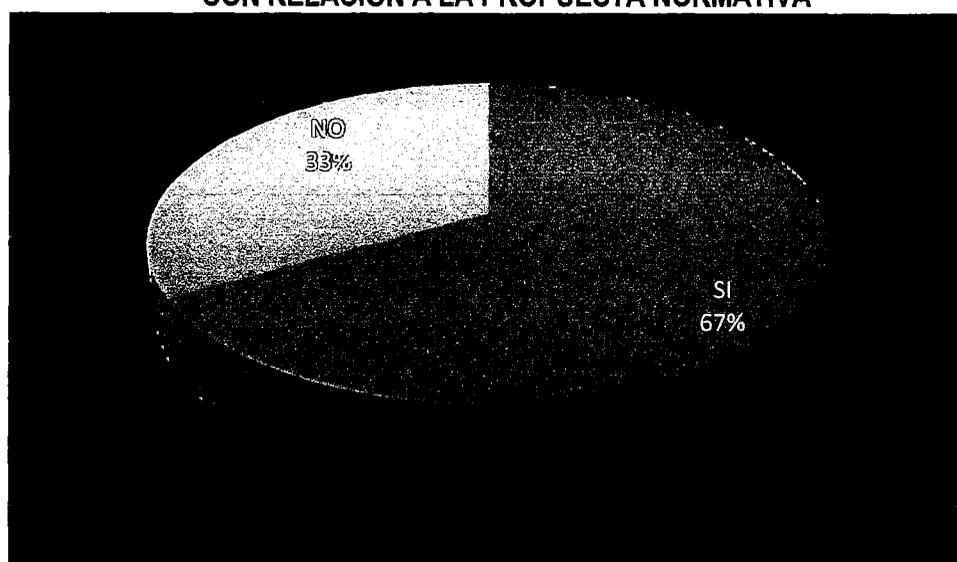
Respondieron:

SI : 02 Jueces

NO : 01 Juez

#### **CUADRO V**

#### **CON RELACIÓN A LA PROPUESTA NORMATIVA**



Fuente: Elaboración propia a partir de la entrevista realizada el 18/08/2014 en la Corte Superior de Justicia de la sede central de Hvca.

**Descripción.-** Se tiene de la última pregunta que, los jueces especializados en lo penal de primera instancia, consideran adecuada la propuesta del investigador en relación a la formulación de un nuevo texto constitucional el cual sería: “El

principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad”, mientras que el juez *Ad Quem* considera no adecuado.

**Interpretación.-** Se aprecia también falta de unanimidad por parte de los jueces, en relación a la última pregunta, teniendo en cuenta el grado académico que tienen y sobre todo la experiencia que han adquirido como operadores de la norma constitucional.

**Análisis.-** Nos parece acertada la posición de los jueces *Ad Quo*, ya que refuerzan la pretensión del investigador y sobre todo la alientan con bases sólidas y contundentes, en tanto que el criterio del juez superior solo lo respetamos, mas no lo compartimos por los fundamentos ya expuestos.

Por tanto nos parece que, deberíamos renunciar parcialmente a los tratados que versan sobre resocialización del reo, ya que solo así se podrá realizar una reingeniería constitucional de la función de la pena privativa de libertad, por medio de una reforma constitucional, asignándole el rol neutralizador y excepcionalmente la resocialización del reo, lo que permitirá, orientar la política criminal penitenciaria y demás acciones que respaldaran las decisiones del Estado para así combatir a los delincuentes y darle a la víctima y a las demandas del pueblo peruano la atención y posición que se merece. Finalmente también Identificamos en la respuesta a la última pregunta un factor normativo que influye en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.

## 4.2. Discusión.

Que, habiéndose obtenido los resultados de investigación estos no pueden ser comparados con los resultados de otras investigaciones, debido a que la presente es de carácter exploratoria, y como se indicó en los antecedentes no existen investigaciones previas en el tema desarrollado.

## CONCLUSIONES

El investigador concluye:

1. Los factores que influyeron en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales del Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica son: el factor económico, político, social y normativo.
2. El factor pecuniario influye negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín, ya que el recinto penitenciario no cuenta con las condiciones necesarias para lograr alcanzar la resocialización de sus internos, más aún, si se tiene en cuenta todo lo mencionado en el marco teórico, doctrinario y jurisprudencial, de la crisis aguda por la que atraviesan nuestros centros penitenciarios, donde el hacinamiento, la falta de infraestructura y de personal calificado es muy evidente.
3. El factor población influye negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la interpretación de la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín, ya que, la mayoría de la población huancavelicana no creen en la resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, más al contrario consideran que una vez reincorporados a la sociedad son más avezados para cometer hechos delictivos. Por ende una vez reincorporados a la sociedad los ex presidiarios no logran conseguir empleo y por tanto vuelven en muchos casos a reincidir.
4. El factor gobierno influye negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín, ya que por *consensus ómnium*, ya que todos los encuestados consideran que ningún legislador o gobernante se ha preocupado hasta el momento, de realizar reformas radicales en el ámbito de la función de la

pena privativa de libertad, y lo único que hacen estos políticos durante su campaña electoral es, proponer lo que nunca van a cumplir.

5. El factor jurídico estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ciudadanos y reos de San Fermín. Por ende atribuyen en parte a la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico Peruano como una de las causas del incumplimiento de la Función de la Pena Privativa de Libertad en el Establecimiento penitenciario de san Fermín de Huancavelica, ya que se le ha asignado a la pena un casi imposible jurídico, que no solo sucede en nuestro país, y quizás lo único que pretende nuestro Estado es quedar bien simbólicamente con los Organismos Internacionales que propugnan los Derechos Fundamentales, ya que como sabemos, nuestro Estado ingenuamente y sin el debido razonamiento, ha suscrito y ratificado tratados con los que ha cedido jurisdicción y por ende una parte sustancial de su poder. Por ende la teoría preventiva especial positiva adoptada por nuestro Estado es un ideal difícilmente alcanzable, más aún si se tiene la opinión de los jueces especializados entrevistados, los cuales en su mayoría no creen en la resocialización del reo, por el contrario afirman que una vez que estos se reincorporan a la sociedad son más avezados para cometer hechos criminales, por lo que la prevención especial positiva ha venido fracasando desde el momento en que se buscó su aplicación. La resocialización dentro de la cárcel peruana es una utopía, una falacia que tiene un carácter simbólico. Muchos autores coinciden en señalar que es contradictoria la aspiración de enseñar a vivir en libertad privando de ella. En síntesis el artículo 139 inciso 22. de nuestra *summa lex constitutione* y demás norma infraconstitucional no estarían surtiendo efectos en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica. Los encuestados en su mayoría no se encuentran de acuerdo con la función actual asignada a la pena privativa de libertad, más al contrario, consideran que se debería realizar una reforma constitucional en ese extremo, para dotar a la norma de un posible jurídico que pueda disminuir considerablemente la organización criminal común y organizada, sobre todo que le devuelva a la población la seguridad jurídica y real que demanda.

## RECOMENDACIONES

El investigador recomienda:

1. Que el Estado comprenda realmente que si no se cumple con la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica, es porque se debe no solo a un factor, sino a varios de ellos, que influyen decididamente cada uno de ellos en la resocialización de los reos, siendo estos factores: el factor económico, social, político y normativo, por lo cual el Estado y las autoridades Huancavelicanas deben incidir en estos factores.
2. Que, el Director del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica gestione y realice convenios con la Municipalidad Provincial de Huancavelica y con el Gobierno Regional de Huancavelica, a fin de que los bienes muebles (mesas, sillas, adornos, y otros.) que se producen en el interior del penal de San Fermín por parte de los internos, puedan venderse en ferias, mercados y demás eventos realizados por estos dos gobiernos, para que de esta manera haya ingresos pecuniarios para los propios internos y un porcentaje razonable sea para el mismo establecimiento, a fin de que se puedan construir otros pabellones que disminuirían el hacinamiento actual de San Fermín.
3. A los organismos como la Defensoría del Pueblo, ONGs vinculadas a la defensa de los derechos fundamentales, Poder Judicial, Ministerio Público y otros, realicen campañas de sensibilización y apoyo a quienes han salido del penal y darle las oportunidades a los reos para que reivindiquen el daño ocasionado. Así también que los reos de San Fermín tomen conciencia del daño que han ocasionado, y que comprendan también que, si la sociedad no cree en su resocialización es porque conocen la situación de las cárceles y en las condiciones en las que se encuentran, por ende, más allá de creer en la resocialización ya no vuelven a confiar en un ex reo.
4. Que, las autoridades locales, congresistas y gobernantes comprendan que si no adoptan decisiones políticas radicales en el ámbito de la criminalidad ya sea en los penales o en las calles, la población en general las hará, creciendo así la

denominada justicia popular, que desplazaría funcionalmente al Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, es decir, a las instituciones que participan en la administración de justicia, por ende considero de suma importancia alcanzar una copia de la investigación a la comisión de trabajo del Congreso de la República en asuntos penales, para que nuestros padres de la patria puedan comprender los factores principales que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad.

5. Se le ha asignado a la pena privativa de libertad un imposible jurídico, por tanto recomiendo una reingeniería constitucional de la función de la pena privativa de la libertad, a través de una reforma constitucional, para dotar a la norma de un posible jurídico que pueda disminuir considerablemente la organización criminal común y organizada, sobre todo que le devuelva a la población la seguridad jurídica y real que demanda.

## EL APORTE DEL INVESTIGADOR

Se propone realizar una Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de Libertad a través de una reforma constitucional, cuyo texto sería:

### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993

#### TÍTULO IV DE LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

##### CAPITULO VIII

##### PODER JUDICIAL

**ARTÍCULO 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**

**Inciso 22.** “El principio de que el régimen penitenciario tenga por objeto principal la neutralización del reo y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad”.

De darse esta reforma constitucional se tendría un impacto directo en las leyes de desarrollo constitucional que las preceptúan, los cuales son: el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, y cuya propuesta sería para estas normas infraconstitucionales:

### CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991

#### TÍTULO PRELIMINAR

##### PRINCIPIOS GENERALES

**ARTICULO IX.- FINES DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.**

La pena tiene función protectora, neutralizadora y excepcionalmente resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación; tutela y rehabilitación.

### CÓDIGO DE EJECUCIÓN PENAL PERUANO DE 1991

#### TITULO PRELIMINAR

**ARTICULO II.- Ejecución penal: Objeto.**

La ejecución penal tiene por objeto principal la neutralización del reo, su reeducación, rehabilitación y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad.

## BIBLIOGRAFÍA

1. BUSTOS RAMIREZ, J. "Manual de Derecho Penal. Parte General", cuarta edición. Editorial Barcelona, España 1994, pág. 355.
2. HURTADO POZO, José. Suspensión de la Ejecución de la Pena y Reserva del Fallo. En "anuario de Derecho Penal". Editorial Grijley, Lima 1999, pág. 432.
3. JAKOBS, Gunther. Derecho Penal Parte General. Segunda edición. Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1995, pág. 118.
4. MAPELLI CAFFARENA, Boya Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español. Madrid. Editorial Boch. (1986) pág. 148.
5. MIR PUIG, S. "El Versari in re Illicita in Codex Penal Español". En: Problemas Fundamentales del Derecho Penal.
6. MUÑOZ CONDE, Francisco. La Resocialización del Delincuente. Editorial Grijley (2000), Lima pág. 320.
7. PAVARINI, Máximo (1995). Los Confines de la Cárcel. Reflexiones sobre el sentido de la pena Montevideo. Carlos Álvarez Editor.
8. ROXIN, Claus (1976). Problemas Básicos del Derecho Penal. Madrid. Reus S.A.
9. ZAFFARONI, Eugenio (2000). Derecho Penal General. Ediciones Ediar. Buenos Aires.
10. ZAFFARONI Eugenio (1981). Tratado de Derecho Penal (Parte General II). Buenos Aires.

### **Normativa Nacional.**

11. Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654 (02/08/91).
12. Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo N° 015-2003-JUS (09/09/03).
13. Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria (Mayo, 2008).
14. Ley N° 29499, Ley que establece la vigilancia electrónica personal (19/01/10).

### **Normativa Comparada.**

15. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Documento aprobado por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008).
16. Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.
17. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, Adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.
18. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
19. Convención Americana de Derechos Humanos.
20. Convenio europeo.
21. Constitución Española de 1978: “Artículo 25.
22. República de Argentina - Ley Nacional N° 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.
23. Código Penal Cubano (29 diciembre de 1987): Capítulo I Los Fines de la Sanción.
24. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).
25. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999).
26. Ley de Ejecución Penal y Supervisión de la República de Bolivia N° 2298.
27. Código Penal de Costa Rica (Ley N° 4.573, 4 de mayo de 1970).
28. Legislación de Chile.

### **Jurisprudencia Nacional.**

29. STC. Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 93.

30. STC. Exp. 0019-2005-PI/TC. Fundamento Jurídico N° 35.
31. STC. Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento Jurídico N° 179.
32. STC. Exp. N° 2276-2005-PHC/TC. Fundamento Jurídico N° 2.
33. STC. Exp. N° 2016-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico. N° 16.
34. STC. Sentencia del expediente N° 134-2006-PHC/TC.
35. STC. Sentencia del expediente N° 0489-2006-PHC/TC.
36. STC. Sentencia del expediente N° 01575-2007-PHC/TC.
37. STC. Sentencia del expediente N° 04860-2007-PHC/TC.
38. STC. Sentencia del expediente N° 05954-2007-PHC/TC.

### **Jurisprudencia Comparada**

39. Fallo de la Corte Suprema Argentina : Hábeas Corpus Colectivo “Fallo Verbitsky”:  
Fallo en el cual la Corte Suprema de Justicia admite el habeas corpus colectivo  
interpuesto por el CELS y establece estándares mínimos sobre condiciones de  
detención y prisión preventiva (3/05/05).
40. Sentencia expedida por la Corte Constitucional Colombiana C-075 de 2007.
41. Sentencia expedida por la Corte Constitucional Colombiana T-134 de 2005.
42. 100. Sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el  
caso “Castro Castro”.
43. Sentencia expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso  
“Tribunal Constitucional vs. Perú”.

### **Otros**

#### **Informes y/o Resoluciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.**

44. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 38/96 (argentina).
45. Comisión Interamericana, Informe Especial sobre la situación de los derechos  
humanos en la cárcel de Challapalca, Departamento de Tacna, República del  
Perú (9/10/03).

### **Comité de derechos humanos de la ONU.**

46. Observación general N° 9: Trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10) 30/07/82.
47. Sustituye a la observación general 9, trato humano de las personas privadas de su libertad (art. 10): 10/04/92. Observación General.

## ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

1. ARAUJO D. Diego. Sustitución de la Pena de Prisión por: ¿Derogación implícita? En drdiegoaraujo@hotmail.com. Año 2009.
2. AROCENA A. Gustavo. Las Directrices Fundamentales de la Ejecución de la Pena Privativa de libertad en el Derecho Argentino. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Octubre de 2007, Córdoba Argentina.
3. CUESTA ARZAMENDI, José L. La Resocialización: Objetivo de la Intervención Penitenciaria. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. España, abril de 2006.
4. MIQUELEZ MARISA, Julia. "Resocialización: su actualidad". Asociación Pensamiento Penal. España, 2008.
5. TINEDO FERNÁNDEZ, Gladys. Reflexiones sobre el Sentido de la Pena. "Programa de Reinserción Social como mecanismo de la función rehabilitadora de la Pena. Un estudio de la Región Centro Occidental. Parte II". Venezuela, Diciembre de 2008.

## **ANEXOS**

MATRIZ DE CONSISTENCIA

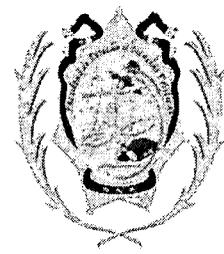
TITULO: "LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"  
 INVESTIGADOR: JESUS GABRIEL CARDENAS ALMONACID

PROBLEMAS	OBJETIVOS	MARCO TEÓRICO	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p><b>1. PROBLEMA PRINCIPAL</b></p> <p>¿ Qué factores influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces especializados en lo penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica sede-central, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?</p> <p><b>2. PROBLEMA ESPECÍFICO</b></p> <p>1. ¿Cuál es el factor Económico que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Hvca?</p> <p>2. ¿Cuál es el factor Social que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?</p> <p>3. ¿Cuál es el factor Político que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica?</p> <p>4. ¿Cuál es el factor Normativo principal que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Hvca, de los ciudadanos y reos?</p>	<p><b>1. Objetivo General</b></p> <p>Determinar los factores que influyen en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica desde la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales del Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, así como de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica.</p> <p><b>2. Objetivos Específicos</b></p> <p>1.- Analizar e interpretar la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Económico que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</p> <p>2.- Analizar e interpretar la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Social que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</p> <p>3.- Analizar e interpretar la opinión de los ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Político que influye en el incumplimiento de la función de la Pena Privativa de Libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</p> <p>4.- Analizar e interpretar la opinión de los Jueces de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica ciudadanos y reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, y a partir de ello establecer el factor Normativo que influye en el incumplimiento de la pena privativa de libertad.</p>	<p><b>ANTECEDENTE INTERNACIONAL</b></p> <p>Se ha podido encontrar al Doctor en Derecho: REYMUNDO GIL RENDON, en su trabajo de investigación titulado "LA NUEVA FORMA DE ORGANIZACIÓN DE PODER EN MEXICO: REINGENIERIA CONSTITUCIONAL".</p> <p>- Marco histórico de la Pena Privativa de Libertad.</p> <p>- Teorías sobre la Pena.</p> <p>- La Función de la Pena en el derecho comparado.</p> <p>- Jurisprudencia del TC. Peruano.</p>	<p><b>Hipótesis General</b></p> <p>La Reingeniería Constitucional de la Función de la Pena Privativa de libertad permitiría el adecuado cumplimiento de la Resocialización de los reos del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</p> <p><b>Hipótesis Específica.</b></p> <p>1.- El factor Económico estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.</p> <p>2.- El factor Social estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.</p> <p>3.- El factor Político estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los ciudadanos huancavelicanos y reos de San Fermín.</p> <p>4.- El factor Normativo estaría influyendo negativamente en el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad desde la opinión de los Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, ciudadanos y reos de San Fermín.</p>	<p><b>1. Variable Independiente</b></p> <p>(X)</p> <p>Ordenamiento Jurídico Peruano.</p> <p>Indicadores:                  Constitución Política del Perú.</p> <p><b>2. Variable Dependiente</b></p> <p>(Y)</p> <p>Función de la Pena Privativa de Libertad</p> <p>Indicadores:                  - Doctrina                  - Norma                  - Jueces Penales.                  - Reos de San F.                  - Ciudadanos.</p>	<p><b>1. Ámbito de estudio</b></p> <p>➤ Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.</p> <p><b>2. Tipo de Investigación</b></p> <p>El tipo de investigación será: <b>Básica o Pura, Jurídico Propositiva.</b></p> <p><b>3. Nivel de Investigación Científica.</b></p> <p>➤ <b>Descriptivo</b>, ya que se analizara el fenómeno de la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico Peruano respecto a la Función de la Pena Privativa de Libertad.</p> <p>➤ <b>Explicativo</b>, el que busca las causas o las razones que provocan ciertos fenómenos.</p> <p><b>4. Método de Investigación</b></p> <p><b>4.1. Método General</b></p> <p>➤ Científico.</p> <p><b>4.2. Métodos Específicos:</b></p> <p>➤ Analítico – Sintético.                  ➤ Inductivo – Deductivo.</p> <p><b>5. Diseño de la Investigación</b></p> <p>Se hará uso del diseño no experimental, descriptivo, confirmatorio.</p> <p><b>6. Población:</b> Reos, Jueces y Ciudadanos de Hvca.</p> <p><b>7. Muestra:</b> Consta de 60 Reos del Establecimiento Penitenciario de Huancavelica, 03 Jueces especializados en lo penal y 50 ciudadanos de Hvca</p> <p><b>8. Muestreo:</b> Intencional – No probabilístico</p> <p><b>9. Técnicas</b></p> <p>Análisis Documental, encuesta, entrevista</p> <p><b>10. Instrumentos</b></p> <p>Cuestionario de encuesta, guías de entrevista Ficha de análisis de contenido.</p> <p><b>11. Fuentes</b></p> <p>- Bibliográficas                  - Normas                  - Tratados</p>

# ANEXO N° 02: INSTRUMENTO



“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCVELICA  
(Creada por ley 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

## ENTREVISTA N° .....

**ENTREVISTA SOBRE: “INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LO QUE RESPECTA A LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD - ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCVELICA”**

**OBJETIVO:** Conocer la opinión de los Magistrados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica - sede central, sobre la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico en lo que respecta a la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización), y su incumplimiento en el Establecimiento Penitenciario de San Fermin de Huancavelica.

**INTRODUCCION:** A continuación se le presenta un cuestionario que contiene preguntas respecto al tema materia de investigación

**DATOS GENERALES:**

**NOMBRES Y APELLIDOS:** .....

**CARGO:** .....

**DEPENDENCIA:** .....

**PREGUNTAS:**

1. ¿Qué opinión le merece la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (Resocialización) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

- 2. ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

- 3. ¿Cree Ud. que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad al considerarse una *desideratum* (ideal difícilmente alcanzable) para nuestra sociedad, tendría que adoptar otro rol constitucional, más objetivo y acorde a la realidad criminal y carcelaria de nuestro país?

4. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in mellius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, para darle un rol fácticamente más alcanzable, pero sobre todo para satisfacer la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

-----

-----

-----

-----

-----

-----

-----

-----

-----

-----

5. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que se propone, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

-----

-----

-----

-----

-----

-----

Huancavelica.....de.....de 2014.

**ENTREVISTADOR: Jonatán Fernando, Carlos Almonacid.**

\_\_\_\_\_

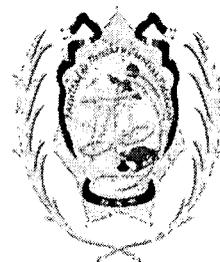
**INVESTIGADOR: Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid  
Huancavelica – 2014.**

\_\_\_\_\_

ANEXO N° 03: HOJA DICOTÓMICA



“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA  
(Creada por ley N° 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN  
ESCALA DICOTÓMICA PARA JUICIO DE EXPERTO  
APRECIACIÓN DEL EXPERTO SOBRE INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN  
(Juicio de Expertos)

“LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y Nombres del Profesional:.....
- 1.2. Cargo e institución donde labora :.....
- 1.3. Nombre del Instrumento evaluado :.....
- 1.4. Autor del instrumento :.....
- 1.5. Lugar y fecha :.....

II. ASPECTOS DE LA VALIDACIÓN DEL CUESTIONARIO - ENCUESTA.

INDICADORES	CRITERIOS	ALTERNATIVAS	
		SI	NO
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado y comprensible.		
2. OBJETIVIDAD	Permite medir hechos observables		
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología		
4. ORGANIZACION	Presentación ordenada		
5. SUFICIENCIA	Comprende aspectos de las variables en cantidad y calidad suficiente.		
6. PERTINENCIA	Permite conseguir datos de acuerdo a los objetivos planteados		
7. CONSISTENCIA	Pretende conseguir datos basados en teorías o modelos teóricos		
8. COHERENCIA	Entre variables, indicadores y los ítems		
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde al propósito de la investigación		
10. APLICACIÓN	Los datos permiten un tratamiento estadístico pertinente		

ITEM

OBSERVACIONES

SUGERENCIAS

ITEM	OBSERVACIONES	SUGERENCIAS

Huancavelica, ..... de ..... de 2014.

\_\_\_\_\_  
Firma del Experto Informante

## ANEXO N° 04: VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE MEDICIÓN.

### VALIDEZ DEL INSTRUMENTO DE MEDICIÓN.

La validez del instrumento determino por la técnica de Juicio de Validez de Expertos; los resultados dicotómicos de los cinco expertos fueron analizados por el modelo multinomial y sometidos a una prueba estadística de significancia al nivel 5%.

En la tabla N° 01 se muestra dichos resultados. Como podemos observar el instrumento es significativo en los diez criterios de evaluación de los jueces ( $0,031 < 0,05$ ). Además en su forma general el instrumento es significativo, pues el contraste de significancia obtenido (Sig.) es menor que 0,05; con lo cual concluimos que el primer instrumento tiene una validez muy significativa.

TABLA N° 01

Ítem evaluado	Expertos - Magistrados					Sig.
	1	2	3	4	5	
1	1	1	1	1	1	0,002
2	1	1	1	1	1	0,002
3	1	1	1	1	1	0,002
4	1	1	1	1	1	0,002
5	1	1	1	1	1	0,002
6	1	1	1	1	1	0,002
7	1	1	1	1	1	0,002
8	1	1	1	1	1	0,002
9	1	1	1	1	1	0,002
10	1	1	1	1	1	0,002
Total	10	10	10	10	10	

**Siendo:**

1: Criterio correcto.

0: criterio incorrecto.

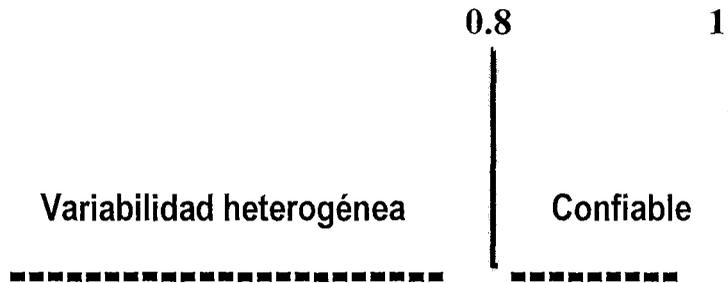
**EXPERTOS:**

- 1) Dra. ANITA LUZ, JULCA VARGAS.
- 2) Dr. MÁXIMO T., ALVARADO ROMERO.
- 3) Dra. ANA, VILLANUEVA BRAÑEZ.
- 4) Dr. WALDO, GONZALES APASA.
- 5) Mg. LUIS JESÚS, CARBAJAL BASTO.

### ANEXO Nº 05: CONFIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DE MEDICIÓN.

Para la confiabilidad del instrumento de medición, se procesó por medio del Alfa de Cronbach. El cual procedió con la varianza de los ítems.

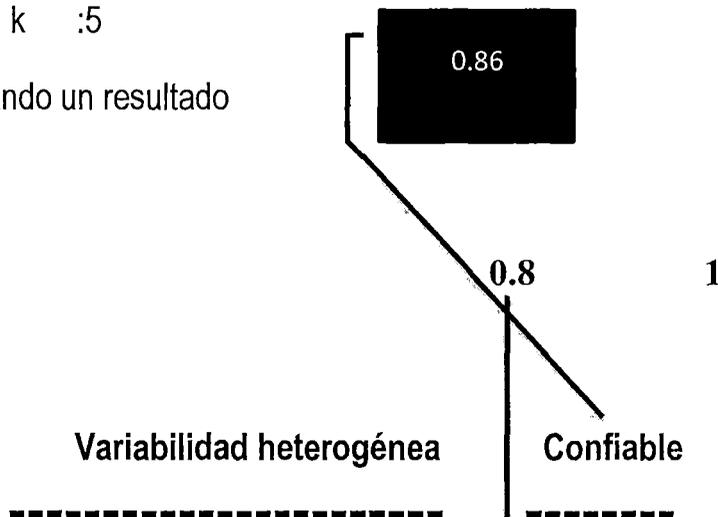
$$\alpha = \left[ \frac{k}{k-1} \right] \left[ 1 - \frac{\sum_{i=1}^k s_i^2}{s_t^2} \right],$$



Dónde:

- $s_i^2$  :3.9
- $s_i^2$  :3.9
- k :5

Dando un resultado

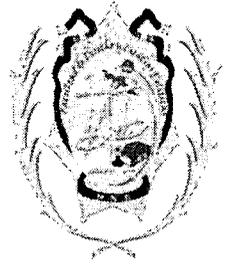


El valor obtenido es de 0.86, lo cual es mayor al valor mínimo de 0.8 lo cual indica una confiabilidad del instrumento de medición.



ANEXO N° 06: FICHA DE ENCUESTA - POBLACIÓN

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



Título de Investigación:

“LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

CUESTIONARIO – ESCUESTA  
(Población de Huancavelica)

I. Datos generales:

- 1.1. Nombres y Apellidos .....
- 1.2. Edad: ( )
- 1.3. Sexo: ( M ) ( F )
- 1.4. Ocupación: .....
- 1.5. Fecha: ...../...../.....

II. Indicaciones: Marcar con un aspa (X) la respuesta que considere correcta.

- 1. ¿Está de acuerdo con la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido en nuestro Estado?  
SI ( ) NO ( )
- 2. ¿Conoce Ud. qué la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo?  
SI ( ) NO ( )
- 3. ¿Está de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico?  
TOTALMENTE DE ACUERDO ( )  
DE ACUERDO ( )  
EN DESACUERDO ( )  
TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )
- 4. ¿Cree Ud. que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad ha empezado realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad?  
SI ( ) NO ( )

- 5. ¿Ud. cree que el Establecimiento Penitenciario San Fermín de Huancavelica cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen?

SI ( ) NO ( )

6. ¿Confía Ud. en la resocialización de las personas del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI ( ) NO ( )

7. ¿Considera Ud. que la la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI ( ) NO ( )

8. ¿Se han preocupado nuestros gobernantes y congresistas en realizar reformas normativas radicales, en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad?

SI ( ) NO ( )

9. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

SI ( ) NO ( )

10. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que propongo, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )

DE ACUERDO ( )

EN DESACUERDO ( )

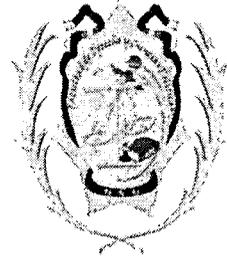
TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

**ENCUESTADORA: Andrea, Pariona Quispe (Est. de Derecho)**

.....

**INVESTIGADOR: Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid**

.....



ANEXO Nº 07: FICHA DE ENCUESTA – POBLACIÓN DE REOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Título de Investigación:

“LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

**CUESTIONARIO – ENCUESTA**

(Población de reos)

ESTA INFORMACIÓN ES ANÓNIMA, LA MISMA QUE SE MANTENDRÁ EN RESERVA, Y QUE SOLO SERVIRÁ PARA FINES ACADÉMICOS.

**I. Datos generales:**

1.6. Edad: ( )

1.7. Sexo: (M) (F)

1.8. Lugar: Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

1.9. Fecha: ...../...../.....

**II. Indicaciones: Marcar con un aspa (X) la respuesta que considere correcta.**

11. ¿Está de acuerdo con la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido en nuestro Estado?

SI ( ) NO ( )

12. ¿Conoce Ud. qué la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo?

SI ( ) NO ( )

13. ¿Está de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )

DE ACUERDO ( )

EN DESACUERDO ( )

TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

14. ¿Cree Ud. que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad ha empezado realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad?

SI ( ) NO ( )

15. ¿Ud. cree que el Establecimiento Penitenciario San Fermín de Huancavelica cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen?

SI ( ) NO ( )

16. ¿Confía Ud. en la resocialización de las personas del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI ( ) NO ( )

17. ¿Considera Ud. que la la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI ( ) NO ( )

18. ¿Se han preocupado nuestros gobernantes y congresistas en realizar reformas normativas radicales, en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad?

SI ( ) NO ( )

19. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in mellius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

SI ( ) NO ( )

20. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que propongo, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )

DE ACUERDO ( )

EN DESACUERDO ( )

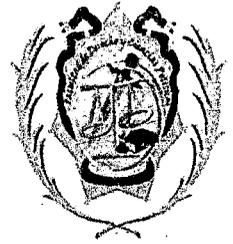
TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

**ENCUESTADORA: Andrea, Pariona Quispe (Est. de Derecho)**

**INVESTIGADOR: Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid**



"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCVELICA  
(Creada por ley 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ENTREVISTA Nº 01

ENTREVISTA SOBRE: "INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LO QUE RESPECTA A LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD - ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCVELICA"

**OBJETIVO:** Conocer la opinión de los Magistrados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica - sede central, sobre la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico en lo que respecta a la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización), y su incumplimiento en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**INTRODUCCION:** A continuación se le presenta un cuestionario que contiene preguntas respecto al tema materia de investigación

**DATOS GENERALES:**

**NOMBRES Y APELLIDOS:** JAIUE (ANTICHOAS ROSA)

**CARGO:** JUEZ SUPERIOR

**DEPENDENCIA:** SALA PENAL

**PREGUNTAS:**

1. ¿Qué opinión le merece la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (Resocialización) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

La norma penal tiene como fin regular la conducta de las personas, y como consecuencia de ella se impone una pena; por consiguiente a la Constitución tiene como función la resocialización del penado a la sociedad. En nuestra realidad no cumple su función debido a la falta de un

programa nuevo de parte del Estado, quien el encargalo de ejecutar las penas; sería aceptable que nuestras cárceles fueran las mínimas condiciones para dicho fin, pero sabemos que no es así.

2. ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

No debemos confundir el ordenamiento jurídico con los expertos de la norma, en este caso, de las normas penitenciarias. Las normas están bien dadas, sino que no se cumplen.

3. ¿Cree Ud. que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad al considerarse una *desideratum* (ideal difícilmente alcanzable) para nuestra sociedad, tendría que adoptar otro rol constitucional, más objetivo y acorde a la realidad criminal y carcelaria de nuestro país?

El rol asignado a las penas están debidamente sustentadas; comparadas con las legislaciones más modernas, lo que sucede es que estas no avanzan si pensamos por desinterés de nuestros gobernantes. No se invierte en política penitenciaria.

4. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, para darle un rol fácticamente más alcanzable, pero sobre todo para satisfacer la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

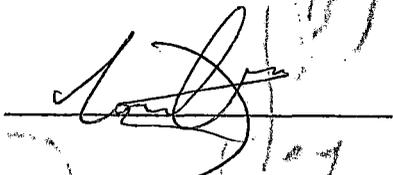
10  
No. Lo que se debe de pensar es que se  
cumpla la ley penitenciaria. Pero como  
estas son adecuadas para la rehabilitación  
de los reos.

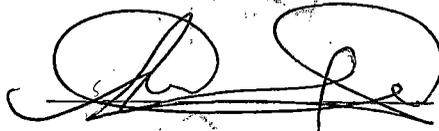
5. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que se propone, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

No. Los reos tienen derechos fundamentales  
que deben respetarse, esto, conforme a los tratados  
internacionales del cual Perú es parte y debe  
respetar dichos derechos.

Huancavelica... 18 de Agosto de 2014.

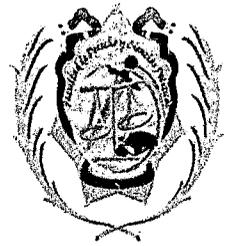
**ENTREVISTADOR:** Jonatán Fernando, Carlos Almonacid.

  
**INVESTIGADOR:** Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid  
Huancavelica - 2014.





"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA  
(Creada por ley 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ENTREVISTA Nº 02

ENTREVISTA SOBRE: "INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LO QUE RESPECTA A LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD - ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCAMELICA"

**OBJETIVO:** Conocer la opinión de los Magistrados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica - sede central, sobre la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico en lo que respecta a la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización), y su incumplimiento en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**INTRODUCCION:** A continuación se le presenta un cuestionario que contiene preguntas respecto al tema materia de investigación

**DATOS GENERALES:**

**NOMBRES Y APELLIDOS:** PAUL RUBEN CHANCOS CARPIA

**CARGO:** Juez (s)

**DEPENDENCIA:** SEGUNDO JUZGADO PENAL - CSJHU

**PREGUNTAS:**

- 1. ¿Qué opinión le merece la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (Resocialización) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Handwritten response area with horizontal lines and a diagonal slash.



Video

2. ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

Handwritten response area for question 2, crossed out with a diagonal line. Includes the word "VIDEO" written vertically on the right side.

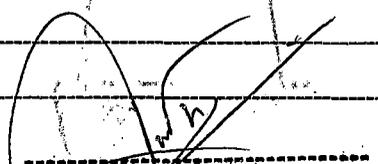
3. ¿Cree Ud. que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad al considerarse una *desideratum* (ideal difícilmente alcanzable) para nuestra sociedad, tendría que adoptar otro rol constitucional, más objetivo y acorde a la realidad criminal y carcelaria de nuestro país?

Handwritten response area for question 3, crossed out with a diagonal line. Includes the word "VIDEO" written vertically on the right side.

4. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in mellius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, para darle un rol fácticamente más alcanzable, pero sobre todo para satisfacer la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

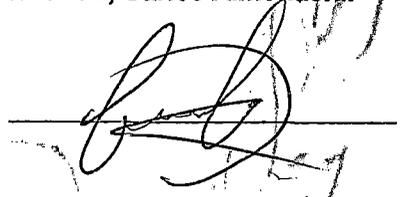


- 5. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que se propone, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

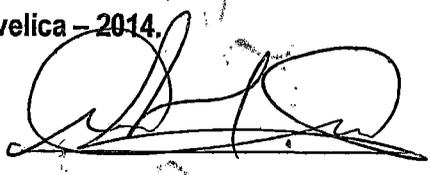
  
**RAUL R. CHANCOS CAPCHA**  
 JUEZ (S)  
 SEGUNDO JUZGADO PENAL  
 Corte Superior de Justicia de Huancavelica

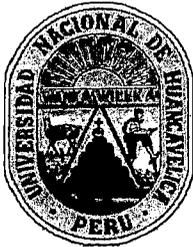
Huancavelica... 18 de agosto de 2014.

**ENTREVISTADOR:** Jonatán Fernando, Carlos Almonacid.

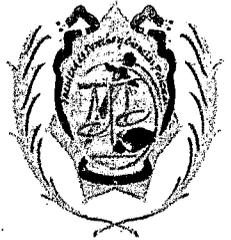


**INVESTIGADOR:** Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid  
 Huancavelica - 2014.





"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"



UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAMELICA  
(Creada por ley 25265)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ENTREVISTA N° 03

ENTREVISTA SOBRE: "INEFICIENCIA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN LO QUE RESPECTA A LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD - ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCAMELICA"

**OBJETIVO:** Conocer la opinión de los Magistrados de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica - sede central, sobre la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico en lo que respecta a la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización), y su incumplimiento en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.

**INTRODUCCION:** A continuación se le presenta un cuestionario que contiene preguntas respecto al tema materia de investigación

**DATOS GENERALES:**

**NOMBRES Y APELLIDOS:** ALFREDO CERNA VEGA  
**CARGO:** JUEZ ESPECIALIZADO EN LO PENAL  
**DEPENDENCIA:** PRIMER JUZGADO PENAL CSJHUCA

**PREGUNTAS:**

Mg. ALFREDO CERNA VEGA  
JUEZ (P)  
PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO PENAL

1. ¿Qué opinión le merece la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (Resocialización) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Handwritten response area with horizontal lines and a diagonal slash.

V. D. E. O.

V. 1963

- 2. ¿Considera Ud. que la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

*[This section contains a large diagonal line drawn across the lined paper, indicating that the answer to question 2 is not provided.]*

V. 1960

- 3. ¿Cree Ud. que la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad al considerarse una *desideratum* (ideal difícilmente alcanzable) para nuestra sociedad, tendría que adoptar otro rol constitucional, más objetivo y acorde a la realidad criminal y carcelaria de nuestro país?

*[This section contains a large diagonal line drawn across the lined paper, indicating that the answer to question 3 is not provided.]*

V. 1965

- 4. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad en nuestro Ordenamiento Jurídico, para darle un rol fácticamente más alcanzable, pero sobre todo para satisfacer la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

[Redacted area]

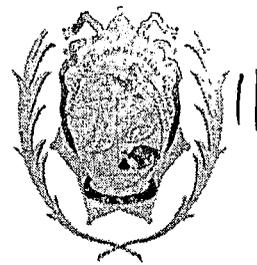
- 5. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que se propone, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

[Redacted area]

Huancavelica 18 de Agosto de 2014.

**ENTREVISTADOR:** Jonatán Fernando, Carlos Almonacid.

**INVESTIGADOR:** Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid  
Huancavelica - 2014.



Título de Investigación:

“LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO”

**CUESTIONARIO – ESCUESTA**  
(Población de reos)

ESTA INFORMACIÓN ES ANÓNIMA, LA MISMA QUE SE MANTENDRÁ EN RESERVA, Y QUE SOLO SERVIRÁ PARA FINES ACADÉMICOS.

**I. Datos generales:**

- 1.1. Edad: 34
- 1.2. Sexo:  (M)  (F)
- 1.3. Lugar/Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica.
- 1.4. Fecha: 08/09/14

**II. Indicaciones: Marcar con un aspa (X) la respuesta que considere correcta.**

1. ¿Está de acuerdo con la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido en nuestro Estado?

SI  NO ( )

2. ¿Conoce Ud. que la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo?

SI  NO ( )

3. ¿Está de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )  
 DE ACUERDO ( )  
 EN DESACUERDO (  )  
 TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

4. ¿Cree Ud. que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad ha empezado realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad?

SI  NO ( )

5. ¿Ud. cree que el Establecimiento Penitenciario San Fermín de Huancavelica cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen?

SI ( )

NO (X)

6. ¿Confía Ud. en la resocialización de las personas del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI (X)

NO ( )

7. ¿Considera Ud. que la la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI (X)

NO ( )

8. ¿Se han preocupado nuestros gobernantes y congresistas en realizar reformas normativas radicales, en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad?

SI ( )

NO (X)

9. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

SI (X)

NO ( )

10. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que propongo, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )

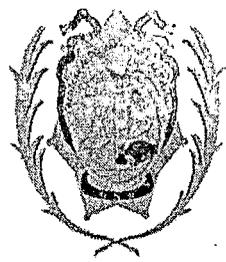
DE ACUERDO ( )

EN DESACUERDO (X)

TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

**ENCUESTADORA:** Andrea, Pariona Quispe (Est. de Derecho)

**INVESTIGADOR:** Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid



Título de Investigación:

**"LA REINGENIERÍA CONSTITUCIONAL DE LA FUNCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO"**

**CUESTIONARIO - ESCUESTA**

(Población de Huancavelica)

**I. Datos generales:**

1.1. Nombres y Apellidos: Jenya F. Dueñas Donzires

1.2. Edad: (21)

1.3. Sexo: (M)  (F)

1.4. Ocupación: Química Farmacéutica / Trabajo social de comunidad

1.5. Fecha: 20 / 08 / 17

Dueñas

**II. Indicaciones: Marcar con un aspa (X) la respuesta que considere correcta.**

1. ¿Está de acuerdo con la pena privativa de libertad que se les impone a quienes han delinquido en nuestro Estado?

SI (X) NO ( )

2. ¿Conoce Ud. qué la imposición de la pena de cárcel (pena privativa de libertad) tiene por finalidad la resocialización del reo?

SI (X) NO ( )

3. ¿Está de acuerdo con la función constitucionalmente asignada a la pena privativa de libertad (resocialización del reo) en nuestro Ordenamiento Jurídico?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( )  
DE ACUERDO ( )  
EN DESACUERDO (X)  
TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

4. ¿Cree Ud. que a partir de la imposición de la pena privativa de libertad ha empezado realmente el camino para la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad?

SI ( ) NO (X)

5. ¿Ud. cree que el Establecimiento Penitenciario San Fermín de Huancavelica cumple con las condiciones necesarias para que los reos se resocialicen?

SI ( ) NO (X)

6. ¿Confía Ud. en la resocialización de las personas del Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI ( ) NO (X)

7. ¿Considera Ud. que la la ineficiencia del Ordenamiento Jurídico estaría ocasionando el incumplimiento de la función de la pena privativa de libertad (Resocialización) en el Establecimiento Penitenciario de San Fermín de Huancavelica?

SI (X) NO ( )

8. ¿Se han preocupado nuestros gobernantes y congresistas en realizar reformas normativas radicales en el ámbito de la función de la pena privativa de libertad?

SI ( ) NO (X)

9. ¿Cree Ud. que se debería realizar una reforma constitucional *in melius* (para mejor) a la función de la pena privativa de libertad, para darle un rol fácticamente alcanzable, pero sobre todo que satisfaga la seguridad real y jurídica que demanda la población en general?

SI (X) NO ( )

10. ¿Considerando la realidad carcelaria y el incremento del crimen organizado y común en nuestro país, considera adecuado la redacción que propongo, cuyo texto sería: "El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto principal la neutralización del reo, y excepcionalmente su reincorporación a la sociedad"?

TOTALMENTE DE ACUERDO ( X )

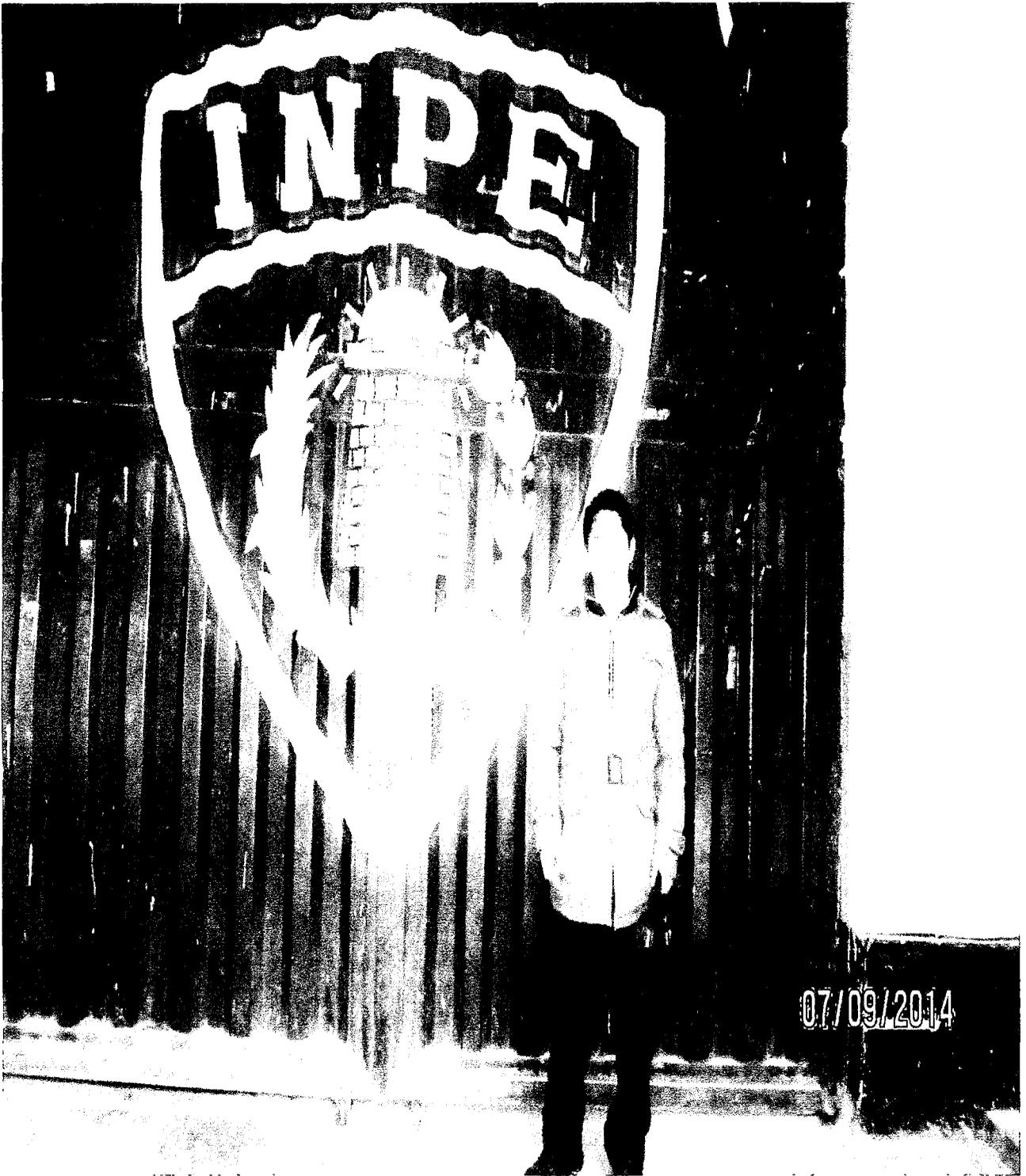
DE ACUERDO ( )

EN DESACUERDO ( )

TOTALMENTE EN DESACUERDO ( )

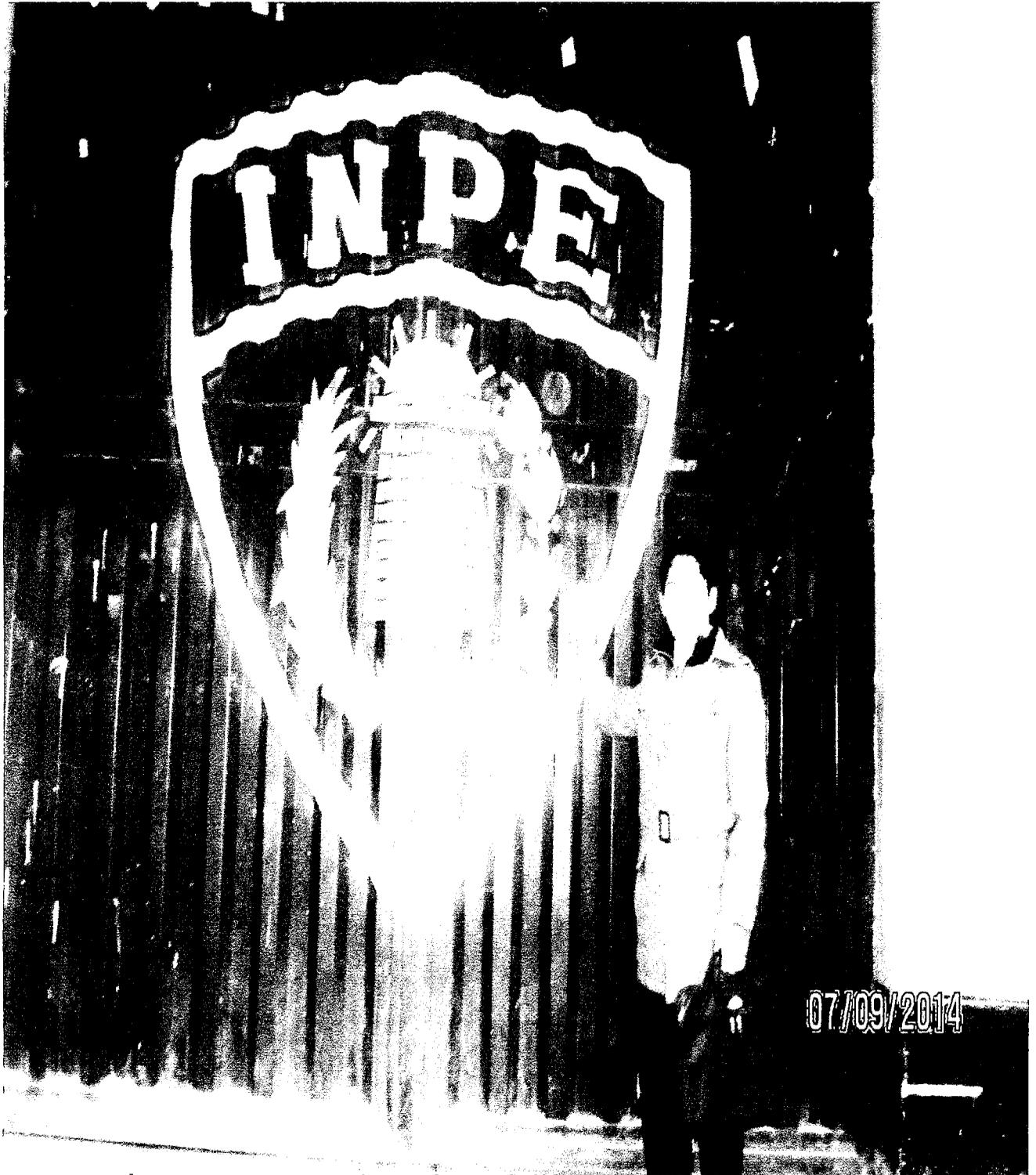
**ENCUESTADORA:** Andrea, Pariona Quispe (Est. de Derecho)

**INVESTIGADOR:** Bachiller Jesús Gabriel, Cardenas Almonacid



I. EL INVESTIGADOR EN SU LLEGADA AL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCVELICA, A EFECTOS DE ENCUESTAR A LOS INTERNOS.

II. EL INVESTIGADOR TOCANDO LA PUERTA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE HUANCAMELICA.



III EL INVESTIGADOR INGRESANDO AL ESTABLECIMIENTO  
PENITENCIARIO DE SAN FERMIN DE MIANCAVEICA



07/09/2014

EL INVESTIGADOR ENCUESTANDO A UNO DE LOS POBLADORES HUANCAMELICANO.



EL INVESTIGADOR ENCUESTANDO A UNO DE LOS POBLADORES HUANCVELICANO.



07/09/2014

EL INVESTIGADOR ENCUESTANDO A UNA DE LAS POBLADORAS  
DE HUANCAMELICA.



EL INVESTIGADOR ENCUESTANDO A UNA DE LAS POBLADORAS DE HUANCAMELICA.



EL INVESTIGADOR A LA SALIDA DE LA ENTREVISTA DE LOS  
JUECES EN LO PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE  
HUANCVELICA.



07/09/2014

1

EL INVESTIGADOR A LA ENTRADA DE LA ENTREVISTA DE LOS  
JUECES EN LO PENAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE  
HUANCAMELICA

