



FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO

**EL CONTROL JUDICIAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN  
DE LA PENA**

**PRESENTADA POR  
ENRIQUE ORLANDO CUBILLAS BOY**

**ASESORA  
DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ  
2022**



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



**UNIDAD DE POSGRADO**

**EL CONTROL JUDICIAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE  
LA PENA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAESTRO EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

**PRESENTADO POR:**

**ENRIQUE ORLANDO CUBILLAS BOY**

**ASESORA:**

**Dra. DIANA GISELLA MILLA VÁSQUEZ**

**Lima, Perú**

**2022**

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA</b> .....	5
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	6
<b>RESUMEN</b> .....	7
<b>ABSTRACT</b> .....	9
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b> .....	11
1.1. Descripción de la situación problemática.....	11
1.2. Formulación del problema.....	15
1.2.1. Problema general.....	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3. Objetivos de la investigación.....	15
1.3.1. Objetivo general.....	15
1.3.2. Objetivos específicos.....	16
1.4. Justificación de la investigación.....	16
1.4.1. Justificación teórica.....	16
1.4.2. Justificación práctica.....	18
1.5. Limitaciones del estudio.....	19
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	20
2.1. Antecedentes de la investigación.....	20

<b>2.2. Bases teóricas.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.1. Fundamento del Derecho penal.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.1.1. Ius puniendi.....</b>	<b>24</b>
<b>2.2.1.2. Definición de la pena.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2.1.3. Justificación, naturaleza y finalidad de la pena.....</b>	<b>41</b>
<b>2.2.1.4. Jurisprudencia nacional e internacional.....</b>	<b>56</b>
<b>2.2.2. Derecho penitenciario.....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.2.1. Concepto.....</b>	<b>59</b>
<b>2.2.2.2. Naturaleza jurídica y autonomía.....</b>	<b>60</b>
<b>2.2.2.3. Sistemas penitenciarios.....</b>	<b>60</b>
<b>2.2.2.4. Principios del derecho penitenciario.....</b>	<b>65</b>
<b>2.2.2.5. Sistema, régimen y tratamiento penitenciario.....</b>	<b>72</b>
<b>2.2.2.6. Régimen penitenciario-disciplinario y principios.....</b>	<b>72</b>
<b>2.2.3. Control judicial en la etapa de ejecución de la pena. El juez de vigilancia penitenciaria.....</b>	<b>75</b>
<b>2.2.3.1. Ejecución de la pena.....</b>	<b>75</b>
<b>2.2.3.2. Razones y aclaraciones del garantismo punitivo.....</b>	<b>75</b>
<b>2.2.3.3. Necesidad de control judicial en la etapa de ejecución de la pena.....</b>	<b>76</b>
<b>2.2.3.4. Definición del juez de vigilancia penitenciaria.....</b>	<b>80</b>
<b>2.2.3.5. Evolución histórica.....</b>	<b>81</b>

2.2.3.6. Naturaleza jurídica.....	81
2.2.3.7. Perfil jurisdiccional.....	82
2.2.3.8. Funciones y atribuciones.....	83
2.2.3.9. Régimen impugnativo.....	88
2.2.3.10. Vínculos y relaciones con otros organismos administrativos y judiciales.....	89
2.2.4. Derechos de los privados de libertad.....	90
2.2.4.1. Dignidad humana.....	103
<b>CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES.....</b>	<b>112</b>
3.1. Formulación de hipótesis principales y derivadas.....	112
3.2. Variables y definición operacional.....	112
<b>CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA.....</b>	<b>113</b>
4.1. Diseño metodológico.....	113
4.2. Técnicas de recolección de datos.....	113
4.3. Técnicas estadísticas para el procesamiento de la información.....	113
<b>CAPÍTULO V: RESULTADOS.....</b>	<b>114</b>
<b>CAPÍTULO VI: DISCUSIÓN.....</b>	<b>116</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>120</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>122</b>
<b>REFERENCIAS.....</b>	<b>123</b>

## **DEDICATORIA**

A mis padres, Maritza y Orlando, por el amor y la confianza depositada, son ejemplo de esfuerzo y profesionalismo.

A mis abuelos, Malena, Armando, Fara y Fausto, como testimonio imperecedero de cariño y gratitud.

A mi novia Ariana, luz de mis días y compañera de vida.

A mi querida familia.

## **AGRADECIMIENTOS**

A los doctores y profesores universitarios, Diana Milla Vásquez, José Ávila Herrera y Edwar Álvarez Yrala, por sus valiosos aportes y recomendaciones durante la investigación.

Al Poder Judicial del Perú, como contribución por los años de servicio, la experiencia adquirida y el aprendizaje constante.



## RESUMEN

La tesis que se presenta contiene seis capítulos: planteamiento del problema, marco teórico, hipótesis y variables, metodología, resultados y discusión.

En el primero, se formularon problemas, objetivos y justificaciones (teóricas y prácticas). En el segundo, se desarrollaron antecedentes y bases teóricas de la investigación, con énfasis en los fundamentos del Derecho penal (*ius puniendi*, justificación, naturaleza y finalidad de la pena), el Derecho penitenciario (concepto, naturaleza, sistemas penitenciarios y principios), el control judicial en la etapa de ejecución de la pena (ejecución y necesidad de control), el juez de vigilancia penitenciaria (definición, evolución histórica, naturaleza jurídica, perfil jurisdiccional, funciones y atribuciones, y vinculación con otros organismos administrativos y judiciales), los derechos de los privados de libertad y la dignidad humana. En el tercero y cuarto, se expusieron las hipótesis, variables y metodología. Y, en el quinto y sexto, se formularon resultados y discusión.

Con el fin de sustentar la posición adoptada, se hizo uso de literatura jurídica especializada, y jurisprudencia constitucional y penal. Se emplearon fuentes nacionales y comparadas.

El planteamiento y propuesta principal reside en la creación de una judicatura cualificada, integrada al Poder Judicial, que ejerza funciones de control en la etapa de ejecución de la pena. Con lo cual, se dará cumplimiento al principio de legalidad, se garantizará el respeto por los

derechos fundamentales de los privados de libertad y se estará a la vanguardia en materia punitiva.

## **ABSTRACT**

The following thesis contains six chapters: problem statement, theoretical framework, hypothesis and variables, methodology, results and discussion.

In the first chapter, we stated problems, objectives, justifications (theoretical and practical).

In the second chapter, we reviewed records and theoretical bases of our investigation, with emphasis in fundamentals of Criminal Law (*ius puniendi*, justification, nature and purpose of penalty), Penitentiary Law (concept, nature, prison systems and principles), Judicial control during enforcement of sentence stage (enforcement and need for control), the judge overseeing enforcement of sentence (definition, evolution, history, legal nature, jurisdictional profile, duties and attributions, and linkages with other administrative and judicial organisms), the rights of the ones deprived of Liberty and human dignity. In the third and fourth chapter, we presented the hypothesis, variables and methodology. And in the fifth and sixth chapter, we presented results and discussions.

With purpose of supporting our adopted position, we review specialized legal literature, constitutional and criminal law jurisprudence. We reached national and comparative law sources.

The statement and main proposal lays in the creation of a qualified judiciary, attached to the Judicial Power, that will enforce the duties or overseeing the enforcement of sentence stage. Wherewith, principle of legality will be accomplish, guaranteeing respect of the fundamental rights

of the liberty-deprived and achieve to be up to date with Punitive research field.

NOMBRE DEL TRABAJO

ENRIQUE CUBILLAS  
BOY.doc

AUTOR

ENRIQUE CUBILLAS BOY

RECUENTO DE PALABRAS

28084 Words

RECUENTO DE CARACTERES

156628 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

133 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

490.0KB

FECHA DE ENTREGA

Sep 28, 2022 2:34 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Sep 28, 2022 3:07 PM GMT-5

### ● 13% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 12% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 6% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

### ● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 8 palabras)



Fernando Varela Bohórquez  
Coordinador Académico de las Maestrías en Derecho  
Posgrado USMP

# INTRODUCCIÓN

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Se viven tiempos aciagos en materia de derechos humanos.

El irrespeto por el núcleo esencial o mínimo existencial del ser humano es algo cotidiano no solo de parte del Estado sino también entre los sujetos particulares en sus relaciones interpersonales.

Son comunes los casos en los que las propias organizaciones públicas, en lugar de hacer viables sus canales de acceso y resguardo a los ciudadanos, instauran sistemas obstaculizadores y contrarios al deber de protección de los derechos fundamentales y al compromiso de velar por el efectivo cumplimiento de los servicios básicos de salud, educación, seguridad y justicia.

Se soslaya que el respeto a la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales, constituye el fundamento y el límite de la actividad estatal. Este precepto deontológico, derivado de los artículos 1 y 2 de la Constitución Política del Estado, es de obligatorio cumplimiento por las instituciones y funcionarios públicos que las dirigen, en virtud de su especial posición de autoridad y poder frente a determinados individuos.

En ese sentido, el fenómeno descrito no es ajeno al ámbito penitenciario. Esto se debe a que, en su mayoría, las condiciones en

que se vienen ejecutando las penas privativas de libertad son violatorias de los derechos fundamentales y, en los casos más extremos, constituyen tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011) ha definido los problemas más graves de los privados de libertad, esto es:

[...] (a) el hacinamiento y la sobrepoblación; (b) las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; (c) los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades; (d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal; (e) el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales; (f) el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria; (g) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; (h) la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y (i) la corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011).

En lo específico, las consecuencias de la sobrepoblación carcelaria –y del consiguiente descontrol de las autoridades sobre las prisiones– no solo son absolutamente negativas desde la perspectiva de la resocialización, sino que, sobre todo, generan riesgos físicos para los reclusos (contagios, amenazas, agresiones sexuales, etcétera) (SILVA SÁNCHEZ, 2022).

A la vez, se adicionan otros cuestionamientos estructurales.

Desde una perspectiva situacional: escasa alimentación y carencia de salubridad física y mental; y, desde una óptica jurídica: restricción de mecanismos legales de acortamiento de penas indeterminadas o de larga duración —es decir, beneficios penitenciarios y revisiones periódicas de condenas penales—, e inobservancia del principio de legalidad.

En el Perú, la ejecución de las penas privativas de libertad está a cargo del Instituto Nacional Penitenciario (en adelante INPE). Este último, de acuerdo con el artículo 133 del Código de Ejecución Penal, constituye el “rector del Sistema Penitenciario Nacional [sic]”.

Sin embargo, haberse encomendado al INPE la función de ejecutar y dirigir el cumplimiento de las penas privativas de libertad decretadas en las sentencias judiciales, ha generado graves problemas relacionados a la vulneración de los derechos y garantías.

A partir de las formas y los métodos utilizados por el INPE, es difícil concebir que puedan haberse satisfecho los principios del régimen penitenciario, esto es, la rehabilitación, la reeducación y la reincorporación del penado a la sociedad, conforme a lo estipulado en el artículo 139, numeral 22, de la Constitución Política del Estado.

Sobre el particular, en el sistema penal y penitenciario se ha comprendido incorrectamente el principio de división de poderes — legislativo, judicial y ejecutivo—. Lo que ha derivado que la ejecución de la pena privativa de libertad corresponda solamente a la Administración



penitenciaria; por lo que: “la jurisdicción se despedía del penado en la puerta de la cárcel, sin ejercer ningún control judicial [sic]” (MIR PUIG, C. 2018).

Esta situación ha impulsado múltiples inconvenientes derivados de la afectación de derechos fundamentales. Frente a ello, las respuestas del Estado no han sido satisfactorias. En contra de la necesidad de reformas —orientadas a la protección de los derechos fundamentales— confluye la desatención al problema carcelario, el retardo en la administración de justicia, la debilidad de las políticas penitenciarias, la corrupción del sistema judicial y carcelario, y la limitada inversión económica.

Las condenas judiciales solo afectan el derecho de libertad personal de los penados, pero no deben restringir los demás derechos humanos inderogables, como la vida, la salud, la integridad personal (física y mental), entre otros, que resultan necesarios para la consecución de los fines constitucionales de las personas. Por esta razón, la necesidad de control judicial en la etapa de ejecución de la pena constituye un imperativo jurídico-social y, además, se erige como garantía eficaz del trato digno de los reclusos.

Esto ha sido contemplado por la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 05436-2014-PHC/TC Tacna, del veintiséis de mayo de dos mil veinte, fundamento décimo), al haber establecido:

[...] el juez es competente para evaluar también la constitucionalidad de las condiciones en las que se desarrolla la detención y, en general, la privación de la libertad de una persona de conformidad con los principios y valores constitucionales y, especialmente, según el principio-derecho

de dignidad humana y los principios de razonabilidad y proporcionalidad [...].

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema general**

¿Resulta compatible con la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que la autoridad encargada de controlar y decidir los lineamientos de ejecución de las penas privativas de libertad sea la Administración Penitenciaria?

### **1.2.2. Problema específico**

¿Posee el sistema de ejecución penal peruano un cuerpo normativo que permita un control judicial especializado de las decisiones administrativas que restrinjan los derechos de los privados de libertad?

¿La ausencia del control judicial en la etapa de ejecución de la pena, desfavorece el respeto de los derechos humanos y la dignidad de los privados de libertad?

## **1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. Objetivo general**

Determinar que el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad es un medio eficaz para asegurar que el condenado pueda ejercer los derechos y facultades inherentes a su condición de ser humano.

### **1.3.2. Objetivos específicos**

Establecer la necesidad de un cuerpo normativo que permita un control judicial especializado de las decisiones administrativas que restrinjan los derechos de los privados de libertad.

Instaurar los factores por los cuales el control judicial de la pena, resulta favorable al respeto por los derechos humanos y la dignidad de los privados de libertad.

## **1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. Justificación teórica**

Entre las sanciones estatales, la pena privativa de libertad constituye la medida más extrema y tiene como propósito punir la comisión de un delito.

En sus inicios, era concebida como medio represivo y retributivo, cuya finalidad última era la neutralización absoluta del delincuente. Por ello, la pena era un fin en sí mismo y no admitía otros propósitos en su aplicación.

Posteriormente, estos ideales fueron depuestos y, en su lugar, surgieron las teorías de la prevención general y especial.

Según la prevención general, la pena cumplía un doble propósito: por un lado, debía intimidar a los integrantes del grupo social con la imposición de un castigo por la ejecución

de un ilícito penal (prevención general negativa-disuasoria) y, por otro lado, le concernía restablecer la confianza social en el Derecho (prevención general positiva-integradora).

En cambio, la prevención especial fue instituida para evitar que el sujeto que hubiese delinquido lo haga nuevamente.

El avance de la criminalidad ha demostrado que no es viable un escenario en el que la privación de la libertad pueda ser sustituida por una medida diferente, la cual, evitando el sufrimiento inherente a la carcelería, sirva de igual o mejor manera a las necesidades que demanda la defensa social. Es por ello que la pena, siendo un mal necesario, resulta indispensable como mecanismo de control social.

Sin embargo, tal situación debe ser analizada con suma prudencia, pues, la reclusión de un penado, sin alternativas de tratamiento eficaz y progresivo o, también, sin la posibilidad de una eventual liberación, genera un efecto adverso denominado “prisionización”.

Los alcances de la prisionización, han sido explicados de la siguiente manera:

[...] la necesaria y progresiva adaptación que se va produciendo en el preso a la vida en la cárcel que [...] constituye una auténtica subcultura en la que rigen determinados valores y conductas distintos, y en ocasiones contrarios a los que constituyen el entramado de valores y conductas que

predominan en una sociedad determinada, en la que supone debe integrarse de nuevo el penado, tras haber cumplido la condena (DE LAMO RUBIO, 1997).

La situación descrita demuestra que debe optarse por un sistema penitenciario en el que la ejecución sea dirigida por jueces especializados en la materia, quienes deberán cumplir una doble función: resolver las controversias surgidas en materia de régimen disciplinario, actuando como órgano de revisión y, al mismo tiempo, garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

#### **1.4.1. Justificación práctica**

Actualmente, la autoridad encargada de dirigir la ejecución penal es la Administración Penitenciaria, pero sin control jurisdiccional.

Por esta razón, se postula permutar el modelo de control administrativo de ejecución de la pena —en virtud de limitaciones ilegales, innecesarias e injustificadas a los derechos humanos de los internos—, por el sistema de control judicial de ejecución de la pena.

Será preciso entender que los establecimientos penitenciarios, en lugar centros de reclusión o meros depósitos humanos, constituyen verdaderos *espacios de seguridad y tratamiento*, tanto para la sociedad (frente a personas propensas a perpetrar delitos), como para los internos

(quienes, si bien transgredieron las normas básicas de convivencia y ejecutaron ilícitos de diversa naturaleza, no corresponde vulnerar sus derechos básicos por su condición de seres humanos).

#### **1.5. LIMITACIONES DEL ESTUDIO**

La limitación principal reside en la ausencia de legislación peruana respecto al control judicial en la etapa de la ejecución de la pena. Todo lo cual impulsa a desarrollar un estudio descriptivo basado en la dogmática y la jurisprudencia constitucional y penal, nacional e internacional.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN**

Sobre el control judicial en la etapa de ejecución de la pena, se han identificado los siguientes antecedentes:

**SOLÓRZANO PÉREZ, D. A. (2006). La importancia de los juzgados de ejecución penal y la necesidad de creación de más juzgados de dicha categoría por región.**

La judicialización de la ejecución de la pena, requiere que el juez asuma controles formales y sustanciales. El primero está relacionado con el inicio y el final de la reclusión, es decir, el cómputo de la pena. En tanto, el segundo supone constatar si la pena cumple sus finalidades; si se respetaron los derechos fundamentales de los condenados; si las sanciones disciplinarias impuestas y el control que ejerce la Administración Penitenciaria, no degradan al condenado.

**DEFENSORÍA DEL PUEBLO (2009). Documento de trabajo número 003-2009-DP/ADHPD. El juez de ejecución penal y vigilancia penitenciaria en el sistema penal peruano, razones para su implementación desde un enfoque de derechos.**

Las funciones del juez de ejecución penal y vigilancia penitenciaria son cumplidas, en cierto modo, por los jueces de reos en cárcel, y en otros casos, por “comisiones oficiales de apoyo al interno [sic]” que han sido creadas por algunas Cortes Superiores, las cuales visitan los centros

penitenciarios para apoyar y atender los problemas que se presenten durante la etapa de ejecución.

La creación de una judicatura especializada en el control de la actividad carcelaria, es un progreso en la cobertura de la tutela judicial efectiva, que afirma los derechos ciudadanos durante la ejecución de la pena.

La Administración Penitenciaria ha funcionado como una organización administrativa aislada de las demás instituciones que componen el sistema penal y, por tanto, se ha mostrado reacia en aceptar el control jurisdiccional, y cualquier otro tipo de control externo.

No obstante, posteriormente, en virtud de la consolidación democrática, ha evidenciado mayor apertura a las demás instituciones del sistema penal y a la sociedad en general.

**MURILLO RODRÍGUEZ, R. A. (2009). Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario. Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español.**

Si se asigna al Poder Judicial la facultad de juzgar y ejecutar lo resuelto, es porque la ejecución es una etapa más del proceso penal.

La función jurisdiccional también alcanza el mundo penitenciario. Lo contrario sería permitir que el Estado Constitucional se detenga ante las rejas de las prisiones. El principio de legalidad debe regir las



cárceles y, en consecuencia, concierne al juez declarar la invalidez o ilicitud de toda actuación que no haya respetado la legalidad.

**ÁVILA HERRERA, H. J. (2011). El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas.**

El control jurisdiccional sobre la limitación de derechos abarca el ámbito judicial penal y la actuación de la Administración penitenciaria. De ahí que, es un potencial peligro que esta última asuma, exclusivamente, la ejecución de la pena, pues, no existe un control sobre la forma como ejecuta sus funciones y decisiones, y si es que, se afectan los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

**COLLÁN LÓPEZ, C. V. (2016). La reforma del sistema penitenciario actual a partir del nuevo rol del juez de ejecución penal, para cumplir con la política criminológica de prevención terciaria.**

La función de los jueces de vigilancia penitenciaria implica supervisar las garantías constitucionales en los recintos carcelarios; verificar la gestión eficiencia y oportuna de los asuntos penitenciarios; asegurar la prestación de los servicios que repercutan en la calidad de vida de los internos; imponer diversas sanciones disciplinarias y dilucidar las solicitudes de beneficios penitenciarios.

En lo atinente al perfil profesional, deben cumplirse los requisitos generales exigidos por la Ley de la Carrera Judicial; además, por la

naturaleza de su función debe poseer conocimientos especializados en criminología, derecho penitenciario y el derecho de ejecución de la pena.

**SOLANO CARMONA, A. (2019). Análisis de la figura del juez de vigilancia penitenciaria, para determinar su viabilidad y empleo en el derecho penal costarricense.**

Al juez de ejecución penal se le intersecan actividades de carácter jurisdiccional, pero afectando a sujetos de la Administración penitenciaria. Se han generado múltiples discusiones, en el sentido que, para algunos se trata de un órgano administrativo, en cambio, para otros, es y será de índole meramente jurisdiccional, además, también ha sido considerado como un híbrido.

Después, se anotó que, al tratarse de fiscalizadores de la Administración Penitenciaria, no se les puede tener como órganos administrativos, pues, están adscritos al Poder Judicial y tienen competencias dadas por ley.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

### **2.2.1. FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL**

De entrada, se apunta que el Derecho penal “como último y más grave medio de la sociedad para proteger su existencia y a la de sus miembros, se torna innecesario en la medida en que la pena se reemplaza por otros medios iguales o más efectivos, pero sin el carácter de mal o mal menor [sic]”. Por lo tanto, un Derecho penal que se apoya en una política criminal racional está siempre en vías de superarse a sí mismo. Sin embargo, surgen dudas

respecto a que alguna vez se llegue al final de ese camino (OTTO, 2017).

A la par, la exagerada confianza en la severidad de las penas se pone de relieve en la evolución legislativa de las últimas décadas. Así, al parecer, solo la amenaza de penas bastante severas constituye el medio eficaz para combatir la delincuencia, en lugar de admitir que la eficacia del sistema depende, en mayor medida, de la certeza de la represión mediante sanciones adecuadas y proporcionadas a la responsabilidad criminal (HURTADO POZO, 2016).

#### **2.2.1.1. *Ius puniendi***

Es oportuno reseñar el origen de las penas y al derecho de penar.

Sobre el origen de las penas, se señala lo siguiente:

Las leyes son las condiciones mediante las cuales los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno forma la soberanía de una nación, y el soberano es su legítimo depositario y administrador; pero no bastaba constituir dicho depósito, era preciso defenderlo de las privadas usurpaciones de cada hombre en particular, que busca siempre retirar del depósito no sólo la propia porción, sino usurpar también la de otros. Se requerían motivos sensibles que bastasen para que el ánimo despótico de cada hombre desistiera de hundir de nuevo en el antiguo caos las leyes de la sociedad. Estos motivos sensibles son las penas

establecidas contra los infractores de las leyes [...] (BECCARIA, 2020).

Y, en relación al derecho de penar, se apunta lo siguiente:

[...] el fundamento del derecho del soberano a penar los delitos: la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las usurpaciones particulares; y tanto más justas son las penas, cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a los súbditos [...] Fue pues la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder parte de la propia libertad: es cierto por tanto que cada uno sólo quiere colocar en el público depósito la mínima porción posible, la indispensable para inducir a los demás a defenderlo [...] La suma de estas mínimas porciones posibles forma el derecho a penar: todo lo que exceda es abuso y no justicia; es hecho, no derecho [...] todas las penas que vayan más allá de la necesidad de conservar [la unión de los intereses particulares] son injustas por naturaleza [...] (BECCARIA, 2020).

El *ius puniendi* es el derecho y/o facultad pública de penar y castigar. Su ejercicio es exclusivo y privativa del Estado. Asimismo, se erige como una manifestación del control social que se ejerce sobre el colectivo para mantener la paz y la convivencia moderada.

El *ius puniendi* posee un doble fundamento:

En primer lugar, desde la perspectiva *funcional*, es “indiscutible la necesidad de recurrir al Derecho penal para la protección de la convivencia social soportable [sic]”. En esa línea, aun con la hipotética desaparición de la desigualdad y la progresiva reducción de factores criminógenos, no disminuirían las personas antisociales y peligrosas que alteren

gravemente la convivencia pacífica. A la vez, no se vislumbra una sociedad en que la mayoría de sus miembros haya alcanzado madurez y autocontrol para inhibir sus impulsos o tentaciones delictivas sin necesidad de las amenazas penales. Y, en segundo lugar, desde la óptica *política-constitucional*, el motivo se relaciona con la concepción liberal del Estado y su idea del pacto social o contrato social (*Rousseau*), según la cual, solo se legitiman las graves restricciones que supone la aplicación del Derecho penal, cuando sea estrictamente imprescindible para proteger los derechos y libertades de todos, lo que tiene proyección en el actual modelo de Estado social y democrático de Derecho (LUZÓN PEÑA, 2016).

El derecho a castigar se funda en distintas concepciones políticas. La más importante, por supuesto, es el *Estado social y democrático de Derecho*, regulado en el artículo 43 de la Constitución Política del Estado.

Esta fórmula constitucional se divide en tres partes:

En primer lugar, el *Estado de derecho* impone “un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad [sic]”. En segundo lugar, el *Estado social* sirve para “legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad [sic]”. Y, en tercer lugar, el *Estado democrático* obliga en lo posible a “poner el Derecho penal al servicio del ciudadano [sic]”, lo que se contempla como fuente de límites asociados al respeto de los

principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano (MIR PUIG, S., 2016).

De modo similar, el *ius puniendi* sirve para garantizar la coexistencia humana, asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales. Además, “permite definir conductas como hechos punibles e imponer penas a las personas que las realizan [sic]”. En esa lógica, el Estado social y democrático de Derecho limita la función punitiva del Estado (REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2014).

El *ius puniendi* posee reconocimiento en la jurisprudencia nacional.

Así, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 006-2014-PI/TC, del cinco de marzo de dos mil veinte, fundamentos trigésimosegundo, trigésimotercero, trigésimocuarto, trigésimoquinto y trigésimosexto) ha puntualizado lo siguiente:

[...] el Derecho penal es el sub-sistema normativo a través del cual el Estado regula y ejerce el *ius puniendi* a favor de la protección de los intereses esenciales de las personas y la sociedad en general (artículos 1 y 44 de la Constitución) [...] En efecto, el Estado utiliza el Derecho penal, de un lado, para instituirlo como un instrumento formal de control social, y de otro lado, para establecer las conductas unibles, fijar los límites máximos o mínimos de la pena, regular el proceso penal [...] frente a la afectación de determinados bienes constitucionales. A fin de cumplir tales propósitos [...] el Derecho penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Constitución le reconoce a toda persona. En ese sentido, el Derecho penal debe orientar la función preventiva general y especial de la pena

con arreglo a los principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, razonabilidad, entre otros [...] No obstante, en el marco del Estado constitucional, la actividad punitiva del Estado no es una actividad exenta de límites, sino que se encuentra sometida a los valores, principios y derechos fundamentales previstos en la propia Constitución [...] Es decir, el tradicional espacio de libertad que tuvo el legislador penal en el Estado legal para determinar los delitos y las penas, en el Estado constitucional se ve limitado por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de manera tal que el legislador penal ya no goza de discrecionalidad absoluta en la configuración de las conductas que pueden resultar punibles y de las penas, sino que, bien entendidas las cosas, aquel solo goza de discrecionalidad relativa.

En otra ocasión, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 010-2002-AI/TC, del tres de enero de dos mil tres, fundamento ducentosimovigésimo), explicó lo siguiente:

[...] así como el ius puniendi del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139º, inciso 22) de la Constitución), se

convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.

En la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 3283-2003-AA/TC, del quince de junio de dos mil cuatro, fundamentos vigésimoctavo y vigésimonoveno) también se abordó el orden público y las medidas limitativas o restrictivas de la libertad, como expresión del *ius puniendi*:

El orden público es el conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento político, económico y cultural en sentido lato, cuyo propósito es la conservación y adecuado desenvolvimiento de la vida coexistencial. En tal sentido, consolida la pluralidad de creencias, intereses y prácticas comunitarias orientadas hacia un mismo fin: la realización social de los miembros de un Estado. El orden público alude a lo básico y fundamental para la vida en comunidad, razón por la cual se constituye en el basamento para la organización y estructuración de la sociedad [...] En ese contexto, el Estado puede establecer medidas limitativas o restrictivas de la libertad de los ciudadanos con el objeto que, en el caso específico de la defensa de valores como la paz o de principios como la seguridad, se evite la consumación de actos que puedan producir perturbaciones o conflictos. De allí que en resguardo del denominado orden material –elemento conformante del orden público– el Estado procure la verificación de conductas que coadyuven al sostenimiento de la tranquilidad pública, el sosiego ciudadano, etc.

Entre los límites del *ius puniendi*, se destacan los siguientes:

- a. *Principio de legalidad*, da lugar a que todo ciudadano conozca con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son lícitos. En el Derecho



penal la legalidad despliega mayor hegemonía, pues, “los delitos y las penas solo se crean o agravan en virtud de una ley previa, anterior a la comisión del hecho [sic]”, por ende, está “vedada la configuración de los mismos a través de la costumbre, la analogía u otro procedimiento semejante [sic]”. Se exige, además, una determinada jerarquía y nivel de la ley que crea delitos y penas, es decir, que haya sido expedida por el Parlamento o de una norma que según la Constitución le sea equivalente (principio de reserva de ley). Entre sus exigencias, se observa la prohibición de la retroactividad, la analogía, el derecho consuetudinario y la indeterminación de la ley penal. Y, entre sus ventajas, se acentúa la seguridad jurídica (facilita al ciudadano la certeza de saber qué conductas están prohibidas y cuáles son lícitas), la fidelidad al Derecho (el comportamiento futuro, e incluso el presente del ciudadano, se hace más calculable y predecible dado que una ley, como expresión de la voluntad popular y su respectiva publicación y difusión, puede ser conocida por todos los integrantes de un país, los cuales pueden informarse de su real contenido), y el tratamiento igualitario (solo un precepto general y abstracto dirigido a todos los ciudadanos o integrantes de una sociedad, que tienen especiales posiciones o deberes personales, puede asegurar la aplicación uniforme del Derecho, haciendo que su contenido sea más justo y proporcional) (CASTILLO ALVA, 2004).

La jurisprudencia penal (Recurso de Casación número 1422-2018/Junín, del doce de agosto de dos mil veinte, fundamento de derecho tercero) ha desarrollado el principio de legalidad, en el sentido siguiente:

Si la finalidad institucional del principio de legalidad es normar la convivencia social –discernir entre lo permitido y prohibido–, resulta

imprescindible la presencia de un instrumento con carácter accesible y previsible para expresar su mensaje comunicativo. Solo de este modo podrá afirmarse que los ciudadanos han sido debidamente informados acerca de las limitaciones al ejercicio de sus conductas y también orientados respecto a las restricciones que puedan aplicarse. Como se sabe, en materia penal se trata de delimitar qué acciones son constitutivas de delitos y qué penas o medidas de seguridad concierne imponer. En ese sentido, la ley, como expresión positiva del principio de legalidad –en su vertiente definitoria de conductas punibles y de las consecuencias penales que acarrea–, vincula funcionalmente a los jueces en el quehacer jurisdiccional. Sirve como mecanismo de control, seguridad y predictibilidad de sus decisiones, y cumple el propósito de generar estabilidad y confiabilidad en el derecho.

En otra ocasión la jurisprudencia penal (Recurso de Casación número 724-2018/Junín, del diez de junio de dos mil diecinueve, fundamento de derecho noveno) se definió los sentidos histórico y liberal, así como la arista procesal del principio de legalidad.

Sobre lo primero, “Los ciudadanos, en el ejercicio relativo de su libertad deben ser informados previa y claramente sobre qué comportamientos están prohibidos y ordenados y qué consecuencias punitivas han de afrontar en caso los realicen o los omitan, según corresponda”. Y, respecto a lo segundo:

La legalidad en la descripción de la infracción penal y su consecuencia es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma [...] Este sometimiento a las normas es una exigencia de la vida en una sociedad democrática. Se extiende no solo a la observancia de una conducta, conforme a la norma

(prohibitiva o imperativa), sino también al cumplimiento estricto de la conminación penal (fijada por el legislador), una vez realizado el juicio de tipicidad. Este marco punitivo abstracto es una advertencia a los ciudadanos de las consecuencias que deben sufrir si vulneran las normas prohibitivas o imperativas (subyacentes a los tipos penales). Pero, fundamentalmente, es un mandato que deben observar los órganos de persecución y juzgamiento [...] una vez verificada la adecuación de la conducta imputada al tipo penal, se debe fijar la pena, conforme a las reglas de la determinación judicial de la pena.

- b.** *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o principio de ofensividad o lesividad*, según el cual, los bienes jurídicos son condiciones básicas para el desarrollo y participación de los ciudadanos en la vida social. También se desprende de la funcionalidad y de la necesidad de pena para la protección de la sociedad, toda vez que, recurrir a algo tan grave como la sanción penal frente a conductas que no ataquen bienes jurídicos, sería innecesario pues en todo caso basta con utilizar mecanismos extrapenales (LUZÓN PEÑA, 2016).

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 0012-2006-PI/TC, del quince de diciembre de dos mil seis, fundamentos vigésimonoveno y trigésimo) estableció lo siguiente:

[...] dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la

actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes [...] Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad.

En otro momento, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 0019-2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco, fundamento trigésimoquinto), explicó lo siguiente:

El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

- c. *Principio de intervención mínima*, se deriva de la “especial gravedad de las consecuencias penales, de su carácter de último recurso dentro del sistema de control social y de la propia comprensión de la pena como un mal

solo justificado por su necesidad para mantener los presupuestos de la convivencia [sic]”. Según este principio, la sanción penal solo se aplicará cuando sea imprescindible para cumplir el fin de protección de bienes jurídicos que el Derecho penal tiene encomendado. Subyacen dos resultados: de un lado, el Derecho penal solamente debe intervenir en los casos en los que no sean suficientes las sanciones previstas por otras ramas del Derecho, lo que explica su carácter *subsidiario*; y, de otro lado, la misión del Derecho penal no es la de proteger todos los bienes jurídicos ni protegerlos frente a cualquier ataque, sino que solo ha de intervenir en caso de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes, por ende, detenta una condición *fragmentaria* (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2019).

- d. *Principio de proporcionalidad*, será oportuno recurrir a la semántica.

De un lado, según el *Diccionario de la lengua española* significa: “Conformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí”.

Y, de otro lado, conforme al *Diccionario panhispánico de español jurídico* implica: “Adecuación del ejercicio de las potestades públicas a los fines que se persiguen con su ejercicio”.

Este principio sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia. La proporcionalidad engloba una

idea elemental de justificación material al proscribir “toda injerencia inútil, innecesaria o desproporcionada en un derecho constitucional [sic]”. Por ello, no se concibe un Estado de derecho desvinculado del valor justicia. Desde su enfoque en el Derecho penal, la proporcionalidad supone un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, que se asienta en una ponderación o medida fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta) y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta) (CASTILLO CÓRDOVA, 2005).

A través de la proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos (SILVA SÁNCHEZ, 2012).

Y es que, según este principio, las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido o que éstos no pueden ser reprimidos con penas más graves que la propia entidad del daño causado por el delito (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2019).

El principio de proporcionalidad se subdivide en tres subprincipios.

La *idoneidad* exige que la medida sea apta para alcanzar los fines que la justifican; la *necesidad* se concreta en el principio de intervención mínima, en tanto que, en el plano de la conminación legal abstracta, configura al Derecho penal como fragmentario y subsidiario; y, la *proporcionalidad en sentido estricto* obliga a realizar un “juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal, en la que debe valorarse la gravedad del delito cometido, el contenido de injusto, el mal causado y la mayor o menor reprochabilidad de su autor [sic]” (GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, 2018).

Por añadidura, la *idoneidad* coteja si la medida legislativa constituye un medio apto para alcanzar la finalidad perseguida. A la vez, la *necesidad* da lugar a la comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a su idoneidad y menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. En términos prácticos, habrá necesidad cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales intervenidos. Por último, la *proporcionalidad en sentido estricto* tiene como propósito establecer si el grado de afectación de los principios iusfundamentales —afectados por la definición de la conducta prohibida y la pena— se ve compensado por el nivel de satisfacción de los principios que disponen la protección de bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa (LOPERA MESA, 2010).

En suma, la proporcionalidad se articula en torno a tres principios constitutivos: *idoneidad* (la pena ha de ser apta para la consecución del fin previsto); *necesidad* (la pena ha de ser la más moderada respecto de otras sanciones útiles y susceptibles de lograr el fin); y *proporcionalidad* propiamente dicha (la pena ha de ser razonable a la luz del balance coste-beneficio) (IGARTÚA SALAVERRÍA, 2018).

Se resalta la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 010-2002-AI/TC, del tres de enero de dos mil tres, fundamento centésimononagésimoquinto):

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no.

En otro momento, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 579-2008-PA/TC, del cinco de junio de dos mil ocho, fundamento vigésimoquinto), puntualizó:

[...] la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta



pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar [...] el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Así también, la jurisprudencia constitucional española (Sentencia número 207/1996, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete, fundamento jurídico cuarto) anotó:

[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)". Y en el ámbito, análogo al

actual, de las inspecciones corporales afectantes al derecho a la intimidad en el proceso penal también hemos subrayado la necesidad de "ponderar razonadamente, de una parte, la gravedad de la intromisión que la actuación prevista comporta y, de la otra, la imprescindibilidad de tal intromisión para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender mediante el ejercicio del ius puniendi" (STC 37/1989, fundamento jurídico 8º) Así pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin; y c) que, aun aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes.

- e. *Principio de la teleología de las sanciones penales*, según el cual, el Estado no se conforma con la persecución de conductas punibles, sino que está compelido a velar por la realización de justicia mediante la imposición de sanciones equitativas adecuadas al hecho cometido, y de una oportuna ejecución penal. Con mayor énfasis, un Estado de Derecho no debe

disocializar al infractor, sino velar por su readaptación, resocialización y reeducación, a fin de que pueda llevar una vida futura sin cometer delitos y reincorporarse al seno de la sociedad; se trata, pues, no solo de prevenir la comisión de nuevos hechos criminales, sino también de proteger a la sociedad de las conductas que infringen el orden jurídico (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2021).

#### **2.2.1.2. Definición de la pena**

La pena tiene diversas acepciones semánticas.

Por un lado, el *Diccionario de la lengua española* la define como un “castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta”, y también como un “dolor, tormento o sentimiento corporal”.

Y, por otro lado, el *Diccionario panhispánico de español jurídico* la describe de la siguiente manera:

En primer lugar, como la “consecuencia que el legislador asocia en la ley penal a la comisión de una infracción penal”.

En segundo lugar, como la “privación o restricción de bienes o derechos impuesta por un órgano jurisdiccional a un sujeto culpable como consecuencia de la comisión de una infracción penal”.

En tercer lugar, como la “clase de consecuencia jurídica o sanción que junto con el precepto o presupuesto conforma la norma penal”.

En ese orden de ideas, la pena es la respuesta a una considerable infracción jurídica a través de “la imposición de un mal adecuado a la gravedad

del injusto y de la culpabilidad del autor, que expresa una desaprobación pública del hecho y que, por ello, supone una confirmación del Derecho [sic]”. Además, la pena debe desarrollar para el autor mismo un efecto positivo, puesto que aquélla debe favorecer su socialización o, por lo menos, no debe obstaculizarla (JESCHECK y WEIGEND, 2014).

Como se sabe, la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Cualquier rol que señale el Estado para la pena, lo señala también para el Derecho penal, por lo que, existe una estrecha relación entre uno y otro (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007).

Por añadidura, en un Estado social y democrático de Derecho, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger el sistema social. Por ello, en el campo penal, esto significa la protección de los bienes jurídicos que el propio Estado ha confirmado (PÉREZ LÓPEZ, 2021).

### **2.2.1.3. Justificación, naturaleza y finalidad de la pena**

Es relevante desarrollar la *justificación, naturaleza y finalidad* de la pena.

- A.** La *justificación de la pena*, sin la cual el Derecho dejaría de ser un ordenamiento coactivo para reducirse a normas éticas. Presenta una triple justificación: *político-estatal* (como expresión de la violencia estatal, la pena pertenece a toda la comunidad); *social-psicológica* (la pena es necesaria para satisfacer la necesidad de justicia de la comunidad. Sería imposible una convivencia pacífica de las personas, si

el Estado se limitara a la defensa frente a la comisión inminente de delitos, y exigiera al ofendido y a la comunidad tolerar el delito cometido y vivir con su autor como si no hubiera sucedido injusto alguno); y, *ético-individual* (la liberación de la culpabilidad a través de la expiación es una expresión fundamental de la persona como sujeto moral) (JESCHECK y WEIGEND, 2014).

- B.** La *naturaleza de la pena* se condice con “el juicio de valor público de carácter ético-social que se realiza al autor por la comisión culpable de una infracción jurídica [sic]”. La pena lleva consigo un acento negativo, un mal inherente que consiste en la intromisión voluntaria en la esfera jurídica del reo (libertad, patrimonio, tiempo libre, consideración social). La desaprobación pública se expresa por la pena mediante el perjuicio de la posición jurídica del culpable (JESCHECK y WEIGEND, 2014).
- C.** La *finalidad de la pena*, alude a los objetivos que se tratan de conseguir mediante su aplicación o imposición. Por ello, se encuentra estrechamente vinculada con las teorías fundamentadoras de la misma.

Tradicionalmente, se ha distinguido entre teorías absolutas, relativas y eclécticas o de la unión.

En último tiempo, se ha desarrollado la satisfacción de la víctima como fin de la pena.

### **I. Teoría absoluta**

De acuerdo con la *teoría absoluta*, el fin de la pena es el restablecimiento del orden jurídico, para lo cual el Estado reacciona frente al hecho con la imposición de un mal en una medida justa. El concepto absoluto evidencia que la justificación de la pena solamente se refiere a hechos pasados y está desvinculada de cualquier efecto social en el futuro (WESSELS, BEULKE y SATZGER, 2018).

La pena necesaria será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente. La utilidad de la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma. Solo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. Así también, una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad (BACIGALUPO, 1999).

Es entendida en dos sentidos: como una necesidad ética o imperativo categórico, según KANT; o, como una necesidad lógica, negación del delito y afirmación del Derecho, de acuerdo con HEGEL (MUÑOZ CONDE, 2011).

En su versión *subjetivo-idealista*, KANT sostenía que “la ley penal que ordena el castigo del delito es un imperativo categórico, que la razón del sujeto individual impone sin atender a consideraciones de corte utilitarista [sic]”. Se relievra extendido ejemplo referente a que “si la sociedad de una isla decidiera disolverse, se tendría que ejecutar hasta el último asesino que se encontrara en prisión [sic]”. Con ello, se puso en evidencia que la pena era una exigencia ética que debía imponerse al culpable

del delito por imperativo de la razón, aunque su ejecución sea innecesaria en el escenario social. Y, en el plano *objetivo-idealista*, HEGEL puntualizaba que “el Derecho, como objetividad de la voluntad, debía ser restablecido ante la negación del delito que expresaba la voluntad subjetiva del autor [sic]”. Se trae a colación la célebre afirmación de que “la pena honra al delincuente como un sujeto racional [sic]”. No se trata de un restablecimiento empírico, sino racional del Derecho (GARCÍA CAVERO, 2019).

Por lo demás, las teorías absolutas tienen como base dos ideas fundamentales: la *expiación* y la *retribución*.

La *expiación* consiste en una actividad anímica personal, de contenido moral, de parte del autor para aceptar interiormente a través del arrepentimiento, la necesidad de la pena y así poder recuperar su libertad moral (VILLAVICENCIO TERREROS, 2007).

No obstante, para demostrar la imposibilidad de alcanzar la expiación mediante la pena, se subraya el ejemplo de quien se arrepiente antes de la condena o de quien, habiendo purgado su pena, no siente remordimiento alguno o incluso considera que actuó de manera correcta y decide volver a delinquir. Las críticas al desempeño práctico de la expiación se sustentan en lo siguiente: la coerción penal no es un mecanismo para moldear sentimientos en un sistema jurídico que reconoce la libertad de pensamiento como derecho fundamental, según el artículo 2

(numerales 2 y 3), de la Constitución Política del Estado (MEINI, 2013).

Desde otra vertiente, la *retribución* se identifica con la Ley del Talión, que ha sido contemplada en la *Biblia*, Antiguo Testamento, Éxodo 21:23-25, Levítico 24:18-21, y Deuteronomio 19:21.

El primer libro establecía: “Más si hubiera muerte, entonces pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe [sic]”.

El segundo libro indicaba: “El que hiere a algún animal ha de restituirlo, animal por animal. Y el que causare lesión en su prójimo, según hizo, así le sea hecho: rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; según la lesión que haya hecho a otro, tal se le hará a él. El que hiere algún animal ha de restituirlo; mas el que hiere de muerte a un hombre, que muera [sic]”.

El tercer libro señalaba: “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie [sic]”.

A pesar de su fundamento bíblico, surgen dos ideas básicas por las que la retribución no se sostiene científicamente: por un lado, si la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales; y, por otro lado, posee consecuencias indeseables desde el punto de vista de política social, pues, una ejecución de la pena que parte del



principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización –que, a menudo, constituyen la causa de la comisión de delitos– y, por ello, no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia (ROXIN, 2008).

Así también, es relevante establecer la diferencia entre *retribución* y *venganza*.

En primer lugar, mientras que la retribución se impone frente a un acto que vulnera la legalidad, la venganza se produce ante cualquier ofensa; en segundo lugar, la retribución lleva incorporada en su seno la idea de proporcionalidad, lo que no sucede con la venganza; en tercer lugar, la retribución se lleva a cabo de manera impersonal (a través de las instituciones), por lo que posee elementos de imparcialidad, en tanto, la venganza es algo personal y, en tal sentido, es completamente parcial; en cuarto lugar, respecto a los instintos, a través de la venganza se obtiene “placer con el sufrimiento del otro”, en cambio, con la retribución se alcanza “placer al hacer justicia”; en quinto lugar, la retribución encuentra su sede lógica en un nivel más general que el de la venganza, por ello, el retribucionismo se compromete, entre otros, con el principio de igualdad (igual pena para la misma clase de delitos), por su parte, la venganza se centra en los casos individuales (el daño recibido por una acción determinada), sin extraer principios generales (VILAJOSANA, 2015).

Con todo, es cierto que a favor de la teoría absoluta, se ha indicado que impedía la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas ejemplares al que ha cometido un delito y que, por tanto, no deben estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno; también se ha señalado que evita el sacrificio del individuo en favor de la generalidad. Sin embargo, en su contra se arguyó que carecía de fundamento empírico y, por tanto, era irracional; además, la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena era ficticia, pues, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito (BACIGALUPO, 1999).

Igualmente, se ha precisado que “la realización de la moral absoluta sobre la tierra no es misión del Estado [sic]”. Y es que la pena no es impuesta siempre y donde debe hacerse justicia, sino únicamente cuando ello es inevitable en interés de la protección de la sociedad (JESCHECK y WEIGEND, 2014).

Lo anterior tiene correlato en el hecho que la función del Estado moderno no reside generalmente en la realización de la justicia absoluta sobre la tierra. Los quehaceres moral o religioso, no incumben un Estado como el actual, “que quiere mantener deslindados los campos de la Moral y el Derecho porque no admite que la Ética o la Religión puedan imponerse por la fuerza de lo jurídico [sic]”. No se aceptan los postulados del Estado teocrático, en el que sí era

coherente atribuir a la pena el papel de instrumento de castigo del mal (MIR PUIG, S., 2016).

## **II. Teoría relativa**

Son aquellas que interpretan que la pena está siempre dirigida a un objetivo o fin. En sus distintas variantes, estas construcciones teóricas sobre la pena tienen en común atribuir al castigo una utilidad que trasciende efectos exclusivamente retribucionistas. De allí que se les considere también como teorías utilitaristas o consecuencialistas. Evolutivamente, sus tesis más representativas se diseñaron asignando a la pena fines preventivos colectivos o individuales. Y, según la preeminencia en los argumentos de tales opciones finalistas, se dieron a conocer dos posiciones: la *prevención general* y la *prevención especial* (PRADO SALDARRIAGA, 2018).

### **Prevención general**

Siguiendo las ideas de FEUERBACH, la prevención general es entendida como la intimidación de personas que corrían el riesgo de caer en la criminalidad (ROXIN, 2007).

La prevención general se dirige a la colectividad. Se concibe a la pena como medio para evitar que surjan delincuentes de la sociedad (MIR PUIG, S., 2016).

Según esta línea de pensamiento, la amenaza de la pena tiene función disuasoria, por ello, permite “elevar las penas indefinidamente,

pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante [sic]”. Es por ello que, la prevención general requiere límites externos, como la culpabilidad (BACIGALUPO, 1999).

El fin de la pena es la intimidación de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Se le rotula, también, como una *teoría de coacción psicológica* (MUÑOZ CONDE, 2011).

La prevención general detenta un aspecto negativo y otro positivo.

La perspectiva *negativa* se concibe, en su sentido más clásico, como intimidación o disuasión de la generalidad a través de la sanción, señalándose no tanto en la gravedad de la pena como la probabilidad de imposición de la misma. En contraste, a la óptica *positiva* se adscriben efectos sociopedagógicos de enseñanza de fidelidad al Derecho, de restauración de la confianza en la vigencia de la norma y de fortalecimiento de la consciencia jurídica de la comunidad, o también conocido como prevención integradora (SÁNCHEZ LÁZARO, 2016).

Según la prevención general *negativa*, se buscará la intimidación de otros por medio de la conminación penal y de la sanción del autor. Por su parte, con la prevención general *positiva*, la pena apuntará a fortalecer la consciencia jurídica y la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico (WESSELS, BEULKE y SATZGER, 2018).

No obstante, a la prevención general se le ha cuestionado la falta de explicación de los presupuestos bajo los que sería razonable la aplicación de una pena. A la vez, el criterio de la transgresión de la norma —que puede ocurrir sin culpabilidad del autor— resulta insuficiente. Adicionalmente, la prevención general no ha verificado empíricamente los efectos intimidatorios de la pena, por el contrario, los datos demostraron que, a pesar de la existencia de la pena, se siguen cometiendo delitos. Por último, la ausencia de todo límite al *ius puniendi* del Estado resulta peligroso para el respeto de las garantías de los ciudadanos en un Estado social y democrático de Derecho (BELOFF, 1993).

Igualmente, se le critica la falta de límites y la posibilidad de que el Estado imponga el “terror penal”. Se utiliza a las personas como medio para producir la intimidación en los demás, esto es, se erigen como instrumentos de coacción frente a sus semejantes. Los castigos no se aplican en proporción al delito cometido sino en relación con la necesidad de intimidar al resto de los ciudadanos (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

### **Prevención especial**

Según la prevención especial, el propósito del Derecho es impedir que el autor cometa otros delitos. Su desarrollo científico tiene como principal exponente a VON LISZT (ROXIN, 2007).

La prevención especial se orienta a impedir que los delitos que procedan de una persona determinada. La pena busca evitar

que quien la sufre vuelva delinquir. No opera en el momento de la conminación legal, sino en la fase de imposición y ejecución de la pena. Además, no se enfoca en la generalidad de los ciudadanos, sino en individuos que ya delinquieron. Se le conoce también como prevención individual (MIR PUIG, S., 2016).

Con mayor amplitud, cuando se considera que la misión de la pena es desalentar al autor con respecto a la comisión de hechos futuros, se aprecia la prevención especial. Al agente se le impide —por la coerción física— cometer otros delictivo o también se le impulsa a no perpetrarlos por su propia voluntad. Esto último sucede mediante la corrección del autor (educación, adiestramiento o intervención corporal), o la intimidación mediante una pena admonitoria (JAKOBS, 1997).

Un punto de vista novedoso, considera que la prevención especial “no es una teoría de la norma penal, sino, una teoría de la ejecución penal [sic]”, pues, el efecto preventivo está dirigido al delincuente en concreto y no a la colectividad. Para alcanzar la finalidad preventiva, la pena debe conseguir no solo intimidar al condenado para que no vuelva a delinquir, sino también reformarlo e incluso, de ser necesario, inocuizarlo (GARCÍA CAVERO, 2019).

Se distingue entre prevención especial *positiva* (resocialización del autor) y prevención especial *negativa* (protección de la sociedad frente

al autor mediante el internamiento de este) (WESSELS, BEULKE y SATZGER, 2018).

Empero, a la prevención especial se le ha censurado la posibilidad de imponer coactivamente el tratamiento resocializador; también se ha indicado que, si la imposición no es coactiva, entonces habría que preguntarse qué hacer con el delincuente que no se somete al tratamiento. Se ha resaltado que existen personas que no requieren de resocialización y, sin embargo, infringen las normas. A la vez, se plantearon dos interrogantes: ¿tiene la sociedad legitimación para imponer un tratamiento cuando es ella la que con sus condiciones desiguales genera la criminalidad? y ¿quién merece la resocialización, el transgresor de la norma o la sociedad? (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

### **III. Teorías eclécticas o de la unión**

También conocidas como teorías mixtas o unificadoras; consideran a la retribución, a la prevención especial y a la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente (ROXIN, 2008).

Según esta teoría, se procura justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. En esa línea, se identifican dos orientaciones: por un lado, se da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención, por ello, la utilidad de la pena

puede contemplarse como legítima siempre y cuando no se exceda ni se atenúe la pena justa; y, por otro lado, la utilidad y la justicia son distribuidas en momentos distintos, la primera es el fundamento de la pena y, por tanto, solo será legítima la pena que opere preventivamente, no obstante, la utilidad está sujeta a límites, por consiguiente, solo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa (BACIGALUPO, 1999).

Por su parte, a la teoría de la unión se le ha criticado la creación de niveles excesivos de discrecionalidad, que autorizan que el legislador y el juez adopten cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quieran tomar. Tal situación se pone de relieve con el siguiente ejemplo: “si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a determinado delincuente podría tenerse en consideración el fin resocializador del reo [sic]”. Cualquier pena podría ser impuesta válidamente en el sistema penal, aplicando para su legitimación la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada (GARCÍA CAVERO, 2019).

Pese a ello, la teoría de la unión ha calado en la jurisprudencia penal (Recurso de Nulidad número 2830-2015/Lima Sur, del dos de febrero de dos mil diecisiete, fundamento tercero), en la que se estableció lo siguiente:

[...] de acuerdo [con el] artículo nueve del Título Preliminar del Código Penal, la pena cumple tres funciones: preventiva, protectora y resocializadora. A la luz de esta norma se evidencia



que el legislador peruano ha optado, al menos liminarmente, por acoger la teoría de la unión, postura que ha sido refrendada por el Tribunal Constitucional. Así, de lo señalado [...] se tiene que al momento de la imposición de la pena no rigen la función preventiva ni resocializadora, pues la primera estuvo presente al momento en que el legislador redactó la norma, y la segunda entrará en acción al momento de la ejecución de la pena. La función que rige al momento de la determinación judicial de la pena es la retribución que por su conducta delictiva el procesado debe afrontar, materializándose de este modo la finalidad protectora de los bienes jurídicos que tutela la norma penal [...].

A guisa de colofón, se remarca la presencia de los fines de la pena en los distintos estadios del Derecho penal: conminación penal, imposición de la sanción y ejecución penitenciaria.

Así, las *conminaciones penales* tienen una función exclusivamente preventivo-general, mediante los efectos de intimidación y aprendizaje. Asimismo, durante la *imposición de las sanciones*, pasan a primer plano la prevención general y la prevención especial por igual. En este punto, si se trata de delitos gravísimos, “la confianza en el ordenamiento jurídico solamente puede mantenerse y la paz jurídica solo puede restablecerse cuando se produzca una represión adecuada a la culpabilidad [sic]”; en cambio, cuando se está frente a un delito leve y de mediana gravedad, corresponde desplegar la tolerancia cuando sea necesario por razones de prevención especial, por ello, “la pena puede quedarse por debajo de la medida de culpabilidad, y pueden entrar a tallar todos los

beneficios que se basen en las posibilidades de suspensión condicional de la pena, la reparación civil, la reconciliación y el trabajo comunitario [sic]”. Posteriormente, en la *ejecución de la pena* debe buscarse solamente la resocialización (ROXIN, 2021).

#### **IV. Satisfacción de la víctima como fin de la pena**

En último lugar, se aborda la satisfacción de la víctima como fin de la pena.

Según esta perspectiva, el castigo penal es un mecanismo de satisfacción a la víctima o, incluso, un derecho de esta. Esta posibilidad ha sido fomentada por diversas asociaciones civiles, por aspectos emocionales en la legislación y aplicación del Derecho penal y, desde la óptica del Derecho internacional, por el lema de la “lucha contra la impunidad [sic]” (GIL GIL, 2016).

Sin embargo, la afirmación de que la pena es la imposición de un mal solo tiene una explicación racional en su “efecto preventivo [sic]”. En esa línea, aun cuando la pena tiene efectos beneficiosos para la víctima (pone de manifiesto la injusticia sufrida, ofrece garantías de no repetición, calma la necesidad de justicia, le devuelve la confianza en el ordenamiento y la sociedad, y evita su desocialización), ello responde al mecanismo de la reciprocidad para la conservación del grupo y del individuo como ser social. Este fin, a la vez, es instrumento de otro y, por ello, no puede ser colocado como fin en sí mismo o superior a los propósitos preventivos clásicos, de forma que, “los derechos de las víctimas

eclipsen o sustituyan la función del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos [...]" (GIL GIL, 2016).

Por todo ello, se desestimó dicha posición punitiva.

#### **2.2.1.4. Jurisprudencia nacional e internacional**

Es oportuno reseñar jurisprudencia nacional e internacional sobre las teorías de la pena.

En sede nacional, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 0019-2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco, fundamentos jurídicos trigésimo, trigésimo primero, trigésimo segundo y trigésimo tercero) ha indicado lo siguiente.

*Teoría de retribución absoluta.* Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. 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 que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de un 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". Esta teoría no solo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 10 de nuestra Constitución Política [...]

*Teoría de la prevención especial.* Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la

retribución relativa, 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 persona) 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 [...]

*Teoría de la prevención general.* La 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 [...]

*Teoría de la unión.* Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

A nivel internacional, la jurisprudencia penal española (Recursos de Casación número 831/2012, del veinte de marzo de dos mil trece, fundamento décimo, y número 598/2005, del veintiocho de febrero de dos mil seis, fundamento de derecho tercero) indicó lo siguiente:

En primer lugar,

[...] la doctrina, mayoritariamente, viene considerando que el fin preventivo general de la pena (prevención general positiva o integradora y prevención general negativa o disuasoria) es el que prevalece en la fase de legislativa; el fin de retribución del injusto y de la culpabilidad prima en la fase jurisdiccional de la confección de la sentencia; y el fin de inhabilitación especial en la fase de ejecución de la sentencia dictada [...].

Y, en segundo lugar,

[...] la pena tiene un doble componente, dadas sus especiales características, que son: la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para la inclusión del injusto en las leyes penales y que justifica su misma existencia legal [...]. También hemos dicho que "la reinserción social no es una finalidad absoluta de las penas privativas de la libertad establecida

constitucionalmente[...] se trata de una orientación armonizable con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia [...] De aquí se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito.

## **2.2.2. DERECHO PENITENCIARIO**

### **2.2.2.1. Concepto**

El Derecho penitenciario es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas privativas de libertad (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

Es la disciplina jurídica que estudia las normas relativas a la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y de la asistencia post penitenciaria, así como de las disposiciones que regulan a los órganos encargados de la ejecución penal, orientados por el principio de resocialización del condenado (SOLÍS ESPINOZA, 2008).

En esa dirección, el *Diccionario panhispánico de español jurídico*, ha definido al Derecho penitenciario como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad y de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

A la vez, el aludido texto semántico, permite diferenciar el Derecho penitenciario de la Ciencia penitenciaria, pues, esta última “tiene por objeto el estudio de los aspectos relacionados con el cumplimiento de las penas y medidas privativas de libertad y de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad [sic]”.

### **2.2.2.2. Naturaleza jurídica y autonomía**

El derecho penitenciario tiene naturaleza *normativa*, toda vez que se refiere a normas jurídicas, lo que hace que deslinde de la criminología que posee una dimensión empírica y estudia “las causas del delito, del delincuente, de la víctima y del control social del comportamiento desviado, pero no una esfera normativa que solo el derecho penitenciario en estricto sentido tiene [sic]”. Por lo demás, en Alemania se utiliza la expresión *Derecho de ejecución penal*; en Francia se considera como *Ciencia penitenciaria*; mientras que en Italia y España se ha impuesto la expresión *Derecho penitenciario* (MIR PUIG, C., 2018).

Respecto a su autonomía, el Derecho penitenciario forma parte o debe ser englobado dentro del Derecho de ejecución de penas y este pertenece al Derecho penal. Este último también se ocupa de las penas, su ejecución y sus alternativas. El Derecho de ejecución de penas comprende tanto las privativas de libertad como las no privativas de libertad, mientras que el Derecho penitenciario se refiere únicamente a las penas y medidas de seguridad privativas de libertad (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

### **2.2.2.3. Sistemas penitenciarios**

El sistema penitenciario es la organización general que se adopta en un país determinado para la ejecución de las penas, sigue diversos criterios y admite la presencia de dos o más regímenes penitenciarios, de acuerdo con la multiplicidad de personalidades que caracterizan a los internos del país (SOLÍS ESPINOZA, 2008).

Los precursores de los modernos sistemas penitenciarios fueron los Estados Unidos de América, donde las ideas de reforma, corrección y mejora de los condenados a penas de prisión tenía su centro de gravedad en el aislamiento y la separación del recluso para evitar el contagio moral y conseguir el arrepentimiento con la lectura —en ciertos casos obligatoria— de textos sagrados como la biblia (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

Así, se han identificado los siguientes sistemas:

### **A. Sistema filadélfico**

Concierne identificar sus características, ventajas y desventajas.

Sus *características* fueron las siguientes: **i.** aislamiento celular absoluto (diurno y nocturno), solo interrumpido por un breve paseo al aire libre y en silencio; **ii.** ausencia de visitas exteriores. Solo podían efectuar visitas el director, el capellán o el maestro; **iii.** ociosidad total, no obstante, después se admitió el trabajo para superar la monotonía, pero éste se realizaba en celda y no era productivo; **iv.** alimentación e higiene; y, **v.** orden y disciplina preservados severamente.

Sus *ventajas* fueron las siguientes: **i.** evitaba la corrupción y el contagio entre los reclusos; **ii.** facilitaba la vigilancia evitando las evasiones; **iii.** impedía la promiscuidad, pues, los presos no tenían relación alguna; y, **iv.** bastaban escasos funcionarios.

Sus *desventajas* fueron las siguientes: **i.** deterioro mental (psicosis carcelarias); **ii.** no se obtenía la rehabilitación laboral; **iii.** significaba gastos



cuantiosos, pues, se requerían establecimientos muy amplios para albergar celdas individuales (MIR PUIG, C., 2018).

En adición a lo expuesto, se apunta que si bien el sistema celular es rechazable como régimen general de cumplimiento de penas privativas de libertad, se admite la necesidad de aislamiento en algunos supuestos excepcionales como medio de castigo con las adecuadas limitaciones y control legal (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

### **B. Sistema auburniano**

Se esgrimen las siguientes notas relevantes: **i.** aislamiento durante la noche, pero trabajo en comunidad durante el día bajo régimen de silencio; **ii.** se sumó disciplina férrea, traducida en castigos corporales (azotes), con el propósito de obtener la sumisión de los internos (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

Sin embargo, este sistema fracasó, pues, las organizaciones sindicales se opusieron al trabajo carcelario productivo (distribuido en el mercado a precios fuera de competencia, sirviendo como freno para la escala salarial) e impidieron que la penitenciaría se convirtiera en fábrica. Si ofrecía una eficaz organización del trabajo (pretendía romper la monotonía y ociosidad del sistema celular), también presentaba graves inconvenientes relacionados al silencio absoluto que es contrario a la natural sociabilidad del hombre y a los castigos corporales que son rechazables por inhumanos e indignos (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

### **C. Sistemas progresivos**

En Europa surgió el sistema progresivo, cuya idea central era la división en periodos de la condena impuesta, cada uno de los cuales supuso mayor libertad para el interno y menor intensidad de la pena, atravesando distintas etapas, en paulatino ascenso, que van desde el aislamiento celular hasta la libertad definitiva, teniendo el recluso la posibilidad, con su trabajo y conducta, de ganar las fases sucesivas hasta su excarcelación (MIR PUIG, C., 2018).

Este sistema fue puesto en práctica por los directores de diversas prisiones: Montesinos, en el presidio de Valencia; Maconochie en Norfolk; Crofton en los establecimientos de Irlanda; y, Ober-Mayer en Múnich (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

Así, se detalla el siguiente esquema comparativo: **i.** Sistema español, se dividió la condena en tres periodos, es decir: de hierros o aislamiento; de trabajo (el penado podía trabajar entre los diversos oficios que había en la cárcel); y, de libertad intermedia (los prisioneros salían de la cárcel para trabajar, volviendo luego al presidio); **ii.** Sistema inglés, se distinguieron tres etapas, esto es: celular (es preparatorio); de trabajo (se trabaja durante el día y se mantiene aislamiento celular durante la noche); y, de libertad condicional (el penado no está privado de libertad, pero está sometido a vigilancia y si durante ese periodo no responde, vuelve a ser internado); **iii.** Sistema irlandés, se disgregaron las siguientes fases: celular; de trabajo; prisión intermedia (el penado trabaja fuera del establecimiento penitenciario, pero con obligación de pernoctar en el mismo); y, de libertad condicional sujeta a vigilancia; **iv.** Sistema alemán, se compuso de un primer periodo en que los penados hacían vida en común, bajo la

obligación del silencio. Una segunda etapa consistía en observar la personalidad del condenado y agruparlos en número de 25 o 30 con carácter heterogéneo (así como las personas en la vida real aparecen mezcladas, en prisión debe procurarse lo mismo a fin de evitar un clima ficticio que perjudique al recluso en su futura incorporación social) (MIR PUIG, C., 2018).

Por su parte, el sistema penitenciario peruano es *progresivo* y consta de tres estadios:

En primer lugar, la *observación* se encuentra a cargo de un equipo técnico interdisciplinario que, conforme al artículo 108 del Código de Ejecución Penal, recibe el nombre de Órgano Técnico de Tratamiento. Este último, debe establecer lo siguiente: **1.** Diagnóstico criminológico; **2.** Pronóstico criminológico; **3.** Clasificación del interno según sus posibilidades de readaptación social; **4.** Programa de tratamiento individualizado; y, **5.** Recomendaciones sobre el tratamiento o sección del mismo al que debe ser destinado el interno (artículos 62 y 63 del Código de Ejecución Penal). En segundo lugar, el *tratamiento* se inicia con “la ubicación del interno en el establecimiento o la sección que se haya recomendado en la fase de observación. En este periodo, el recluso será sometido al tratamiento indicado, ya sea a través de métodos sociales, educativos, psicológicos, medico-biológicos y otros que permitan su resocialización [sic]”. Y, en tercer lugar, la *prueba* permite el traslado a otra sección basado en el principio de autodisciplina. Además, el trabajo no se suspende, por el contrario, continúa según las condiciones recomendadas. En esta etapa, el penado puede acogerse a los siguientes beneficios penitenciarios: semilibertad, liberación condicional, redención

de la pena por el trabajo y la educación, y permiso de salida (MILLA VÁSQUEZ, 2019).

Esta posición se acentúa en el artículo IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, que previó: “El tratamiento penitenciario se realiza mediante el sistema progresivo”. También se solventa en el artículo 5 del Reglamento del Código de Ejecución Penal, que prescribió: “El Sistema Progresivo del tratamiento penitenciario comprende la observación, diagnóstico, pronóstico, clasificación y el programa de tratamiento individualizado”.

#### **D. Sistemas de individualización científica**

La individualización científica es resultado de la presencia de la ciencia criminológica en el Derecho penitenciario, logrando que el sistema progresivo sea individualizado, mediante una observación y estudio del interno puramente científico (FERNÁNDEZ BERMEJO, 2019).

Se trata de un sistema flexible que, priorizando la resocialización, se encauza principalmente en las circunstancias personales para establecer lo siguiente: un programa individual de tratamiento; su clasificación inicial en un grado, y su paso a otro superior o inferior (cada uno de los cuales tiene un régimen diferente); y su ubicación en el establecimiento adecuado al grado previsto. En suma, “permite clasificar al interno en un grado en función de su situación personal y la evolución que experimente durante el tratamiento. No hay una obligatoriedad de pasar por todos los grados, ni de mantenerse en ellos un lapso concreto de tiempo [sic]” (FUENTES OSORIO, 2011).

#### **2.2.2.4. Principios del derecho penitenciario**

##### **a. Principio de humanidad de las penas**

Se manifiesta sobre la base de tres aspectos fundamentales: en primer lugar, la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, con efectividad en la parte especial del Derecho penal y en las consecuencias jurídicas del delito; en segundo lugar, la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad; y, en tercer lugar, la atención de las víctimas de infracciones penales (DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2009).

La determinación de una pena inhumana requiere traspasar un umbral de intensidad mínimo de padecimientos difícil de situar con precisión, que depende de pautas valorativas constitucionales y sociales que son fruto de evolución y desarrollo.

Las penas son inhumanas por su naturaleza, magnitud y forma de ejecución.

**a.** *Penas inhumanas por su naturaleza*, que suponen la destrucción del individuo. La sanción inhumana por excelencia es la pena de muerte, que destruye el sustrato biológico del ser humano. También se incluyen las penas que implican la destrucción parcial del sustrato biológico, como la mutilación (cortar la mano al ladrón), y todas las penas corporales (latigazos, lapidación, marcas con hierro candente, etcétera). Este cuadro comprende, a la vez, los trabajos forzados (cuyo fundamento de prohibición reside en utilizar al reo como instrumento para obtener fines ajenos, sin respeto de su dignidad) y las penas infamantes (que tienen como objetivo el escarnio o descrédito del penado, por ende, constituyen sanciones degradantes o denigrantes).

- b.** *Penas inhumanas por su magnitud*, en un sentido amplio, toda sanción punitiva cuya dimensión sobrepasa lo adecuado a la culpabilidad del delincuente manifestada en el hecho, con la finalidad de alcanzar fines sociales (intimidación a otros ciudadanos, contrarrestar la alarma social, o rebajar la sensación de inseguridad colectiva), es inhumana porque supone la instrumentalización del sujeto: implica no tratar al delincuente conforme a su dignidad, sino como herramienta para lograr propósitos ajenos a él. El modelo por antonomasia es la cadena perpetua.
- c.** *Penas inhumanas por su forma de ejecución*, se le connota como inhumana cuando en su ejecución se añaden padecimientos de una especialidad intensidad. Es el caso, por ejemplo, del aislamiento celular en función de su duración, sus circunstancias (prohibición de relacionarse con otros presos y familiares, e impedimento de acceso a información del exterior) y las condiciones materiales de la celda (luz y dimensiones). También son inhumanas las condiciones de vida en la prisión debido al hacinamiento, las pésimas condiciones higiénicas y sanitarias, la escasa alimentación o la ausencia de tratamiento médico (PÉREZ MANZANO, 2019).

Asimismo, se desarrollarán otros principios relevantes:

**b. Principio de legalidad**

Sus alcances emergen de los siguientes preceptos legales.

Por un lado, según el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal:

“No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y

reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente”.

Y, por otro lado, de acuerdo con el artículo V del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal: “El régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interviniente no afectados por la condena [...]”.

### **c. Principio del debido proceso**

El condenado tiene derecho a exigir que la ejecución se cumpla del modo prevenido por la ley y a instar los incidentes de ejecución que fueran procedentes, en cuya realización no pueden obviarse el principio del contradictorio y la garantía del derecho de defensa (SAN MARTÍN CASTRO, 2003).

### **d. Principio de impulso de oficio**

Al respecto, los artículos 332 y 337 del Código de Procedimientos Penales, estipulan, respectivamente, lo siguiente:

En primer lugar, “Ejecutoriada la sentencia condenatoria, el Tribunal Correccional elevará a la Corte Suprema un testimonio de ella, para su inscripción en el Registro Judicial; remitirá otro a la Dirección de Prisiones; y un tercero al Jefe del establecimiento penal en donde el reo debe cumplir su condena”.

Y, en segundo lugar, “La reparación civil ordenada en sentencia firme, se hará efectiva por el juez instructor originario, a quien el Tribunal Correccional remitirá los autos”.

Todo lo cual, evidencia que la ejecución penal –que incluye la pena y la reparación civil– es forzosa e ineludible.

### **e. Principio de rigurosidad del cómputo de las penas**

En primera línea, el artículo 30 del Código Penal prevé lo siguiente:

La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.

A la vez, el artículo 47 del Código Penal regula lo siguiente:

El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.

Por último, el artículo 330 del Código de Procedimientos Penales estipula lo siguiente: “La sentencia condenatoria se cumplirá, aunque se interponga recurso de nulidad”.

Las demás penas, esto es, las limitativas de derechos –prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación– y la multa, instituidas en los artículos 31 y 41 del Código Penal, se computan luego de que la sentencia condenatoria quede firme.

### **f. Principio de resocialización de las penas privativa de libertad**

Así, el artículo 139, numeral 22, de la Constitución Política del Estado prescribe lo siguiente: “[...] el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.



En tanto, en el artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal se prevé lo siguiente: “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”.

A la par, es conveniente puntualizar la diferencia entre reeducación y reinserción.

La *reeducación* consiste en compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole acceso a la cultura y desarrollo integral de su personalidad. Por su parte, la *reinserción*, es el proceso de introducción del individuo en la sociedad; no se trata, como en el caso de la reeducación, de facilitarle un aprendizaje para que reaccione adecuadamente en el momento de su liberación. Va más allá y tiene como propósito favorecer el contacto entre el recluso y la comunidad, esto es, promueve que la vida del establecimiento penitenciario se asemeje a la vida en libertad (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

#### **g. Principio del cumplimiento del fallo judicial en sus propios términos**

La ejecución del fallo se hace con arreglo a sus propios términos, aunque puede darse una *transformación del objeto de ejecución*, como la conversión de la pena de multa a pena de privación de libertad o a otra pena en caso de insolventes (artículo 56 del Código Penal); en la conversión de las penas limitativas de derecho a pena privativas de libertad (artículo 55 del Código Penal); en la revocatoria de la

condena condicional a reserva del fallo condenatorio (artículos 60 y 66 del Código Penal); y en la revocatoria de la conversión de penas (artículos 53 y 54 del Código Penal) (SAN MARTÍN CASTRO, 2003).

#### **h. Principio de judicialización**

En este caso, se reconoce que la figura del juez de vigilancia resulta de vital importancia. Sus resoluciones coadyuvan a que la autoridad penitenciaria respete los derechos de los internos, por lo que, su intervención tiene lugar en el régimen y el tratamiento penal (sanciones, permisos de salida, intervención de comunicaciones, progresiones y regresiones de grado, etcétera). Es un garante del recto proceder de la Administración Penitenciaria. En líneas generales, las actuaciones administrativas son fiscalizadas por los jueces y tribunales, en la medida en que lesionen o pongan en peligro derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y las Leyes, y más aún, cuando al administrado se le ha impuesto una pena privativa de libertad (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

#### **i. Principio de presunción de inocencia**

La presunción de inocencia es “un derecho subjetivo público, autónomo e irreversible del que está investida toda persona física acusada de un delito y que consiste en desplazar sobre la parte acusadora la carga cumplida de los hechos de la acusación [sic]”. De su lado, los jueces y tribunales están obligados a declarar la inocencia si tal prueba no tiene lugar. Este principio, sin duda, tiene proyección en el régimen penitenciario, en tanto, se

requiere de prueba suficiente para dar por cierta la infracción de los preceptos reglamentarios (FERNÁNDEZ GARCÍA, 2001).

#### **2.2.2.5. Sistema, régimen y tratamiento penitenciario**

Se distinguen, conceptualmente, los términos *sistema*, *régimen* y *tratamiento*.

En primer lugar, el *sistema* es “la organización general que en materia penitenciaria se adopta en un país determinado, para la ejecución de las penas [sic]”, sigue diversos criterios y admite la presencia de dos o más regímenes penitenciarios, de acuerdo con las distintas personalidades que caracterizan a los internos del país. En segundo lugar, el *régimen* es el “conjunto de condiciones y medidas que se ejercen sobre un grupo de reclusos que presentan características similares [sic]”; además, cada régimen cuenta también con una reglamentación que lo diferencia de otros. Y, en tercer lugar, el *tratamiento* es “la acción o influencia dirigida a modificar la conducta delictiva del condenado, en función de sus peculiares características personales [sic]” (SOLÍS ESPINOZA, 2008).

#### **2.2.2.6. Régimen penitenciario-disciplinario y principios**

La actividad penitenciaria es realizada por los servicios administrativos de las prisiones —que en el ordenamiento español se denominan Instituciones penitenciarias— y tiene como propósito la retención y custodia de los reclusos —con independencia de su respectiva condición procesal: detenidos, presos, penados o sentenciados sujetos a medida de seguridad—, así como, la reeducación y reinserción social. Por ello, mientras el *régimen* se perfila como la parcela de la actividad penitenciaria encaminada a asegurar la retención y

custodia; el *tratamiento* se dirige a asegurar la reeducación y reinserción social de penados y sentenciados sujetos a medidas de seguridad (FERNÁNDEZ ARÉVALO, 2003).

En lo referente al régimen penitenciario, concierne dividir los poderes públicos de la siguiente forma: **a.** Corresponde al Poder Legislativo instaurar las normas generales para el desarrollo y funcionamiento del régimen penitenciario; **b.** Conciernen al Poder Judicial decidir el Derecho penitenciario basándose en un procedimiento legal, que permita vigilancia y readaptación social del reo; **c.** Atañen al Poder Ejecutivo concretizar las decisiones legales y judiciales en el ámbito estrictamente administrativo penitenciario, entendido como el conjunto de recursos humanos y materiales para alcanzar el objetivo de vigilancia y readaptación social (GÓMEZ PIEDRA, 2005).

A continuación, los principios del régimen penitenciario-disciplinario, son los siguientes:

#### **i. Principio de legalidad**

Se desenvuelve en varios planos: en su vertiente formal, “en el principio de reserva de ley y de ley orgánica [sic]”; en su vertiente material, “en el principio de taxatividad o seguridad jurídica, y en el principio proscriptor de la analogía [sic]”; y, en su vertiente cronológica, “en el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras, salvo en lo que resulte favorable [sic]”.

A la vez, convergen otros subprincipios: **a.** *Reserva de ley*, según el cual, el catálogo de infracciones y sanciones deben estar enunciado por ley; **b.** *Seguridad o taxatividad*, conforme al cual, la determinación

de la conducta infractora por la norma tipificadora debe ser clara y precisa, pues la vaguedad e indeterminación reducen la seguridad jurídica; **c. Interdicción de la analogía**, según el cual, las normas que definen infracciones y sanciones no son aplicadas analógicamente; **d. Irretroactividad de las normas sancionadoras, excepto las que resulten más favorables**, conforme al cual, serán aplicadas “las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa [sic]”; **asimismo**, “las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al infractor [sic]”.

## **ii. Principio de proporcionalidad**

Se debe ponderar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, en virtud de los siguientes criterios: intencionalidad o reiteración; naturaleza de los perjuicios causados; reincidencia en el término de un año de más de una infracción declarada en resolución firme.

## **iii. Principio de culpabilidad**

Se parte tres ejes: en primer lugar, la culpabilidad constituye el fundamento de la pena y presupone la constatación en el sujeto activo de los requisitos de capacidad, conocimiento de la antijuricidad de su conducta, y exigibilidad de la misma; en segundo lugar, la culpabilidad se erige como elemento de determinación o medición de las sanciones, conforme al cual el grado de culpabilidad constituye un factor determinante en la individualización de la sanción imponible; y, en tercer lugar, se exige el dolo o la culpa en la acción u omisión

sancionada, con exclusión de supuestos de fuerza mayor, caso fortuito u otra manifestación de responsabilidad objetiva derivada del resultado (FERNÁNDEZ ARÉVALO, 2003).

### **2.2.3. CONTROL JUDICIAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA. EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA**

#### **2.2.3.1. Ejecución de la pena**

Al fallo condenatorio le sigue la *realización de la pena* (ejecución de la pena en sentido amplio). Esta se divide en la *ejecución de la pena en sentido estricto* (introducción y vigilancia general de la imposición de la sentencia) y en la *ejecución penal* (cumplimiento de la pena en particular, es decir, ejecución de la pena privativa de la libertad) (ROXIN y SCHÜNEMANN, 2017).

#### **2.2.3.2. Razones y aclaraciones del garantismo punitivo**

Se subrayan tres notas esenciales:

En primer lugar, la preocupación por los derechos de los delincuentes, no debe entenderse como una forma de minusvaloración de los derechos de las víctimas. Los derechos de unos y otros no están en contradicción.

En segundo lugar, si bien las víctimas y sus familiares merecen un cuidado especial, por las graves violaciones a sus derechos fundamentales, no deben arrogarse la decisión o la autoridad principal al momento de definir lo que debe hacer el Estado en relación con los victimarios. Las víctimas deben ser escuchadas cuando se reflexiona sobre políticas públicas, empero, esto no implica que deban ser quienes determinen su sentido u orientación.

En tercer lugar, en muchas ocasiones, la evaluación del garantismo se basa en errores patentes. Entre ellos, por ejemplo, cuando se le confunde con el abolicionismo. Son inaceptables las versiones extremas del garantismo, pero también lo es el no-garantismo, que muestra tolerancia con el autoritarismo político (GARGARELLA, 2016).

### **2.2.3.3. Necesidad de control judicial en la etapa de ejecución de la pena**

La necesidad de control judicial en la etapa de ejecución de la pena, surge de dos ideas iusfilosóficas.

En primer lugar,

[la] doble función de la pena –ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución– confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante. De ello se sigue una suerte de duplicación del trabajo judicial: la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado: la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas [...] La autoridad que dispensa o que niega un beneficio penal [...] no comprueba hechos en régimen de contradicción y publicidad, sino que valora y juzga directamente la interioridad de las personas [...] decide [...] sobre la ausencia de peligrosidad [...] su buena conducta, su arrepentimiento sobrevenido o sobre otras valoraciones análogas inverificables e irrefutables por su naturaleza. Es este poder ilimitado el que hace libertaria y total a la institución

carcelaria: porque reduce la persona a cosa, poniéndole completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir [...] (FERRAJOLI, 2011).

Y, en segundo lugar:

[...] la necesidad de control judicial de la pena [...] es [...] una manifestación específica [de] acceso [a] cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas. Si ese control judicial está garantizado para las personas libres en sus relaciones regulares con la administración [...] debe estar garantizado [también] a las personas privadas de su libertad, dada la especial situación en la que estas personas se encuentran. A diferencia de lo que establecía la doctrina de la relación de sujeción especial, la especial situación de sujeción entre el interno y la administración penitenciaria debe fundar la necesidad de un control más amplio y estricto de la actuación de los agentes penitenciarios, y de un nivel de protección mayor de las libertades y derechos fundamentales de los reclusos (BOVINO, 1999).

Esto se enmarca en la perspectiva de que las sanciones penales no buscan tan solo la punición o la exclusión social del condenado, sino que procuran, a través de un mecanismo adecuado, su recuperación y reincorporación satisfactoria a la vida comunitaria, dando cumplimiento al fin preventivo especial positivo de la pena, o el curativo de la medida de seguridad (CANO SUÁREZ, 2015).

En esa lógica, la vigencia plena de los derechos de los reclusos exige mecanismos internos de garantías que, como la judicialización de la ejecución penitenciaria, aseguren que la aplicación práctica de la



disposición penitenciarias no termine por vaciar de contenido las reglas de garantías relativas a los penados (AROCENA, 2014).

Es relevante acentuar los siguientes postulados de justificación:

- a.** En primer lugar, se deriva del principio de legalidad de la ejecución o legalidad ejecutiva.
- b.** En segundo lugar, es “una manifestación específica del deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas [sic]”.
- c.** En tercer lugar, los riesgos para los derechos fundamentales de los reclusos provienen de la sobrevaluada centralidad que los agentes penitenciarios atribuyen a las cuestiones relativas a la seguridad, la disciplina y el orden interno en el establecimiento carcelario.
- d.** En cuarto lugar, “la judicialización de la pena de encierro aparece, así, como un instrumento indispensable para la realización del principio de legalidad ejecutiva [sic]”, y presupone, por un lado, la asignación de competencias específicas para que una judicatura especializada controle la ejecución de la sanción, y por otro lado, el “ensanchamiento [sic]” del ámbito de “jurisdiccionalización [sic]” extendiendo las funciones judiciales durante la etapa de ejecución.
- e.** En quinto lugar, la institución del juez de ejecución penal o juez de vigilancia penitenciaria constituye la materialización de los mecanismos de control interno de la ejecución de la pena privativa de libertad (AROCENA, 2014).

Por añadidura, la obligación del juez de ejecución penal se fundamenta en la situación extrema en la que viven los condenados en las cárceles, por ello, se busca que dicho profesional especializado en la actividad penitenciaria, ejerza control y vigilancia de la fase ejecutiva, a fin de salvaguardar los derechos de los internos y para ofrecerles un mecanismo de acceso a la justicia (COLLÁN LÓPEZ, 2016).

En suma, la obligación de supervisar la prisión tiene sustento en los siguientes motivos: en primer lugar, por la diferencia de poder de los presos y el personal que gestiona la prisión; en segundo lugar, debido a que la cárcel es un espacio aislado, por ende, es difícil obtener conocimiento fidedigno de lo que sucede en su interior; en tercer lugar, por las dificultades de los penados por obtener credibilidad en las denuncias, recursos y peticiones planteadas; en cuarto lugar, pues, la penitenciaria suministra un marco de referencia que permite tratar de forma distinta e inferior al ciudadano privado de libertad; y, en quinto lugar, en virtud del efecto de la “prisión virtual”, es decir, la que realmente existe y la virtual (la que la autoridad cree que existe), en la mayoría de casos, ni siquiera el director es consciente de lo que sucede (LARRAURI PIJOAN, 2021).

En lo atinente al Perú, el problema del control de la ejecución penal reside en que “se adopta un modelo de naturaleza eminentemente administrativa que no es compatible con la Constitución y los Tratados sobre DD.HH [sic]”. Como se sabe, la autoridad encargada de decidir la limitación de determinados derechos es el INPE sin control judicial (ESCOBAR y ÁVILA, 2007).

Esta situación ha sido abordada por la Defensoría del Pueblo (2009), conforme a la cual encargar, exclusivamente, a la administración penitenciaria el control sobre la ejecución de la pena reviste un potencial peligro, en tanto no exista una inspección sobre la forma como ejecuta sus funciones y decisiones, lo que pone el peligro la vigencia de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2009).

La misma preocupación expresó, en su tiempo, la Comisión Especial de Reforma Integral de la Administración de Justicia-CERIAJUS (2004), cuando subrayó la ausencia de una política criminal del Estado, entre cuyas carencias se incluye la falta de una política penitenciaria y la inexistencia de un juez de ejecución o de vigilancia (COMISIÓN ESPECIAL DE REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-CERIAJUS, 2004).

#### **2.2.3.4. Definición del juez de vigilancia penitenciaria**

El *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico* lo define de la siguiente manera:

El juez que ejerce funciones en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea que les atribuye la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley.

Siguiendo la dogmática, es un órgano judicial unipersonal especializado, que forma parte del orden jurisdiccional penal, con funciones previstas en

la ley, en materia de ejecución de pena privativas de libertad y medidas de seguridad, control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penales (PÉREZ CEPEDA, 2001).

#### **2.2.3.5. Evolución histórica**

Tradicionalmente, “la actuación de los tribunales culminaba con la sentencia, pues su ejecución correspondía a órganos administrativos que eran los encargados de cumplir la sentencia. El Derecho penal terminaba en las puertas de las cárceles, la labor de los jueces a partir de ese momento era escasa y, además, se reducía a cuestiones muy puntuales [sic]” (visitas periódicas, entre otros). De este modo, los internos quedaban en una situación de total indefensión y sin posibilidades de acceso a los tribunales. En ese sentido, surgió la idea de atribuir a un órgano judicial las competencias para vigilar y controlar la ejecución de la penal. Dicho órgano apareció en Brasil, en una ley federal de 1922. Posteriormente, con la denominación de juez de vigilancia, emergió en 1930 en Italia; más tarde, en Francia en 1959 con el nombre de juez de ejecución de penas. En España se introduce en 1979 con el nombre de juez de vigilancia penitenciaria en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004).

#### **2.2.3.6. Naturaleza jurídica**

El juez de vigilancia penitenciaria tiene naturaleza *jurisdiccional*, tanto orgánica –pertenece a la jurisdicción del orden penal– como funcionalmente. Así, se aclara que la administración penitenciaria, si bien continúa teniendo competencia en la retención y custodia de detenidos, presos y penados, y

en la dirección, organización y régimen de los establecimientos penitenciarios, su actividad administrativa está sujeta al control de los diversos tribunales (MIR PUIG, C., 2018).

En ese orden de ideas, su naturaleza se define por la condición de representante del Poder Judicial y por las funciones encomendadas, lo que impedirá que se convierta en un “híbrido juez-agente penitenciario” (ALONSO DE ESCAMILLA, 1985).

#### **2.2.3.7. Perfil jurisdiccional**

El perfil jurisdiccional del juez de vigilancia penitenciario debe abarcar lo siguiente:

- a.** En primer lugar, deberá poseer formación académica en Derechos humanos, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho penitenciario, Criminología, Sociología y Psicología, debidamente acreditada y con una práctica temporal razonable.

Todo ello, con el propósito de conocer al privado de libertad, entender su problemática y comprender la realidad carcelaria.

- b.** En segundo lugar, se tratará de un profesional que refleje vocación de servicio.

El ámbito en el que desplegará su competencia jurisdiccional, sin duda, será distinto al de un juez ordinario.

Sus labores no se circunscribirán exclusivamente al ámbito jurídico (solo al momento de resolver las solicitudes de beneficios penitenciarios), pues,

también desempeñará funciones de seguimiento personal a los penados (visitas periódicas a los establecimientos penales).

En sintonía con ello, los jueces de vigilancia penitenciaria constituyen verdaderos órganos especializados dentro de la jurisdicción penal, que aplican legislación penitenciaria. Por ello, deben contar con una cualificación profesional en esta materia. A la vez, su adopción entraña las siguientes ventajas: la especialización redundante en un conocimiento superior de la materia y, en consecuencia, en una mejor competencia en el desempeño de las funciones; contribuye a la homogeneidad de las decisiones y, con ello, afianza la seguridad jurídica; por último, la preparación jurídica también supone una comprensión adecuada de la realidad que se suscita (ALONSO DE ESCAMILLA, 2019).

#### **2.2.3.8. Funciones y atribuciones**

Como antecedente, se puntualiza que el artículo IX del Título Preliminar del primer Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo número 330, del siete de julio de mil novecientos ochenta y cinco), estipuló que: “El control judicial de la ejecución de las penas y medidas privativas de la libertad, está a cargo del Juez de Ejecución Penal”.

A partir de ello, es posible disgregar las funciones de juez de ejecución penal en dos ámbitos: *decisión* y *vigilancia*.

- I. Las funciones de *decisión* eran las siguientes: adoptar las decisiones necesarias para que las penas se cumplan de acuerdo a lo dispuesto en la sentencia (artículo IX del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal); conceder la libertad

condicional de los internos y acordar las revocaciones que proceda, de oficio o a solicitud del Ministerio Público (artículos 56 y 57 del Código de Ejecución Penal, y artículo 99 del Reglamento respectivo); conocer la semilibertad o revocarla ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas; resolver las apelaciones sobre sanciones disciplinarias impuestas al interno (artículo 40 del Reglamento correspondiente); evaluar la falta de atención de las quejas o reclamados presentados al Director del establecimiento (artículo 24 del Código de Ejecución Penal y artículo 16 del Reglamento respectivo); dilucidar la apelación sobre la clasificación y regresión en el tratamiento penitenciario; aprobar las sanciones de aislamiento en celda de una duración superior a los treinta días (artículo 37 del Código de Ejecución Penal); conceder permisos de salida dando cuenta al Ministerio Público y, si es procesado, al juez que conoce la causa (artículo 51 del Código de Ejecución Penal y artículo 74 del Reglamento correspondiente); y, autorizar la atención médica fuera del espacio penitenciario, previo informe de la tres profesionales (artículo 98 del Código de Ejecución Penal).

- II. Las funciones de *vigilancia* fueron las siguientes: visitar periódicamente los establecimientos penitenciarios de su competencia para cautelar la ejecución de la pena (artículo 151 del Código de Ejecución Penal); solicitar la revocación de la condena condicional en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la sentencia, es decir, debía efectuarse dicho

requerimiento al Juzgado o la Sala Penal que impuso la sentencia condicional y que le competía vigilar en cuanto a su ejecución, para lo cual, debía contar con la tutoría de personal especializado (artículo 150 del Código de Ejecución Penal); presenciar las revisiones o registros extraordinarios e inopinados en los centros carcelarios (artículo 19 del Código de Ejecución Penal); y, recibir información de la suspensión motivada de las comunicaciones dispuestas por la autoridad penitenciaria (artículo 49 del Código de Ejecución Penal) (SOLÍZ ESPINOZA, 1999, como se citó en PASTOR ARCE, 2012).

Posteriormente, dicho Código de Ejecución Penal fue derogado por el Decreto Legislativo número 654, del dos de agosto de mil novecientos noventa y uno, y se instauró un nuevo texto normativo.

En este documento legal, no se reguló la figura del juez de vigilancia penitenciaria, por ello, es pertinente recurrir a la legislación española.

De este modo, en los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria del veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, se definieron las funciones y atribuciones de los jueces de vigilancia penitenciaria.

De un lado, sus *funciones* eran las siguientes: adoptan decisiones para que las resoluciones judiciales que aplican penas privativas de la libertad, se ejecuten en estricto sentido; asumen funciones que corresponderían a jueces y Tribunales sentenciadores; resuelven solicitudes de libertad condicional y las revocatorias respectivas; aprueban propuestas sobre



beneficios penitenciarios de acortamiento de pena; ratifican sanciones de aislamiento en celda superiores a catorce días; dilucidan las reclamaciones que se formulen sobre sanciones disciplinarias, así como, las clasificaciones, progresiones y regresiones de grado penitenciario; ventilan peticiones y quejas de los reclusos sobre el régimen y tratamiento carcelario; visitan establecimientos penales; autorizan permisos de salida superiores a dos días; conceden el tránsito del régimen cerrado a propuesta de la Dirección del recinto penal.

Y, de otro lado, sus *atribuciones* fueron las siguientes: formulan propuestas referentes a la organización y desarrollo de la convivencia en los centros penitenciarios, talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general, a las actividades económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

A la vez, en el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, del dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco, se reguló al juez de vigilancia penitenciaria y se puntualizó, medularmente, que en cada provincia se instalará esta judicatura especializada, que cumplirá las funciones previstas en la Ley Orgánica General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de la libertad y medidas de seguridad, control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias y tutela de derechos fundamentales; también se estableció que el “cargo de Juez de Vigilancia Penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano de orden jurisdiccional penal [sic]”.

Siguiendo la tradición española, la Administración penitenciaria es “la encargada de conducir el proceso de individualización de la condena, pero con la participación del interno y bajo el control del Juez de Vigilancia [sic]”. Con ello, se limita las facultades de la Administración y se supera la concepción del tratamiento penitenciario como una relación autoritaria de sujeto-objeto, para propiciar otra más democrática de diálogo entre sujetos (el interno se concibe como sujeto participante), de forma que no escapen del Poder Judicial, con su garantía de imparcialidad, las importantes decisiones de las que depende la gravedad y la duración de la pena (MIR PUIG, S., 2016).

Por su parte, es conveniente referirse a la experiencia sudamericana.

En primer lugar, en Colombia, el artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario (1993), estipula que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad posee las siguientes funciones:

1. Verificar las condiciones del lugar o del establecimiento de reclusión donde deba ubicarse la persona condenada, repatriada o trasladada.
2. Conocer de la ejecución de la sanción penal de las personas condenadas, repatriadas o trasladadas, cuya ubicación le será notificada por el Inpec dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto por el cual se disponga la designación del establecimiento.
3. Hacer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno. Para ello deberá conceptuar periódicamente sobre el desarrollo de los programas de trabajo, estudio y enseñanza.
4. Conocer de las peticiones que los internos formulen en relación con el Reglamento Interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena.

En segundo lugar, en Paraguay, el artículo 492 del Código Procesal Penal (1998) ha estipulado:

El juez de ejecución controlará el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto a las finalidades constitucionales de la pena; entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de los establecimientos penitenciarios y podrá hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.

Antes del egreso, la autoridad correspondiente buscará solucionar los problemas que deberá afrontar el condenado inmediatamente después de recuperar su libertad, siempre que sea posible. Asimismo prestará su colaboración para que las entidades de ayuda penitenciaria o postpenitenciaria puedan cumplir sus tareas de asistencia y solidaridad con los condenados.

Y, en tercer lugar, en Bolivia, en los artículos 428 al 442 del Código de Procedimiento Penal (1999), se precisó que el juez de ejecución penal tendrá competencia para resolver las cuestiones o incidencias planteados durante la fase de ejecución; conceder o revocar la libertad condicional; ejecutar las penas de multa e inhabilitación; examinar la situación del interno por medida de seguridad; extinguir la pena por el perdón de la víctima por delitos de acción privada; y cancelar el registro de sentencias condenatorias.

#### **2.2.3.9. Régimen impugnativo**

De modo similar, es oportuno remitirse a la legislación española.

Al respecto, en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, del dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco, se indicó el siguiente régimen impugnativo:

En principio, se podrá interponer recurso de apelación contra los autos emitidos por el juez de vigilancia penitenciaria, que serán resueltos por el Tribunal Superior de Justicia. Sin embargo, está exceptuado el auto que haya resuelto la apelación de una resolución administrativa relativa a la clasificación del penado. Por su parte, el recurso de queja se interpone contra los autos que denieguen la admisión de la apelación. A la vez, si el recurso de apelación se refiere a la clasificación de los penados o la concesión de la libertad condicional, y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre que se trata de delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo e impedirá la puesta en libertad del condenado hasta que el órgano jurisdiccional *ad quem* emita pronunciamiento. Dichas impugnaciones se tramitarán con urgencia. Contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Superiores, la Fiscalía o la defensa legal del recluso, podrán formalizar recurso de casación para “unificación de doctrina [sic]” ante el Tribunal Supremo.

#### **2.2.3.10. Vínculos y relaciones con otros organismos administrativos y judiciales**

Al respecto, la Defensoría del Pueblo (2009) ha sintetizado los vínculos y relaciones del juez de vigilancia penitencia, con otros organismos administrativos y judiciales.

- A. Con la administración penitenciaria: la impugnación de las decisiones penitenciarias se tiene lugar ante la potencial afectación de derechos fundamentales o, en su caso, si se verifican actuaciones arbitrarias contrarias al Estado de Derecho. Esto se proyecta sobre las sanciones disciplinarias, los traslados, los beneficios penitenciarios (ejemplo: redención de pena), las condiciones de detención, y la clasificación y tratamiento penal.
- B. Con el juez de instrucción según el Código de Procedimientos Penales o con el juez de investigación preparatoria conforme al Código Procesal Penal: la competencia de estos últimos se trasladaría al juez de ejecución penal, y de ese modo, se evitaría la duplicidad de funciones.
- C. Con el juez sentenciador: será necesario otorgar a la judicatura especializada la facultad de decidir la concesión o denegación de beneficios penitenciarios, lo que conlleva a la modificación del Código de Ejecución Penal.
- D. Con el juez constitucional de hábeas corpus: si en la demanda constitucional se cuestionan las condiciones de detención o la actuación del personal penitenciario, su dilucidación podría ser asumida por el juez de ejecución de penas (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2009).

#### **2.2.4. Derechos de los privados de libertad**

En sede internacional, se ha definido a la *privación de la libertad* de la siguiente manera:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquiera otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no solo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquiera otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2008).

A la vez, atañe precisar los siguientes términos:

- a. El *detenido* es “toda persona privada penalmente de su libertad, salvo cuando ello haya resultado de una sentencia [sic]”.
- b. El *preso*, es “toda persona privada de su libertad como resultado de una sentencia [sic]”.
- c. El *privado de libertad, recluso o interno* es “toda persona privada de libertad en cualquiera de los dos supuestos anteriores, estos términos se refieren en forma amplia a personas sometidas a cualquiera forma de reclusión o prisión [sic]”.

- d. El *arresto* es el “acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por un acto de autoridad [sic]”.
- e. Los *centros de detención* son “todos aquellos establecimientos destinados a recluir personas que aún no han sido condenadas penalmente [sic]”.
- f. Las *penitenciarias, prisiones o centros penitenciarios*, son “aquellos establecimientos destinados a personas condenadas penalmente [sic]”.
- g. Las *cárceles, centros penales o centros de reclusión* son “tanto aquellos establecimientos destinados a la detención provisional o preventiva de personas, como a aquellos destinados al alojamiento de reos condenados [sic]”.
- h. Por *sistema penitenciario* se entiende, “tanto a la institución encargada de la administración de las cárceles, como al conjunto de los establecimientos carcelarios [sic]” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011).

El axioma del que debe partirse es que, la condición de privado de libertad en modo alguno supone la pérdida de los derechos fundamentales.

Según el principio de legalidad, solo concierne restringir los derechos expresamente detallados en las sentencias condenatorias, entre ellos, el más importante, la libertad personal. En cambio, el resto de los derechos fundamentales mantienen su vigencia (vida, dignidad, integridad personal, libre desarrollo de la personalidad, etcétera).

En los centros penitenciarios será imperioso cumplir obligaciones en sentido negativo y positivo: por un lado, se prohíben los tratos crueles,

inhumanos y degradantes y, por otro lado, deben crearse las condiciones necesarias para garantizar la dignidad, los derechos humanos, la justicia, la ocupación de establecimientos adecuados, la reeducación, la rehabilitación y la reincorporación social, conforme a los artículos 1, 2, 44 y 139 (numerales 21 y 22) de la Constitución Política del Estado.

Las condiciones mínimas en las que debe ejecutarse la privación de libertad, se derivan de la noción de Estado social y democrático de Derecho. A la vez, el respeto de los derechos de los reclusos, constituye el requisito imprescindible para dotar de legalidad a la pena.

Sobre lo anotado, la Constitución Política del Estado, en su condición de norma fundamental, estatuye lo siguiente:

Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

Artículo 2: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...]”.

Artículo 43: “La República del Perú es democrática, social independiente y soberana”.

Artículo 44:

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Artículo 139, numeral 21: “El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados”; en tanto que, el numeral 22: “El principio de que el



régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

A la vez, el vigente Código de Ejecución Penal ha instituido lo siguiente:

**Artículo II del Título Preliminar:** “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. La misma regla se aplica al proceso, en cuanto fuera pertinente”.

**Artículo III del Título Preliminar:** “La ejecución penal y las medidas privativas de libertad de los procesados están exentas de tortura o trato inhumano o humillante y de cualquier otro acto o procedimiento que atente contra la dignidad del interno”.

**Artículo V del Título Preliminar:** “El régimen penitenciario se desarrolla respetando los derechos del interno no afectados por la condena. Está prohibida toda discriminación racial, social, política, religiosa, económica, cultural o de cualquiera otra índole”.

**Artículo X del Título Preliminar:** “El Sistema Penitenciario acoge las disposiciones, conclusiones y recomendaciones de las Naciones Unidas para la prevención del delito y tratamiento del delincuente”.

**Artículo 1:** “El interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva”.

**Artículo 3:** “El interno ocupa un ambiente adecuado y está sujeto a tratamiento integral desde su ingreso hasta su liberación”.

**Artículo 4:** “El interno debe ser llamado por su nombre”.

**Artículo 5:** “El interno debe observar las disposiciones sobre orden, aseo y disciplina”.

**Artículo 6:** “Al ingresar al Establecimiento Penitenciario, el interno es examinado por el servicio de salud para conocer su estado físico y mental. Si se encuentran huellas de

maltratos físicos, se comunica inmediatamente al representante del Ministerio Público y, en su caso, al Juez competente”.

**Artículo 7:** “Los internos pueden formar agrupaciones culturales o deportivas y aquellas que el Reglamento autorice”.

**Artículo 8:** “El interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su ingreso o su traslado a otro Establecimiento Penitenciarios”.

**Artículo 9:** “Al ingresar a un Establecimiento Penitenciario, el interno es informado de sus derechos y obligaciones y se le entrega una cartilla con las normas de vida que rigen en el Establecimiento. Si es analfabeto, dicha información le es proporcionada oralmente”.

Asimismo, el Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo número 015-2003-JUS, del once de septiembre de dos mil tres), ha precisado lo siguiente:

**Artículo 3:**

La ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Esta protección se extiende a todos los internos, tanto procesados como sentenciados, respetando las disposiciones que establezcan los Tratados Internacionales sobre la materia.

**Artículo 6:**

La sociedad, las instituciones o de derecho público o privado y las personas participan en forma activa en el tratamiento del interno y en acciones de asistencia post-penitenciaria a través de los Comités de Apoyo al interno y las Juntas de Asistencia Post-Penitenciaria, en

coordinación con las instituciones y organismos dedicados especialmente a la asistencia de los internos y de los libertados.

**Artículo 10:** “Las actividades penitenciarias se ejercerán respetando la dignidad y derechos del interno, no restringido por la Ley y la sentencia”.

**Artículo 11:**

Todo interno tiene derecho a,

- 1.** Mantener o recuperar el bienestar físico y mental; **2.** Tener acceso a una atención adecuada y oportuna de salud; **3.** Recibir agua apta para consumo humano y para su higiene personal; **4.** Recibir alimentación balanceada y en condiciones higiénicas; **5.** Acceder y ejercitar su defensa legal; **6.** Recibir educación en diversas modalidades; **7.** Acceder al trabajo en los Establecimientos Penitenciarios; **8.** Comunicarse periódicamente, en forma oral, escrita y en su propio idioma o dialecto, con sus familiares, amigos y organismos e instituciones de asistencia penitenciaria; **9.** Comunicar inmediatamente a su familia o abogado dentro de las 24 horas, su ingreso o traslado de otro Establecimiento Penitenciario. En el caso de los internos extranjeros, esta comunicación deberá hacerse también a su representante diplomático o consular; **10.** Ser informado por escrito sobre su situación jurídica y régimen penitenciario bajo el cual se encuentra, así como acerca de sus derechos y obligaciones cuando ingrese y durante su permanencia en el Establecimiento Penitenciario. En caso de ser analfabeto, esta información deberá ser proporcionada en forma oral. La comunicación será hecha en un idioma que el interno pueda entender; deberán agotarse para tal efecto todos los recursos que sean posibles; **11.** Ser llamado por su nombre; **12.** Vestir su propia

ropa. Puede preferir la que proporcione la Administración Penitenciaria. En este caso, la ropa no deberá tener ninguna característica que afecte la dignidad de los internos, salvo su identificación; **13.** Contar con un espacio físico adecuado para la atención de los niños en los establecimientos penitenciarios para mujeres. En el caso de embarazo, a que no se utilice ninguna clase de medios de coerción; **14.** Formar agrupaciones culturales, deportivas, laborales, artísticas y religiosas. La enumeración de los derechos establecidos en este artículo no excluye los demás que la Constitución, los Instrumentos Internacionales y el ordenamiento jurídico nacional garantizan.

Entre sus derechos, se incluye la entrevista y comunicación con su abogado defensor, que solo se suspenderá por “causas de emergencia o actos de violencia o cuando se realicen actividades que exijan la participación de todos los internos, que deberán ser programadas con anticipación [...]” (artículo 17); la visita personal y mensajería escrita con familiares y amigos, salvo orden judicial de incomunicación (artículo 19); y la formulación de peticiones, quejas o denuncias sobre aspectos que afecten sus derechos, necesidades o condiciones de detención ante la autoridad penitenciaria, el Ministerio Público, Defensoría del Pueblo u organizaciones defensoras de los derechos humanos (artículo 52).

#### Artículo 16:

Todo interno tiene el deber de,

1. Cumplir las disposiciones sobre orden, aseo y disciplina;
2. Responder por el cuidado y mantenimiento de toda la infraestructura e instalaciones del Establecimiento Penal y de todos los bienes que la

Administración Penitenciaria entregue para el uso personal o común y aquéllas que sean propiedad de otros internos; **3.** Acatar las órdenes del personal penitenciario respetando las instrucciones que se impartan; **4.** Participar en los programas de alfabetización y educación primaria para adultos, en los casos que no hayan completado dicho nivel; **5.** Presentarse a los controles médicos que realicen los profesionales de la salud; **6.** Participar y contribuir en las actividades organizadas por la Administración Penitenciaria para la ejecución de obras, mantenimiento y limpieza del establecimiento penitenciario, que serán reconocidos como trabajo ad honorem en conformidad con la normatividad penitenciaria; **7.** Mantener su celda limpia, ordenada y contribuir con los demás internos para el orden y limpieza de las áreas comunes, sin alterar, modificar, destruir o introducir alguna forma de construcción sin autorización expresa. Esta misma obligación se extiende a los ambientes que ocupe el interno; **8.** Tener un comportamiento adecuado, respetando la integridad física y psicológica, los principios éticos, morales y religiosos de los demás; **9.** Asistir a las citaciones que les hagan las autoridades legislativas, judiciales, del Ministerio Público, policiales y otras administrativas. Dichas diligencias se realizarán en las instalaciones habilitadas dentro del Establecimiento Penal, salvo motivo justificado de la autoridad competente; **10.** Cumplir con los horarios y lugar que la Administración Penitenciaria señale para el consumo de alimentos; **11.** Cumplir el horario y el régimen de visitas y respetar el horario propio y de terceros; **12.** Llamar a los internos por sus nombres propios y al personal penitenciario con el debido respeto; **13.** Vestir la ropa que le brinde la Administración Penitenciaria cuando ejerza actividades laborales.

Así también, de los instrumentos internacionales subyace el deber de protección de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

a. En primer lugar, en las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos* de 1955, se precisó: no será posible efectuar diferencias de trato, en base a prejuicios, raza, color, sexo, lengua, religión, opinión, origen, fortuna, etcétera, y se respetarán las creencias religiosas y las normas morales del grupo al que pertenece el recluso (fundamento sexto); las celdas destinadas al aislamiento nocturno solo serán ocupadas por un interno, mientras tanto, en los dormitorios se ubicarán reclusos cuidadosamente seleccionados e identificados como aptos (fundamento noveno); los locales penitenciarios satisfacen condiciones de higiene, aire fresco, alumbrado, calefacción, ventilación natural y luz artificial, esto último, con la finalidad de que el interno pueda leer (fundamentos décimo y undécimo); los baños y duchas serán adecuadas, en tanto, la temperatura del agua será adaptada al clima (fundamento decimotercero); si el interno es analfabeto se le proporcionará información verbalmente (fundamento trigésimoquinto); el recluso tiene la posibilidad de presentar peticiones y quejas a la autoridad penitenciaria (fundamento trigésimosexto); las penas y medidas de seguridad se justifican si protegen a la sociedad contra el crimen (fundamento quincuagésimoctavo); el régimen penitenciario debe utilizar métodos curativos, educativos, espirituales y morales (fundamento quincuagésimonoveno); concierne reducir las diferencias entre la vida en prisión y la vida libre, además, debe adoptarse un régimen preparatoria para la liberación (fundamento sexagésimo).

- b.** En segundo lugar, en el *Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley* de 1979, se determinó:

En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas (artículo segundo).

Ningún funcionario encargado de hacer cumplir la ley podrá infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni invocar la orden de un superior o circunstancias especiales, como estado de guerra o amenaza de guerra, amenaza a la seguridad nacional, inestabilidad política interna, o cualquier otra emergencia pública, como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo quinto).

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley asegurarán la plena protección de la salud de las personas bajo su custodia y, en particular, tomarán medidas inmediatas para proporcionar atención médica cuando se precise (artículo sexto).

- c.** En tercer lugar, en la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* de 1984, se subrayó que la tortura implica la imposición intencional de dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales, con el propósito de obtener del perjudicado o un tercero una información o confesión; también se persigue castigarlos por un acto cometido o que se sospecha ejecutado; asimismo, la intimidación o coacción se sustenta en motivos de discriminación; finalmente, el daño físico o psicológico

debe ser infligido por funcionarios públicos o personas instigadas por él, con su consentimiento o aquiescencia (artículo primero).

A la vez:

[...] En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura [...] No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura (artículo segundo).

- d. En cuarto lugar, en la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* de 1985, se precisó que serán agentes de la tortura los empleados o funcionarios públicos, que ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hicieran (artículo tercero).

Asimismo,

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas. Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura (artículo quinto).

- e. En quinto lugar, en el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión* de 1988, se estableció que los detenidos o presos serán tratados con humanidad y respeto de su dignidad (primer principio);



no se restringirán sus derechos humanos, bajo el pretexto de que no hayan sido reconocidos convencionalmente (tercer principio); las detenciones o prisiones serán ordenadas por un juez o autoridad competente (cuarto principio); los reclusos no serán sometidos a torturas, tratos o penas inhumanas, crueles o degradantes, y no podrán invocarse justificaciones (sexto principio); los internos tendrán derecho a recibir la visita de su abogado y a comunicarse con él, en situación de confidencialidad, salvo circunstancias excepcionales previstas en la ley o reglamentos, la mensajería verbal y escrita no se admitirá como prueba en contra del delito, a menos que se relacione con un delito (decimoctavo principio); se presumirá la inocencia de quien ha sido acusado por la comisión de un ilícito, y se le tratará como tal mientras no se haya probado su culpabilidad, en juicio público y con garantías constitucionales (trigesimosexto principio).

- f. En sexto lugar, en los *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos* de 1990, se indicó que se respetará la dignidad y la condición de ser humano del privado de libertad (primer principio); está prohibida la discriminación por motivos de color, idioma, raza, religión, sexo, origen, opinión o posición económica (segundo principio); los internos gozarán de los derechos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos de las Naciones Unidas (quinto principio); los reclusos

tendrán derecho de participar en actividades educativas y culturales (sexto principio).

#### **2.2.4.1. Dignidad humana**

De entrada, se subraya que las personas percibidas como grandes delincuentes, no son individuos anormales ni diferentes, a pesar de que hayan cometido delitos atroces o su vida esté dedicada a la corrupción y la delincuencia. Actualmente, son cuatro teorías las que explican la opción del ser humano de perpetrar un crimen o abstenerse de ello: las que se basan en el libre albedrío; aquellas que destacan los factores biológicos; las que vinculan la criminalidad con motivos psicológicos; y, por último, las más amplias y mayoritarias que explican el delito por distintos motivos sociales y contextos. Así, la idea de que las personas que cometen crímenes no tienen humanidad, no se sostiene por ninguna teoría criminológica actual (VARONA, 2019).

Ahora bien, la dignidad humana ha sido reconocida en diversos instrumentos del Derecho internacional.

Así, en la *Carta de las Naciones Unidas* de 1945 (preámbulo) se indicó:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles, a reformar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las

obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional [...].

En la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 (artículos 1 y 2), se estableció: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y consciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Y, también se refirió:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional [...].

En la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 (artículo 11, numeral 1), se determinó: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

En la *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos* de 1981 (artículo 5), se precisó:

Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidos.

Y, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2000 (artículo 1), se puntualizó: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional (Sentencia número 10087-2005-PA/TC Ica, del dieciocho de diciembre de dos mil siete, fundamento quinto) ha definido a la dignidad en los siguientes términos:

[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valor constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental [...] la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello, es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos. En la medida en que los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esta centralidad implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos [...].

Así también, sobre la dignidad y la interpretación constitucional (Sentencia número 0030-2005-PI/TC Lima, del dos de febrero de dos mil seis, fundamento cuadragésimo), se anotó:

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 5°). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella

reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 ° de la Constitución).

Y, respecto a su realización (Sentencia número 2273-2005-PHC/TC Lima, del veinte de abril de dos mil seis, fundamentos octavo y noveno), se subrayó:

[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que lo poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía [...] Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, en primer lugar, que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que le es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Igualmente, se remarca la jurisprudencia convencional (Opinión Consultiva OC-24/17, del veinticuatro de noviembre de dos mil diecisiete, fundamentos octogésimoquinto y octogésimosexto) sobre la dignidad:

La Corte recuerda que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana entendida como ser racional, esto es, el reconocimiento de su dignidad [...] ese valor es consustancial a los atributos de la persona, y es, en consecuencia, un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] Además debe

entenderse que esa protección se encuentra establecida de forma transversal en todos los derechos reconocidos en la Convención Americana [...] La Convención contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de autonomía de la persona como en la idea de que todas las personas deben ser tratadas como iguales, en tanto son fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida [...].

Finalmente, la jurisprudencia constitucional española (Sentencia número 120/1990, del veintisiete de junio de mil novecientos noventa, fundamento jurídico cuarto) ha proclamado lo siguiente:

[...] la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [...]-, constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona [...].

La dignidad humana se proyecta como límite inderogable e inviolable de todo acto coercitivo.

Se erige como el “rango o categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado [sic]”. Como tal, impone un tratamiento acorde a la naturaleza humana. Así, se atenta contra la dignidad siempre que se eluda esta esencial superioridad y se le considere como cualquier otra parte de la naturaleza (GONZÁLEZ PÉREZ, 2017).

La dignidad se desenvuelve en tres planos:

En primer lugar, la dignidad *mínima o negativa*, que se concibe como don o atributo de especie. En segundo lugar, una dignidad *sustantiva*, relativa a la vida digna, en cuyo logro están involucrados los poderes públicos concernidos. Y, en tercer lugar, la dignidad como *reconocimiento*, que se asocia a la singularidad que posee cada individuo, a la estima u honor social que cosecha (CHUECA, 2015).

La dignidad humana fundamenta las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes públicos y de los agentes económicos y sociales, así como, establece los principios y los límites de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades. La dignidad humana opera como una *cláusula pétrea*, es decir: aquella norma constitucional que de forma expresa o tácita prohíbe su violación o incluso una reforma constitucional que la limite o la restrinja; y también constituye una *cláusula constitucional intangible* o cimiento de valores y principios históricos y sociales que sostienen la democracia. La dignidad humana limita la actuación pública y privada en dos formas: positiva, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar su desarrollo en los ámbitos legislativo, judicial y administrativo; y, negativa, pues, se debe evitar su afectación a través de leyes, resoluciones y actos administrativos, ya que los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en un sentido formal y material (LANDA ARROYO, 2021).

Se ponen de relieve dos acepciones de la dignidad humana: por un lado, como atributo irrenunciable o don inalienable de la persona, que comporta la prohibición de usar al ser humano como mero instrumento, como si fuese un medio o dato fungible; y, por otro lado, en su conexión con el principio de igualdad, de forma tal que el Estado está obligado a intervenir para garantizar el pleno desarrollo de la persona (MAUGERI, 2018).

El contenido de la dignidad humana suele determinarse desde una perspectiva *negativa*, es decir, resulta vulnerada por acciones como la tortura, esclavitud, expulsiones masivas, humillaciones, persecución, desprecio, trabajo forzado, privación colectiva de derechos, asesinatos, experimentos con personas, etcétera. Así también, teniendo en cuenta la óptica *positiva*, se protege la integridad corporal, la igualdad jurídica y la identidad personal. En ese sentido, la dignidad se convierte en el cimiento de los derechos fundamentales sin tener tal naturaleza. A la vez, su carácter normativo y vinculante es protegido por las garantías que dimanen de tales derechos (GÓMEZ ORFANEL, 2015).

También se subraya que la violación de la dignidad adquiere un doble cariz, es decir, como *destrucción de la personalidad y destrucción de la solidaridad* entre los hombres.

En el primer caso, la personalidad es entendida como “la indisponibilidad del ser del hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la disponibilidad del ser del hombre para sí mismo”. Tal perspectiva se quebranta cuando una tercera persona procede respecto a ciertos sujetos según su deseo y capricho, esto es, apartándose de las reglas comunes y recíprocas de conducta (la



costumbre, los usos, la moralidad o el Derecho). Y, conforme al segundo supuesto, en las situaciones límites de sumisión en las que el individuo no pueda ayudarse a sí mismo, le queda la última esperanza de que la sociedad no tolerará dicha invasión a la esfera de su existencia. La conducta entre sujetos semejantes lesiona intereses privados y también destruye la expectativa general sobre lo que puede o no tener lugar entre los hombres, sin injerencias o intervenciones de los demás. Se rompe el contrato social, según el cual, la conducta humana está regida básicamente por reglas de la moralidad o del Derecho. Con ello, se propugna garantizar la *interpersonalidad* –que no significa el mero respeto unilateral, sino recíproco de la personalidad– y la *solidaridad mutua* –o sea, el enlace recíproco en la solidaridad entre los hombres– (MAIHOFER, 2018).

Del mismo modo, se resalta la proyección de la dignidad humana en los distintos ámbitos del Derecho: administrativo, penal y procesal penal.

En primer lugar, en sede *administrativa*, atañe regular el ejercicio de los medios de ejecución forzada por tratarse de la manifestación última de la potestad coercitiva de la Administración, en la que existe peligro de que se soslaye el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, al emplear la fuerza.

En segundo lugar, en la esfera *penal*, la dignidad, los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad gozan de la protección de la ley penal, que se traduce en la tipificación como delitos de los atentados a los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Y, en tercer lugar, en el plano *procesal penal*, se advierte que es el escenario donde más riesgo existe de que se desconozca la dignidad humana (GONZÁLEZ PÉREZ, 2017).

En suma, la razón de que la defensa de la dignidad humana y la autonomía de la persona sea el valor último o supremo en los estados constitucionales, reside, fundamentalmente, en que, en tanto principio universal sustentado en la racionalidad moral del ser humano, le ofrece una multiplicidad de dimensiones materiales en su vida, todas protegidas en igualdad (RODRÍGUEZ SANTANDER, 2022).

## **CAPÍTULO III**

### **HIPÓTESIS Y VARIABLES**

#### **3.1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS PRINCIPAL Y DERIVADAS.**

##### **3.1.1. Hipótesis principal**

El control judicial en la etapa de ejecución de la pena es un mecanismo viable para garantizar el cumplimiento del principio de legalidad, así como, un trato humano y digno de los privados de libertad.

##### **3.1.2. Hipótesis derivadas**

A partir de la investigación realizada, resulta imprescindible la dación de dispositivos legales que impongan un control judicial especializado de las decisiones de la Administración Penitenciaria que restrinjan los derechos fundamentales de los privados de libertad. Como tal, coadyuvará a evitar los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

El control judicial en la etapa de ejecución de la pena es una garantía eficaz y eficiente de respeto por los derechos humanos y la dignidad de los reclusos.

#### **3.2. VARIABLES Y DEFINICIÓN OPERACIONAL**

Debido a que la presente investigación es de tipo no experimental, no será necesario la utilización de variables.

## **CAPÍTULO IV**

### **METODOLOGÍA**

#### **4.1. DISEÑO METODOLÓGICO**

Como se indicó previamente, no recurriremos a una metodología experimental, por lo que no es pertinente la formulación de variables.

La investigación es descriptiva.

Se evaluaron los beneficios que subyacen de implementar un modelo de control judicial en la etapa de ejecución de la pena, no solo para el cumplimiento de los fines punitivos, sino también para garantizar el respeto por los derechos fundamentales y la dignidad.

#### **4.2. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Para los efectos de contar con información que contribuya en la presente investigación, se va ha recurrido a bibliografía especializada por medio de libros de autores reconocidos en la materia de ejecución de penas y derecho penitenciario, a nivel nacional e internacional; así como, se examinaron artículos, revistas, conferencias o eventos académicos, entrevistas realizadas a expertos y tesis análogas.

#### **4.3. TÉCNICAS ESTADÍSTICAS PARA EL PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.**

La investigación se desarrolló siguiendo un enfoque cualitativo, que permitió procesar la información obtenidas de los instrumentos materia de análisis.

## **CAPÍTULO V**

### **RESULTADOS**

1. La investigación que se realiza evidencia que, en el estado actual de cosas, no es compatible con la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que el control y decisión de los lineamientos de ejecución de las penas privativas de libertad sean exclusivos de la Administración Penitenciaria, es decir, el INPE.
2. Se ha demostrado que la reclusión penitenciaria sin intervención externa da lugar a la vulneración continua y permanente de la dignidad, los derechos y garantías constitucionales, sea porque se cometen excesos en la represión o por el despliegue arbitrario de mecanismos que, a la postre, no son favorables a los fines de la pena.
3. Del principio de legalidad dimana la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Estos deberes se cohesionan entre sí. En ese sentido, no basta que los jueces impongan una sanción penal y fijen una determinada extensión temporal o magnitud cuantitativa; además, es imprescindible que custodien su efectivo cumplimiento, no como ente opresor, sino como organismo especializado que consolide los propósitos punitivos y preserve los derechos fundamentales.
4. En lo medular, el control judicial especializado es un medio idóneo, eficaz y necesario para asegurar que los privados de libertad ejerzan los derechos y facultades inherentes a su condición de seres humanos; por tanto, tiene una doble consecuencia: de un lado, sirve

como instrumento de autorregulación del *ius puniendi* estatal y, de otro lado, afianza la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia.

5. Para cumplir con tal objetivo, los jueces de vigilancia penitenciaria deben reunir requisitos de especialización en las siguientes materias: Derechos humanos, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho penitenciario, Criminología, Sociología y Psicología, debidamente acreditada y con antigüedad razonable.
6. Se constata que la falta de un marco legislativo que instituya el control judicial en la etapa de ejecución de la pena, mediante la figura del juez de vigilancia penitenciaria, es un quehacer pendiente del Estado peruano.
7. Lo descrito *ut supra* tiene sustento en las referencias utilizadas, esto es, literatura jurídica especializada y jurisprudencia de índole constitucional y penal, nacional y comparada.

## CAPÍTULO VI

### DISCUSIÓN

La discusión gravita en torno a la viabilidad del control o intervención judicial en la etapa de ejecución de la pena, como mecanismo para asegurar los fines punitivos y resguardar los derechos fundamentales de los privados de libertad.

Los motivos por los cuales, a la fecha, no se ha instituido un sistema de control judicial son, básicamente, los siguientes: por un lado, el Estado no ha prestado la atención debida a los problemas penitenciarios ni ha diseñado una política pública eficiente, con diagnósticos específicos, planes estratégicos, metodología de aplicación y, fundamentalmente, con soluciones asequibles e inmediatas; y, por otro lado, la persistente voluntad gubernamental de mantener el modelo anacrónico de que el ente regulador de la vida en prisión sea, exclusivamente, la Administración penitenciaria. Esto último refleja condescendencia con los excesos cometidos.

Frente a ello, la creación de una judicatura de custodia, control y vigilancia penitenciaria ofrece ventajas notables. De inicio, da cumplimiento al principio de legalidad, en su faz ejecutiva. Al mismo tiempo, sirve como instrumento de autocontrol del *ius puniendi*. Además, garantiza prontitud en el acceso a la justicia, mediante la supervisión y visita constante de los establecimientos penales; la autorización de beneficios penitenciarios (permiso de salida, redención de pena, semilibertad, liberación condicional, visita íntima, entre otros); la dilucidación de demandas constitucionales de hábeas

corpus correctivos; la absolución definitiva de quejas y denuncias; la revisión de sanciones disciplinarias; y el control directo de los regímenes de prueba, entre otros. En último lugar, la intervención judicial en el periodo de ejecución coadyuva a prevenir futuros casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues, en la eventualidad de que se promueva una demanda por infracción de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado peruano estará investido de atributos suficientes para afirmar su fiel cumplimiento a las obligaciones internacionales de respeto y protección de los derechos humanos, en materia penitenciaria.

La figura central es, sin duda, el juez de vigilancia penitenciaria, quien debe reunir cualidades profesionales especiales y poseer una amplia vocación de servicio. Se le encomienda una labor ardua, pero no de imposible consecución.

Todo ello discurre en un escenario garantista, no equiparable al abolicionismo extremo que propugna la supresión absoluta del Derecho penal y la pena.

La reseña teórica sobre los fines de la pena, realza su carácter imprescindible para reprimir atentados graves a los bienes jurídicos, salvaguardar intereses públicos preeminentes y restablecer el equilibrio social. Lo cual, sin embargo, no supone transgredir la condición humana de los agentes delictivos.

Por otro lado, el sustento axiológico de la investigación y las propuestas formuladas, es el respeto por la dignidad humana que, como atributo



natural, intangible y no relativizable, constituye una cláusula limitativa de actuación del Estado.

En su condición de valor jurídico indisponible, revela la necesidad de proteger los derechos fundamentales de los privados de libertad, sin que ello quede condicionado a su comportamiento durante la reclusión, a sus condiciones personales, a su estatus jurídico (detenido, preso o penado) o a la gravedad del delito cometido.

Por su estimación suprema, no admite excepciones o derogaciones ni en los casos más extremos o singulares, tales como, guerras o conflictos, motivos de seguridad nacional, para luchar contra el crimen organizado o contener a delincuentes violentos. Por ende, tampoco está sujeta a juicios de ponderación o a las reservas de la ley (como si lo están, por ejemplo, los derechos fundamentales).

Si la pena coacta la libertad y, en sí misma, resulta sumamente aflictiva, no deben ampararse otro tipo de sufrimientos corporales y psicológicos.

Por ello, en la esfera penitenciaria, está justificada la implantación de un modelo humanitario de respeto absoluto del mínimo existencial de los privados de libertad, sin perder de vista los fines punitivos.

La respuesta civilizada y democrática del Estado frente a los crímenes perpetrados, no solo lo constriñe a imponer su autoridad y restaurar la paz social mediante la pena; también le impone el deber de respetar la dignidad y el cuadro mínimo de derechos inderogables. En ese marco, debe redoblar esfuerzos y poner a disposición los recursos públicos necesarios en favor de alcanzar dicho objetivo.

Una medida relevante es, ciertamente, la creación de una judicatura especial para velar por el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales y, también, para garantizar la efectividad del *ius puniendi*.

Dicha responsabilidad recaerá en el juez de vigilancia penitenciaria, como funcionario especializado del sistema de justicia.

## CONCLUSIONES

1. La condición de privado de libertad no supone, en absoluto, la pérdida de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.
2. En la fase de ejecución penal, tiene plena virtualidad la prevención especial de la pena. Por ello, el régimen penitenciario debe estar enfocado, exclusivamente, en los privados de libertad. Sobre estos últimos deben volcarse los esfuerzos públicos a favor de su reeducación, rehabilitación y reincorporación social.
3. La experiencia ha demostrado que en los establecimientos penitenciarios se cometen excesos en la represión que, al final de cuentas, dan lugar a una violación constante y sistemática de la dignidad y los derechos humanos. A la vez, el tratamiento desplegado ha sido insuficiente. Ello se debe, entre otros factores, a la falta de supervisión externa de organismos especializados, que posean autoridad constitucional y legal para revertir esta situación.
4. El modelo de control administrativo en la etapa de ejecución de la pena, no ha mostrado resultados favorables a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, de acuerdo con el artículo 139, numeral 22, de la Constitución Política del Estado.
5. Los establecimientos penales constituyen espacios de seguridad y tratamiento para la sociedad y los privados de libertad,

respectivamente. Por ello, el sistema de control judicial en la etapa de ejecución de la pena, expone beneficios razonables relativos al cumplimiento del principio de legalidad de pena, a la autorregulación del *ius puniendi* y al respeto por los derechos fundamentales de los privados de libertad.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la instauración del sistema de control judicial en la etapa de ejecución de la pena, mediante la figura del juez de vigilancia penitenciaria.
2. Se aconseja la incorporación del juez de vigilancia penitenciaria en el Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Reglamento del Código de Ejecución Penal y Ley Orgánica del Poder Judicial. En tales documentos normativos deberán estipularse sus atribuciones y funciones, y el régimen de impugnación respectivo.
3. Se sugiere la creación de una Comisión multidisciplinaria para evaluar las propuestas realizadas.
4. Se propone desarrollar programas de capacitación en materia penitenciaria y derechos humanos, a cargo del Poder Judicial y la Academia de la Magistratura.

## REFERENCIAS

ALONSO DE ESCAMILLA, A. (2019). *Las nuevas competencias del juez de vigilancia penitenciaria*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. (1985). *La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: sus relaciones con la Administración penitenciaria*. Granada: III Jornadas Penitenciarias Andaluzas.

AROCENA, G. A. (2014). *Vigilando el castigo. Indagaciones sobre el control judicial de la ejecución de la pena privativa de libertad*. Buenos Aires: Editorial BdeF.

ÁVILA HERRERA, H. (2011). *El derecho de ejecución penal de cara al presente siglo: problemas, orientaciones, retos y perspectivas*. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Madrid: Editorial Hammurabi.

BECCARIA, C. (2020). *De los delitos y de las penas*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

BELOFF, M. (1993). *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.

BOVINO, A. (1999). *Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos*. Conferencia inaugural sobre "Control judicial de la privación de libertad en América Latina y derechos humanos", en el Seminario sobre Judicialización de la Ejecución de la Pena. Evaluación a un año de

vigencia, organizado por la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Justicia de Costa Rica y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en San José.

CANO SUÁREZ, B. G. (2015). *Derecho penal y penitenciario. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI*. Lima: Ideas Solución Editorial.

CASTILLO ALVA, J. L. (2004). *Principios del derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Piura: Revista Peruana de Derecho Público-Universidad de Piura.

CHUEGA, R. (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

COLLÁN LÓPEZ, C. V. (2016). *La reforma del sistema penitenciario actual a partir del nuevo rol del juez de ejecución penal, para cumplir con la política criminológica de prevención terciaria*. Lima: Universidad de San Martín de Porres-USMP.

COMISIÓN ESPECIAL DE REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-Ceriajus. (2004). *Plan nacional de reforma integral de la administración de justicia*.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2008). *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas.*

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2017). Opinión Consultiva OC-24/17.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Nulidad número 2830-2015/Lima Sur, del dos de febrero de dos mil diecisiete.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Casación número 724-2018/Junín, del diez de junio de dos mil diecinueve.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Recurso de Casación número 1422-2018/Junín, del doce de agosto de dos mil veinte.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2009). Documento de trabajo número 003-2009-DP/ADHPD. *El juez de ejecución penal y vigilancia penitenciaria en el sistema penal peruano. Razones para su implementación desde un enfoque de derechos.*

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (2009). *El principio de humanidad en Derecho penal.* San Sebastián: Asociación internacional de Derecho penal-AIDP-IAPL.

DE LAMO RUBIO, J. (1997). *El código penal de 1995 y su ejecución.* Barcelona: Editorial Bosch.

ESCOBAR, G. y ÁVILA, H. (2007). *Sistema Penitenciario. V Informe sobre Derechos Humanos.* Madrid: Trama Editorial.



- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. (2003). *Derecho penitenciario II*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D. (2019). *Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el derecho penitenciario*. Madrid: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2001). *Manual de derecho penitenciario*. Madrid: Editorial Colex.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- FUENTES OSORIO, J. L. (2011). *Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad» del art. 36.2 CP*. Barcelona: Revista Indret.
- GARCÍA CAVERO, P. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- GARGARELLA, R. (2016). *Castigar al prójimo, por una refundación democrática del Derecho penal*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- GIL GIL, A. (2016). *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*. Barcelona: Revista Indret.
- GÓMEZ ORFANEL, G. (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GÓMEZ PIEDRA, R. (2005). *La judicialización penitenciaria*. Ciudad de México, Universidad La Salle.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2018). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales-Inpeccp.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2017). *La dignidad de la persona*. Tercera edición. Pamplona: Editorial Civitas.

HURTADO POZO, J. (2016). *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

IGARTÚA SALAVERRÍA, J. (2018). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima-Bogotá: Editoriales Palestra y Temis.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PREVENCIÓN DEL DELITO Y EL TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE-Ilanud. (2009). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*.

JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

JESCHECK, H. H. y WEIGEND, T. (2014) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

LANDA ARROYO, C. (2021). *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal*. Lima: Palestra Editores S.A.C.

LARRAURI PIJOAN, E. (2021). *La supervisión de la prisión, derechos de los presos y calidad de vida*. Barcelona: Revista Indret.

- LOPERA MESA, G. P. (2010) *Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2004). *Derecho penal. Parte general*. Tomo III. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- LUZÓN PEÑA, D. M. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- MAIHOFER, W. (2018). *Estado de derecho y dignidad humana*. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- MAUGERI, A. M. (2018). *Derechos del condenado y necesidad de pena*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- MEINI, I. (2013). *La pena: función y presupuestos*. Lima: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP.
- MILLA VÁSQUEZ, D. (2019). *Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Historia, teorías y resolución de casos*. Lima: Instituto Pacífico.
- MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Décima edición. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- MIR PUIG, C. (2018). *Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Barcelona: Editorial Atelier Libros Jurídicos.
- MUÑOZ CONDE, F. (2011). *Introducción al derecho penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial BdeF.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Décima edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MURILLO RODRÍGUEZ, R. A. (2009). *Modernas tendencias en el Derecho Penitenciario. Las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*.

OTTO, H. (2017). *Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal*. Séptima edición. Traducción de José R. Béguelin. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

PASTOR ARCE, R. (2012). *La judicialización de la ejecución de la pena. Una propuesta de reforma*. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.

PÉREZ CEPEDA, A. (2001). *Manual de derecho penitenciario*. Madrid: Editorial Colex.

PÉREZ LÓPEZ, J. (2021). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

PÉREZ MANZANO, M. (2019). *Manual de introducción al Derecho penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2018). *La dosimetría del castigo penal. Modelos, reglas y procedimientos*. Lima: Ideas Solución Editorial.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. (2014). *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

- RODRÍGUEZ SANTANDER, R. (2022). *Razonamiento jurídico y Estado Constitucional. Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica*. Lima: Editorial Palestra.
- ROXIN, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Editora jurídica Grijley.
- ROXIN, C. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros. Madrid: Editorial Civitas.
- ROXIN, C. y SCHÜNEMANN, B. (2017). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- ROXIN, C. (2021). *La teoría del delito en la discusión actual*. Tomo I. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- SÁNCHEZ LÁZARO, F. G. (2016). *Una teoría principalista de la pena*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- SAN MARTÍN CASTRO, C. (2003). *Derecho procesal penal*. Tomo II. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2012). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial BdeF.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2022). *Efectos colaterales de la prisión*. Barcelona: Revista Indret.
- SOLANO CARMONA, A. (2019). *Análisis de la figura del juez de vigilancia penitenciaria, para determinar su viabilidad y empleo en el derecho penal costarricense*.

SOLÍS ESPINOZA, A. (2008). *Política penal y política penitenciaria*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP.

SOLÓRZANO PÉREZ, D. A. (2006). *La importancia de los juzgados de ejecución penal y la necesidad de creación de más juzgados de dicha categoría por región*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 010-2002-AI/TC, del tres de enero de dos mil tres.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 3283-2003-AA/TC, del quince de junio de dos mil cuatro.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 0019-2005-PI/TC, del veintiuno de julio de dos mil cinco.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 0030-2005-PI/TC Lima, del dos de febrero de dos mil seis.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 2273-2005-PHC/TC Lima, del veinte de abril de dos mil seis.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 0012-2006-PI/TC, del quince de diciembre de dos mil seis.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 10087-2005-PA/TC Ica, del dieciocho de diciembre de dos mil siete.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 579-2008-PA/TC, del cinco de junio de dos mil ocho.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 006-2014-PI/TC, del cinco de marzo de dos mil veinte.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia número 05436-2014-PHC/TC Tacna, del veintiséis de mayo de dos mil veinte.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia número 120/1990, del veintisiete de junio de mil novecientos noventa.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia número 207/1996, del veintidós de enero de mil novecientos noventa y siete.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación número 598/2005, del veintiocho de febrero de dos mil seis.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Recurso de Casación número 831/2012, del veinte de marzo de dos mil trece.

VARONA, G., ZULOAGA, L. y FRANCÉS, P. (2019). *Mitos sobre delincuentes y víctimas. Argumentos contra la falsedad y la manipulación*. Navarra: Editorial Catarata-Universidad Pública de Navarra.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2021). *Fundamentos de derecho penal. Parte general*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch.

VILAJOSANA, J. M. (2015). *Las razones de la pena*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Grijley.

WESSELS, J.; BEULKE, W.; y, SATZGER, H. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Traducción de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.



## FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU No 033-2016-SUNEDU/CD

### I. DATOS PERSONALES (en formato por autor del trabajo)

Apellidos y nombres

**CUBILLAS BOY, ENRIQUE ORLANDO**

Correo electrónico

**enriquecubillas@hotmail.com**

Numero de celular

**942115627**

### II. DATOS DE LA OBRA

TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL O GRADO  
ACADÉMICO

**“EL CONTROL JUDICIAL EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN DE LA PENA”**

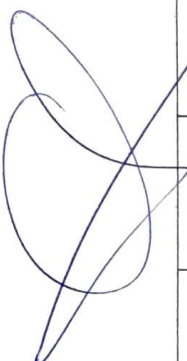
ASESOR(ES)

**Dra. Diana Gisella Milla Vásquez**

### III. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

El titular de los derechos de autor otorga a la Universidad de San Martín de Porres una licencia no exclusiva, firmada en este formato de autorización, para que la Universidad pueda reproducir, comunicar y distribuir la obra poniéndola en acceso libre en el REPOSITORIO ACADÉMICO USMP.

MARCA CON UNA X	TIPO DE ACCESO	CARACTERISTICAS	PERIODO DE RESTRICCIÓN	JUSTIFICACIÓN
<b>X</b>	Abierto	Texto completo disponible.		
	Embargado	Texto completo no disponible por un periodo de tiempo elegido por el autor.	_____ (Hasta 24 meses)	
	Restringido	Texto completo disponible solo a las personas que el autor autorice, luego de ponerse en contacto con él a través del correo electrónico.		
	Confidencial	Texto completo no disponible por contener datos declarados secretos en razones de seguridad nacional de acuerdo con la Constitución Política del Perú.		



## IV. LICENCIA

Puede elegir licencias Creative Commons para condiciones de uso de su obra una vez que esté disponible en internet.

### ELIJA UNA LICENCIA CREATIVE COMMONS

Las licencias Creative Commons son un complemento a los derechos de autor que usted tiene como titular de la obra. Con la elección de una licencia usted permite que los usuarios de su obra puedan comunicarla públicamente, reproducirla y distribuirla siempre que reconozcan su autoría y teniendo en cuenta las condiciones que usted determine a continuación:

1. ¿PERMITE EL USO COMERCIAL DE SU OBRA?

- SI permite que terceros obtengan beneficios económicos con su obra.
- NO permite que terceros no puedan beneficiarse económicamente, pero que aún pueden comunicarla, reproducirla y distribuirla.

2. ¿AUTORIZA OBRAS DERIVADAS A PARTIR DE SU OBRA?

- SI
- SI, siempre que se comparta de la misma manera (licencias idénticas).
- NO

Confirmando que los datos presentados en este formato son verídicos, además que, en el trabajo de investigación, no se ha incurrido en ningún tipo de plagio ni cometido violación contra los derechos de autor de terceras personas.

*Decreto Legislativo 822  
Ley sobre Derecho de Autor*

Firma

DNI: 70542008  
Fecha: 13/11/2022