

**LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PARA EL
DESHACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS POR
RIESGO DE CONTAGIO DEL VIRUS COVID-19.
A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1513**

**THE CESSATION OF THE PREVENTIVE PRISON AS A MEASURE FOR THE
UNHAKING OF THE PENITENTIARY ESTABLISHMENTS DUE TO THE RISK
OF VIRUS COVID-19. ABOUT LEGISLATIVE DECREE N ° 1513**

*Mtro. Renzo Espinoza Bonifaz**

Docente

Universidad de San Martín de Porres

aespinozab@usmp.pe

Perú, Lima

SUMARIO

- SITUACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS ANTES DEL COVID-19.
- CRISIS SANITARIA ORIGINADA POR EL COVID-19 Y MEDIDAS TOMADAS POR EL ESTADO RESPECTO AL HACINAMIENTO PENITENCIARIO.
- LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PARA EL DESHACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS POR RIESGO DE CONTAGIO DE VIRUS COVID-19.
- ANÁLISIS DE LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PARA EL DESHACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS POR RIESGO DE CONTAGIO DE VIRUS COVID-19
- ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.
- CONCLUSIONES

* Abogado y Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres. Premio a la Excelencia Académica en Derecho “José León Barandiarán Hart” otorgado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, del Instituto Vasco de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, del Centro de Estudios de Criminología y del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, y de la Comisión Consultiva de Criminología y Política Criminal del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

SITUACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS ANTES DEL COVID-19.

La rancia crisis de nuestro Sistema Penitenciario tiene su origen en la indiferencia del Estado, y con ello no solo nos referimos a la apatía de los gobernantes o políticos de turno sino a la de muchos de los ciudadanos que lo integran. Por ello, la pandemia originada por el COVID-19 tan solo ha logrado poner en evidencia, para aquellos indolentes, que existen seres humanos privados de la libertad en los centros penitenciarios de nuestro país que son tratados como si fuesen objetos depositados y olvidados en un almacén.

Pero este asunto, lamentablemente, no es reciente, y aunque para muchos profesores resulta una gran oportunidad para dictar una conferencia o escribir un artículo sobre el tema, tememos que, pasada la moda por la dación de los recientes Decretos Legislativos, todo seguirá igual, y la atención de la “academia” se desviará hacia otros asuntos mediáticamente promocionados.

Estando así las cosas, si algo debemos “agradecerle” al COVID-19, además de que ha logrado que pasemos más tiempo con nuestras familias y que, en algo, se reduzca la contaminación ambiental, es que ha conseguido lo que ninguna recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de la Defensoría del Pueblo de nuestro país logró, disponer que personas, aunque sean pocas, escapen de esos campos de concentración llamados “centros penitenciarios”.

Como argumento de lo señalado, el año 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el “Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, en este documento indicó, entre varias cosas, que:

En el Perú, el porcentaje del presupuesto nacional destinado al Sistema Penitenciario es de: 378,994,950 de soles lo que representa el 0.38% del total del presupuesto de la República (pág. 23).

El Estado peruano informó que “actualmente existe un déficit de personal de seguridad, la escuela penitenciaria no ha captado personal nuevo, la población

penitenciaria va en aumento existiendo una sobrepoblación”. Además, señaló: “El INPE se encuentra a cargo de la seguridad interna de 57 establecimientos. Asimismo la Policía Nacional del Perú tiene a su cargo la seguridad mixta es decir la seguridad interna y externa en 27 establecimientos penitenciarios. Mediante la Ley 29385 se fija plazo para que el INPE asuma la seguridad integral de los establecimientos penitenciarios, la Dirección de Seguridad Penitenciaria contribuyó a la elaboración de un Plan de Transferencia, sin embargo a la fecha no se ejecuta por falta de presupuesto” (pág. 74).

En el caso de la Cárcel de Challapalca, en Perú, la Comisión, luego de evaluar las condiciones generales de reclusión de ese establecimiento, entre otras, su ubicación a una altura de 4,600 metros sobre el nivel del mar y en una zona inhóspita extremadamente distante de cualquier núcleo poblacional, en condiciones climáticas extremas, recomendó al Estado inhabilitar de inmediato dicha cárcel y trasladar a los reclusos allí detenidos a centros penitenciarios cercanos a sus entornos familiares (pág. 167).

De acuerdo con cifras oficiales actualizadas al 23 de mayo de 2010 se presentó la siguiente información por regiones:

- Región Norte (13 EP): capacidad de albergue 4,840/población 6,264;
- Región Lima (16 EP): capacidad de albergue 11,413/población 23,472;
- Región Oriente Pucallpa (4 EP): capacidad de albergue 1,734/población 2,941;
- Región Centro Huancayo (9 EP): capacidad de albergue 1,763/población 4,026;
- Región Sur Oriente Cusco (10 EP): capacidad de albergue 1,632/población 2,248);
- Región Sur Arequipa (6 EP): capacidad de albergue 1,010/población 1,785;

- Región Nor Oriente San Martín (8 EP): capacidad de albergue 1,304/población 3,010;
- Región Altiplano Puno (5 EP): capacidad de albergue 1,198/población 1,014.

Así, el Estado ha informado que la capacidad general de albergue es de 24,894 para una población de 44,760 internos; en este contexto, sobresalen los siguientes establecimientos penitenciarios: EP. Lurigancho (capacidad 3,204/población 8,877); EP. Callao (capacidad 572/población 2,598); EP. de Cañete 567/1,975); EP. de Pucallpa (capacidad 484/población 1,340); EP. de Chanchamayo (capacidad 120/población 497); y EP. de Ayacucho (capacidad 644/población 1,706) (pág. 172).

Como ejemplo claro de esta situación, la CIDH en su Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, en Perú destacó: [E]l traslado al hospital más cercano, ubicado en población de Juliaca, lleva más de cinco horas por tierra en un camión mediano de carga que es el único vehículo que posee el penal, lo cual ha llegado a generar situaciones de tal magnitud como las que influyeron en la pronta atención del interno Manuel Ipanaque Tovar, quien falleció el 13 de octubre de 1999 en el Hospital Regional de Juliaca, después de haber sufrido unas lesiones aparentemente por un accidente con puntas de acero en su cuello y tórax sobre las dos de la tarde de ese día y haber recibido solamente atención médica a las nueve de la noche cuando ingresó a este centro hospitalario (pág. 209).

Asimismo, de acuerdo con información ampliamente difundida, la CIDH tomó conocimiento que en agosto de 2010 un interno de nacionalidad holandesa recluido en el Penal San Pedro (ex Lurigancho), en Perú, mató a su novia durante un día de visita y enterró el cadáver en el interior de su celda. El cadáver de la víctima fue hallado tres meses después, luego que el presunto autor confesara (pág. 211).

A este respecto, un problema ampliamente documentado, tanto por la CIDH, como por los mecanismos de la ONU, es la práctica de realizar revisiones denigrantes a las mujeres que acuden a las visitas, las cuales pueden incluir revisiones vaginales y anales. Así por ejemplo, en el curso de su visita *in loco* a Perú de 1998 la CIDH

informó, luego de visitar varias cárceles, que: [L]as mujeres son sometidas generalmente a un chequeo denigrante, a través de una revisión vaginal, que, por demás, se efectuaría con el mismo guante para todas las mujeres que acuden a cada uno de los penales. Se agrega que las mujeres son luego obligadas a saltar, semidesnudas y en posición de cuclillas, y que adicionalmente se les toca (pág. 223).

Tuvieron que transcurrir seis años para que el Poder Ejecutivo expidiera el 6 de enero de 2017 el Decreto Legislativo N° 1325, mediante el cual declaró en emergencia el Sistema Nacional Penitenciario y dictó medidas para su reestructuración en lo que respecta a su organización, infraestructura y administración. En este dispositivo legal se reconoce que:

El Sistema Nacional Penitenciario viene atravesando una aguda crisis, en las últimas décadas, debido principalmente a la sobrepoblación de internos en los establecimientos penitenciarios, los mismos que han sido rebasados en su capacidad de albergue, así como por la falta de los medios necesarios, como recursos humanos, logísticos, presupuesto y servicios penitenciarios para el tratamiento, salud y seguridad penitenciaria, lo cual dificulta el proceso de resocialización del interno.

Además se establece expresamente en su artículo 2 que: “Las intervenciones en el marco de la declaratoria de emergencia se centrarán principalmente en los ámbitos de salud, infraestructura, seguridad, lucha contra la corrupción y fortalecimiento de la gestión administrativa.” En este orden de ideas se indica que se realizarán las siguientes acciones:

En materia de medidas para mejorar las condiciones de salud:

- Programas y acciones de salud en establecimientos penitenciarios.
- Atención y tratamiento en materia de salud mental.
- Tratamiento especializado de población penitenciaria vulnerable.
- Fortalecimiento de los servicios de salud en los establecimientos penitenciarios.
- Mejoramiento integral de la alimentación y servicios básicos para la población penitenciaria.

- Evaluación médica anual.

En materia de medidas para mejorar las condiciones de infraestructura y equipamiento penitenciario:

- Concursos públicos y licitaciones públicas para la contratación de bienes, servicios, consultoría de obras y ejecución de obras; siguiendo el procedimiento de Adjudicación Simplificada
- Construcción de pabellones de alojamiento en los establecimientos penitenciarios
- Nuevos establecimientos penitenciarios.

En materia de medidas en materia de seguridad penitenciaria:

- Creación de protocolos y documentos normativos internos sobre: a) Traslado de internos e internas; b) Conducción de internos e internas; c) Ingreso y tiempo de permanencia de visitas; y d) Ingreso de bienes, cantidad, tipo y otras condiciones.
- Construcción y/o adecuación de ambientes para albergar los sistemas tecnológicos en los establecimientos penitenciarios, así como implementación de estructuras de seguridad, muros perimétricos, mallas de seguridad, concertinas, y otros relacionados con seguridad penitenciaria.
- Implementar soluciones de seguridad electrónica en los establecimientos penitenciarios: a) Sistemas de control electrónico de acceso en el ingreso y salida de personas y bienes; b) Sistemas de inspecciones como arcos detectores, rayos X, entre otros; en las áreas de prevención para el control de visitas; c) Sistemas de videovigilancia; d) Sistemas electrónicos mínimos para instalarse en las áreas internas y perimétricas; e) Instalación de bloqueadores electrónicos en establecimientos penitenciarios.
- Implementación y mantenimiento operativo un sistema de comunicaciones que permita la interconexión de sus sedes administrativas con los establecimientos penitenciarios a nivel nacional, así como la implementación de soluciones

informáticas, de videovigilancia, telefonía, videoconferencia, internet y aplicativos informáticos que viabilicen la interoperabilidad con entidades del Estado.

- Operativos de seguridad a nivel nacional.
- Fortalecimiento de la inteligencia penitenciaria a nivel nacional y el desarrollo de capacidades del personal que presta servicios en el área de inteligencia.

En materia de medidas anticorrupción:

- Fortalecimiento de las funciones de investigación interna y órganos de disciplina.
- Declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de las personas que prestan servicios en los establecimientos penitenciarios y de medio libre.
- Implementación de mecanismos de denuncia.
- Mecanismos de control y supervisión para las áreas de trabajo.
- Operativos conjuntos de prevención.
- Implementación de mecanismos de control y fiscalización permanente para verificar la ejecución de contratos de los proveedores de prestación de alimentos para la población penitenciaria.

En materia de medidas de fortalecimiento de la gestión penitenciaria:

- Incorporación progresiva de personal penitenciario.
- Implementación de mecanismos de verificación de idoneidad, honestidad e integridad laboral para la designación o encargatura de Directores Regionales, Directores de los establecimientos penitenciarios, miembros y Secretario del Consejo Técnico Penitenciario; y miembros de las áreas de inteligencia.

En medio de esta declaratoria de emergencia la Defensoría del Pueblo emitió el Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHDP “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la de mujeres y varones”. En dicho informe señaló:

Como fue señalado en el primer informe de la Defensoría del Pueblo sobre la realidad de las cárceles a nivel nacional [...], el exceso de internos e internas sobre la capacidad de los establecimientos penitenciarios para albergarlos, constituye el principal factor que menoscaba los derechos humanos de las personas privadas de libertad:

“La sobrepoblación y el hacinamiento resulta ser el elemento detonante de la situación de violencia cotidiana que se vive en algunos penales”.

Tómese en cuenta, que, a la fecha del citado informe, el total de personas privadas de libertad ascendía a 24,888 personas. Hoy, casi 20 años después, se alberga a casi 70,000 reclusos/as más. De acuerdo a cifras del Instituto Nacional Penitenciario a agosto del 2018, la población penitenciaria asciende a 89,166 internos e internas mientras que la capacidad de albergue a nivel nacional es de solo 39,156 plazas [...]. Esto significa que existe un nivel de hacinamiento que alcanza el 128%. En el 2011, fecha de publicación del último informe defensorial sobre esta materia, esta cifra se situaba en 75%. En un periodo de 7 años se registra un crecimiento del 53%¹⁶. (pág. 19-20).

Respecto a la vulneración de derechos fundamentales causada por el hacinamiento concluye:

Como bien ha sido señalado en otras ocasiones, esta situación contribuye a que las condiciones de seguridad y control en el sistema penitenciario no sean las adecuadas y que al interior de los penales se generen espacios de tensión. Si los efectos del hacinamiento afectan a todas las personas privadas de libertad, generan especial daño entre los grupos de especial protección como las mujeres, personas con discapacidad, personas adultas mayores, etc. El hacinamiento ocasiona también frecuentes fallas en los mecanismos de control y vigilancia penitenciaria, lo que se refleja en la existencia de armas y celulares al interior de las cárceles. Entre otros efectos, origina:

-Problemas psicológicos y emocionales en los internos e internas al no tener un espacio propio y privado dentro del penal. Este hecho produce continuas disputas por espacios y ambientes, lo cual impide el mantenimiento de relaciones sociales adecuadas.

-Imposibilidad de acceder por parte de un número mayor de internos o internas a las áreas de trabajo y educación existentes. La capacidad instalada no puede satisfacer un nivel de demanda que aumenta en forma constante.

-Afectaciones a la salud física y psíquica, dado que el interno o interna es susceptible de padecer enfermedades infecto-contagiosas y síndromes, como tuberculosis, hepatitis o VIH/SIDA; además de desarrollar enfermedades mentales (pág. 21).

Así, además de sostener que dicha institución, en reiteradas ocasiones, había manifestado que “un sistema penitenciario vulnerado por el hacinamiento difícilmente podrá cumplir fines preventivos o resocializadores, afectando de forma casi ineludible, la dignidad de las personas encarceladas” (pág. 22) indicó que “pese a los compromisos asumidos por diferentes gobiernos, el referido fenómeno no ha disminuido, sino por el contrario, ha aumentado significativamente” (pág. 23).

Finalmente, señala que las medidas para enfrentar el hacinamiento no solo deben limitarse a la ampliación de la capacidad de albergue de los establecimientos penitenciarios, indicando que:

Las evidencias demuestran con absoluta claridad que no es posible combatir el hacinamiento mediante la construcción de más unidades de albergue (cárceles).

Se requiere, en forma indispensable, de reales niveles de coordinación entre las entidades que conforman el sistema de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial) y los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Conviene tener presente, que en estos últimos descansa la responsabilidad por el excesivo aumento de penas, la eliminación progresiva de los beneficios penitenciarios y el reducido uso de medidas alternativas a la prisión, como la vigilancia electrónica personal, conversión de pena, entre otros.

Conviene advertir que, de no implementarse medidas concretas, en el año 2035 la población penitenciaria alcanzaría los 222,487 internos e internas, mientras que las unidades de albergue solo tendrían capacidad para 58,187 personas, llegando a un hacinamiento del 282%. Para evitar este gravísimo escenario se requiere de una firme voluntad política por parte de todos los sectores públicos involucrados.

Lamentablemente a la fecha, no es posible sostener que tal voluntad se encuentre plasmada. El Plan Nacional de Política Penitenciaria, único instrumento público, que plantea acciones en la materia no cuenta con los recursos ni difusión necesarios que aseguren su real cumplimiento (pág. 22-23).

En este contexto, y pese a las medidas dispuestas por el Decreto Legislativo 1325 citado, el 26 de mayo último, el Tribunal Constitucional expidió sentencia en el expediente N° 05436-2014-PHC/TC, resolviendo el recurso de agravio constitucional interpuesto por don C.C.B. contra la resolución, de fecha 6 de octubre de 2014, expedida por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que declaró infundada su demanda de habeas corpus, en dicha resolución ha señalado en el fundamento 18 que:

[P]ese a la declaratoria de emergencia del INPE y a las medidas dictadas para su reestructuración y la del Sistema Nacional Penitenciario por un plazo de dos años, establecidos en el Decreto Legislativo 1325, publicado en el diario oficial El Peruano, el 6 de enero de 2017, el propio INPE, luego de vencido dicho plazo, a través del Oficio 091-2019-INPE/12-04, de fecha 18 de febrero de 2019, elaborado por su Dirección de Tratamiento Penitenciario y la Subdirección de Salud Penitenciaria, informó lo siguiente:

- i) [...] no contaba con un protocolo establecido para la detección y tratamiento de un interno que sufre de alguna enfermedad mental;
- ii) que no existían estudios epidemiológicos sobre la prevalencia de diferentes enfermedades y trastornos mentales en la población penitenciaria nacional;
- iii) que existe un médico psiquiatra a nivel nacional; y,

iv) que existen graves deficiencias en infraestructura, etc. [Sentencia 4007-2015-PHC/TC, fundamento 80].

Lo señalado evidencia la falta de efectividad de las medidas establecidas para reestructurar el Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, y el motivo por el cual se ha prorrogado la declaratoria de emergencia dispuesta en el aludido Decreto Legislativo, a través del Decreto Supremo N° 013-2018-JUS, publicado el 30 de diciembre de 2018, prórroga vigente a partir del 7 de enero de 2019 hasta el 7 de enero de 2021.

En atención a ello, el Tribunal Constitucional señala en el fundamento 20 de la citada sentencia que:

En la línea de la tutela de los derechos fundamentales y de la afirmación del principio de supremacía constitucional en toda actuación pública o privada, este Tribunal Constitucional estima indispensable desarrollar algunas consideraciones básicas en materia de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios en el Perú.

Las cuales son:

El hacinamiento no es un problema reciente, ni exclusivo de la región ni de nuestro país. Asimismo, no es causado únicamente ni principalmente por la deficiente infraestructura de los pabellones o la falta de establecimientos penitenciarios, sino, en realidad, por diversas políticas sobre aumento de penas y persecución penal (fundamento 26).

Si a lo anterior se añade la disminución de la efectividad de los mecanismos de garantía y tutela de los derechos humanos (zero tolerance), el abandono de las medidas resocializadoras y las alternativas a la privación de la libertad, entonces se generan, en gran medida, las condiciones para que cada vez más se califique jurídicamente como conductas delictivas a comportamientos que anteriormente no lo eran, además del incremento de penas¹. Como consecuencia de lo anterior, ha estado incrementándose la población reclusa a nivel mundial desde hace décadas, lo que en el caso peruano no ha ido acompañado de un aumento y mejora de la infraestructura

penitenciaria, y ello ha traído como consecuencia el hacinamiento carcelario (fundamento 27).

Resulta insuficiente, a la luz de las exigencias dimanantes del principio-derecho de dignidad humana, considerar como hacinamiento únicamente a la sobrepoblación de un establecimiento penitenciario, sobre la base de la relación existente entre la cantidad de personas reclusas intra muros en dicho establecimiento y la capacidad oficial o la determinación del número de personas que este puede alojar cuando fue diseñado (fundamento 29).

Por ello, deberá evaluarse también el cumplimiento de estándares básicos sobre la infraestructura de los establecimientos penitenciarios relacionados directamente con el espacio del que efectivamente debe disponer la persona reclusa, que garantice el ejercicio de sus derechos fundamentales no restringidos (fundamento 30).

En suma, este Tribunal advierte que en el caso concreto de las personas detenidas o de las reclusas en establecimientos penitenciarios, el Estado peruano debe garantizarles que sean tratadas humanamente (principio del trato humano), esto es, con respeto irrestricto a su dignidad, lo que se manifiesta en la práctica en que puedan ejercer sus derechos fundamentales, distintos de la libertad, que no hayan sido restringidos, lo que a su vez es una condición necesaria para su reeducación, rehabilitación y reincorporación a la sociedad (fundamento 56).

Sin embargo, lejos de intentar garantizar dicho trato humano, se advierte que el Estado, de manera permanente y sin mayores eventuales justificaciones que las de índole presupuestaria o de similar naturaleza, no toma medidas concretas y controlables a fin de reducir, en los centros de detención o en los establecimientos penitenciarios, la sobrepoblación o exceso de población cuya magnitud prácticamente imposibilita o menoscaba gravemente el ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas, entre las que se encuentran las personas en condiciones de vulnerabilidad. Dicho escenario, como es de conocimiento general, evidencia que el Estado peruano no ha venido cumpliendo con los mandatos constitucionales ni con

sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos sobre el particular (fundamento 57).

En suma, puede advertirse que la problemática del hacinamiento penitenciario, que en el caso peruano es de índole permanente y crítica, según lo mencionado supra, debe ser asumida como una política de Estado, en atención a las graves consecuencias que puede generar para los derechos fundamentales de aquellos que se encuentran privados de su libertad, no solo desde la perspectiva subjetiva de tales derechos, sino también desde su dimensión objetiva, en tanto valores del ordenamiento jurídico que conducen y orientan la actuación del Estado (fundamento 65).

En todo caso, como se desprende de lo previamente indicado, si bien no toda presunta vulneración o amenaza de vulneración de los derechos fundamentales distintos de la libertad personal, y no restringidos, de las personas reclusas en centros de detención o en establecimientos penitenciarios, se genera por el hacinamiento; sin embargo, sí puede sostenerse que el hacinamiento carcelario, per se, es un factor real de potenciales vulneraciones de tales derechos fundamentales, lo que de alcanzar un nivel crítico, aunado a las brechas de infraestructura posiblemente existentes, conlleva directamente a un estado de cosas en el que efectivamente se vulneran los mandatos constitucionales y convencionales en materia de los derechos de las personas reclusas en tales centros y establecimientos penitenciarios (fundamento 68).

Así, se pone en grave riesgo, ante la inacción del Estado, el derecho a la vida, el derecho a la integridad, el derecho a la salud, entre otros derechos, a modo enunciativo, como el derecho al trabajo, a la educación y, en suma, el derecho a no ser objeto de tratos carentes de razonabilidad y proporcionalidad durante la restricción o la privación de la libertad; además, de vaciar de contenido el principio constitucional según el cual “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad” (fundamento 69).

De la información anterior puede advertirse, en primer lugar, que las altas tasas de hacinamiento han llegado a niveles críticos: mientras que la capacidad de albergue en las 8 Oficinas Regionales asciende a 40137, la población penitenciaria, a febrero de

2020, llega a 96870; lo que significa un exceso de hasta el 141 % de población reclusa en los establecimientos penitenciarios, más aún si, para el INPE, la tasa de hacinamiento es de alrededor de un 20 % (fundamento 71).

Por lo expuesto, y en atención a lo señalado, el Tribunal Constitucional consideró necesario y plenamente justificado recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de evitar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, más aún en contextos acuciantes como las emergencias sanitarias, como es el caso del COVID-19.

Esta técnica, en un proceso constitucional de la libertad, comporta que, una vez declarado el estado de cosas inconstitucionales, se efectúe un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración (Tribunal Constitucional, Sentencia 02579-2003-HD/TC, fundamento 9).

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional resolvió:

3. DECLARAR que existe un estado de cosas inconstitucional respecto del permanente y crítico hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y las severas deficiencias en la capacidad de albergue, calidad de su infraestructura e instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional.
4. Declarar que las alternativas de solución a los problemas de hacinamiento carcelario en el Perú exige el trabajo conjunto y coordinado del Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, entre otros, así como la participación de la sociedad en general.
5. Exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política

de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses, desde la fecha de publicación de la presente sentencia, e incluir, de manera prioritaria, las medidas referidas en el fundamento 107.b de la presente sentencia.

6. Teniendo en cuenta que, actualmente, el Sistema Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) han sido declarados en emergencia, se debe exhortar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses desde la fecha de publicación de la presente sentencia, ampliar, modificar o replantear sustancialmente las medidas que resulten necesarias e indispensables para superar progresivamente dicho estado de cosas inconstitucional, así como evaluar la decisión de reestructurar integralmente el INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

7. Declarar que si, en el plazo de 5 años, que vencerá en el año 2025, no se han adoptado las medidas suficientes para superar dicho estado de cosas inconstitucional, estos deberán ser cerrados por la respectiva autoridad administrativa, lo que podría implicar el cierre temporal del establecimiento penitenciario para el ingreso de nuevos internos, el cierre temporal del establecimiento penitenciario con traslado de los internos a otros establecimientos penitenciarios sin hacinamiento, entre otras medidas, según se trate del nivel de hacinamiento, y hasta que se garanticen las condiciones indispensables de reclusión, asumiendo la responsabilidad de la omisión o deficiencia las respectivas instituciones públicas, empezando por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho cierre empezará por los 6 establecimientos penitenciarios de mayor hacinamiento en el Perú: Chanchamayo (553 %), de Jaen (522 %), del Callao (471 %), de Camaná (453 %), de Abancay (398 %) y Miguel Castro Castro (375 %), o aquellos 6 establecimientos penitenciarios que al vencimiento de dicho plazo tengan los mayores niveles de hacinamiento.

8. Exhortar a que el Ministerio de Economía y Finanzas adopte las medidas necesarias para asegurar los recursos económicos que permitan dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente sentencia.

9. Exhortar al Poder Judicial, en el marco de sus competencias, a identificar un adecuado nivel de equilibrio entre los principios y derechos que se encuentran involucrados al dictar las prisiones preventivas.

Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometido delitos graves que impliquen peligro social. No resulta coherente que personas que han cometido otros delitos, que pueden cumplir penas alternativas a la privación de libertad, terminen siendo privados de su libertad de la misma forma que aquellas personas que han cometido delitos graves.

10. El control de lo aquí dispuesto estará a cargo de la Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional. Conforme a ello, el Tribunal Constitucional realizará audiencias públicas de supervisión cada 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente sentencia.

CRISIS SANITARIA ORIGINADA POR EL COVID-19 Y MEDIDAS TOMADAS POR EL ESTADO RESPECTO AL HACINAMIENTO PENITENCIARIO.

Ante la crisis sanitaria originada por el brote del virus COVID-19, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el pasado 31 de marzo, urgió a los Estados mediante un comunicado de prensa a:

[E]nfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos. En particular, la Comisión insta a los Estados a reducir la sobrepoblación en los centros de detención como una medida de contención de la pandemia.

En este sentido, la CIDH manifiesta su profunda preocupación por las alarmantes condiciones en las que se encuentra la población carcelaria en la región, que incluye precarias condiciones de salubridad e higiene y niveles de hacinamiento extremos,

destacándose que en algunos países la tasa de ocupación es superior al 300 %. Este contexto puede significar un mayor riesgo ante el avance del COVID-19, en particular para aquellas personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad, como personas mayores, diabéticas, hipertensas, pacientes inmunosuprimidos, pacientes oncológicos, con enfermedades autoinmunes, insuficiencia cardíaca e insuficiencia renal crónica, entre otros.

Conforme con lo establecido en sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, la CIDH recuerda a los Estados que toda persona privada de libertad bajo sus jurisdicciones tiene derecho a recibir un trato humano, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos fundamentales, en especial a la vida e integridad personal, y a sus garantías fundamentales, como lo son el acceso a las garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades. Los Estados se encuentran en una especial condición de garante frente a las personas privadas de libertad, lo cual implica que deben respetar la vida e integridad personal de ellas, así como asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Así, los Estados están obligados a realizar acciones concretas e inmediatas para garantizar los derechos a la vida, integridad y salud de las personas privadas de libertad, en el marco de la pandemia.

En este sentido y considerando el contexto de la pandemia del virus COVID-19, en cuanto a la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, la Comisión recomienda a los Estados:

1. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva con el fin de identificar aquellos que pueden ser sustituidos por medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19.
2. Evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario, o libertad anticipada para personas consideradas en el grupo de riesgo como personas mayores, personas con

enfermedades crónicas, mujeres embarazadas o con niños a su cargo y para quienes estén prontas a cumplir condenas.

3. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19. Garantizar en particular que todas las unidades cuenten con atención médica y proveer especial atención a las poblaciones en particular situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores.

4. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia.

Ante ello, el Estado Peruano, expidió los siguientes dispositivos legales al respecto:

- 1) El Decreto Legislativo N° 1459, publicado el 14 de abril de 2020, a través del cual, la pena privativa de la libertad de las personas condenadas por el delito de omisión de asistencia familiar puede convertirse automáticamente en una pena alternativa solo si se certifica el pago íntegro de la reparación civil y la deuda alimentaria acumulada hasta la solicitud de la conversión, sin que medie el desarrollo de una audiencia.
- 2) El Decreto Supremo N°004-2020-JUS, publicado el 23 de abril de 2020, donde se establecen los supuestos especiales para la recomendación de indultos humanitarios, indultos comunes y conmutación de penas de los internos e internas, esto es, de los sentenciados, en grave riesgo por el COVID-19.
- 3) La Resolución Administrativa N° 061-2020-P-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, donde se ha establecido lo siguiente: a. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para tramitar solicitudes de conversión automática de penas que presenten las personas condenadas por el delito de omisión a la asistencia familiar [...]; b. Habilitar competencia a los órganos jurisdiccionales de emergencia de los Distritos Judiciales del país, para

tramitar solicitudes de beneficios penitenciarios (Semilibertad y Liberación Condicional); las cuales se resolverán mediante audiencias virtuales; c. Disponer que los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia del país, de ser necesario, designen órganos jurisdiccionales adicionales para resolver las solicitudes de beneficios penitenciarios; d. Exhortar a todos los jueces penales de los Distritos Judiciales del país incluidos quienes integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, que resuelvan de oficio y/o a pedido de la parte legitimada la situación jurídica de los procesados y sentenciados privados de su libertad, que estén bajo su competencia, a fin de evaluar modificaciones en su condición jurídica; y e. Los jueces penales de los Distritos Judiciales del país, incluidos los que integran los órganos jurisdiccionales de emergencia, están en la obligación de resolver las solicitudes de variación del mandato de detención o de cese de prisión preventiva según corresponda al modelo procesal que se aplique, que se presenten en los procesos judiciales a su cargo.

- 4) La Resolución Administrativa N° 128-2020-CE-PJ, de fecha 26 de abril de 2020, ha habilitado a los jueces especializados de familia o mixtos competentes para conocer los casos de internamiento preventivo, variación de medida socioeducativa de internación y beneficio de semilibertad.
- 5) El Decreto Legislativo N° 1513, publicado el 4 de junio de 2020, el cual establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19.
- 6) El Decreto Legislativo N° 1514, publicado el 4 de junio de 2020, que optimiza la aplicación de la medida de vigilancia electrónica personal como medida coercitiva personal y sanción penal a fin de reducir el hacinamiento.

LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PARA EL DESHACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS POR RIESGO DE CONTAGIO DE VIRUS COVID-19.

Como hemos señalado en el apartado anterior una de las medidas legislativas asumidas por el Estado ha sido disponer la cesación de la prisión preventiva para todos los internos o internas que se encuentren en calidad de procesados que:

- a) No cuenten con medida de prisión preventiva dictada en una investigación o proceso por un delito de mínima lesividad¹
- b) No cuenten con otro mandato de prisión preventiva vigente por alguno de los delitos previstos como de mínima lesividad, o
- c) No cuenten con sentencia condenatoria con pena privativa de libertad efectiva vigente.

De comprobarse indistintamente cualquiera de las causas antes señaladas, la medida de prisión preventiva será reemplazada por la de comparecencia restringida, imponiéndose en forma conjunta las siguientes restricciones:

- a) Impedimento de salida del país y de la localidad donde domicilia, por el mismo plazo que faltaba para dar cumplimiento a la medida de prisión preventiva.
- b) La obligación de la procesada o procesado de reportarse de manera virtual ante el juzgado competente una vez al mes ratificando el domicilio que ha consignado al

¹ El Decreto Legislativo N° 1513 ha establecido un catálogo de delitos de mínima lesividad, los cuales son:

a) Título I, Delitos Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud: artículos 106, 107, 108, 108-A, 108-B, 108-C, 108-D, 109, 121-B y 122-B.

b) Título III, Delitos Contra la Familia: artículo 148-A.

c) Título IV, Delitos Contra la Libertad: artículos 152, 153, 153-A, 153-B, 153-C, 153-D, 153-E, 153-F, 153-G, 153-H, 153-I, 153-J, 168-B, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 176-A, 176-B, 176-C, 177, 179, 179-A, 180, 181, 181-A, 181-B, 182-A, 183, 183-A y 183-B.

d) Título V, Delitos Contra el Patrimonio: artículos 188, 189, 189-C y 200.

e) Título XII, Delitos Contra la Seguridad Pública: artículos 279, 279-A, 279-B, 279-D, 279-G, 289, 290, 291, 296-A último párrafo, 297 y 303-A, 303-B.

f) Título XIV, Delitos contra la Tranquilidad Pública: artículos 316, 316-A, 317, 317-A y 317-B.

g) Título XIV-A, Delitos contra la Humanidad, artículos 319, 320, 321 y 322.

h) Título XVI, Delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, artículos 346 y 347.

i) Título XVIII, Delitos contra la Administración Pública, artículos 376, 376-A, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 393-A, 394, 395, 395-A, 395-B, 396, 397, 397-A, 398, 398-A, 398-B, 399, 400 y 401.

j) Los delitos previstos en el Decreto Ley N° 25475 y sus modificatorias.

k) Lavado de activos (Decreto Legislativo 1106, artículos 1 al 6).

l) Cualquier delito cometido en el marco de la Ley N° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado.

momento de su egreso, o declarando la variación del mismo. Concluido el Estado de Emergencia Sanitaria, esta obligación, se realiza de acuerdo a las disposiciones que dicte el Poder Judicial para su cumplimiento.

c) Asistir a toda citación realizada por el Ministerio Público o Poder Judicial.

Además, de la cesación de prisión preventiva por los delitos de mínima lesividad previstos, se ha dispuesto que los jueces de investigación preparatoria a nivel nacional, en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles luego de promulgada la presente norma, revisen de oficio la necesidad de mantener o no la medida de prisión preventiva impuesta en todos los procesos que tengan a su cargo y que no se encuentren en los supuestos de cesación por delitos de mínima lesividad.

Para efectos de la revisión y decisión sobre esta cesación de oficio de la prisión preventiva, el juez valorará conjuntamente con los otros criterios procesales establecidos en el Código Procesal Penal que:

- 1) El procesado o la procesada cuenten con un plazo de prisión preventiva ampliada una o más veces, sin fecha programada y notificada para el inicio de juicio oral.
- 2) El procesado o la procesada se encuentren dentro los grupos de riesgo al COVID-19, según las disposiciones del Ministerio de Salud, incluyendo madres internas con hijos.
- 3) El riesgo a la vida y la afectación a la salud de las internas e internos procesados, y el riesgo de contagio y propagación al COVID-19 al interior del establecimiento penitenciario donde se encuentre recluso.
- 4) Las medidas limitativas a la libertad de tránsito dictadas en el Estado de Emergencia Nacional y Estado de Emergencia Sanitaria que disponen el aislamiento social obligatorio, inmovilización social obligatoria, cierre de fronteras.

ANÁLISIS DE LA CESACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA PARA EL DESHACINAMIENTO DE LOS ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS POR RIESGO DE CONTAGIO DE VIRUS COVID-19.

Se ha vuelto costumbre en nuestro país que las reformas en la legislación penal sean realizadas mediante Decretos Legislativos. Creemos que esta práctica resulta lamentable, pues se incumple el principio de representación popular como límite del ejercicio del poder punitivo. Las leyes penales deben nacer del Poder Legislativo como institución representativa de la sociedad, y deben ser expedidas después de un riguroso debate parlamentario.

Pero este no es el único problema que hallamos con la legislación mediante Decreto Legislativo, ya que muchas veces, quienes elaboran estas normas jurídicas no conocen sobre las instituciones que están regulando. Muestra de ello es el reciente Decreto Legislativo N° 1513, y su “interpretación” de “delito de mínima lesividad”.

De acuerdo al Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116 dictado en el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria por los Jueces de la Corte Suprema de la República, referente a la relevancia del valor del bien mueble objeto de hurto para la configuración de las agravantes del artículo 186° del Código Penal:

Como el patrimonio es el principal bien jurídico afectado, se requiere una lesión considerable. En tal virtud, las conductas que no manifiestan un grado de lesividad significativo al bien jurídico tutelado deben ser sustraídas del ámbito de punición, en atención a la opción político criminal seguida por el Código Penal y que está basada en los principios de última ratio y mínima intervención (fundamento 7.B.).

Agregan, tomando como referencia al delito de hurto agravado:

Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo (fundamento 11).

Ergo, se entiende por delito de mínima lesividad a aquel que su conducta manifiesta un grado de lesividad significativa, mínima, para el bien jurídico tutelado, y por tanto, debe ser incorporado dentro del ámbito de punición, en cumplimiento de los principios de última ratio y mínima intervención.

Consideramos que también se deben tomar en cuenta:

- 1) El “principio de la respuesta no contingente”, el cual consiste en que la respuesta penal no debe incluir casos eventuales o casuales, sino únicamente dar respuesta a problemas sociales fundamentales que se presentan como generales y duraderos en una sociedad, y
- 2) El principio de “fragmentariedad”, el cual consiste en que al Derecho Penal no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad. Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se pueden seguir los siguientes fundamentos:
 - a. Defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos.
 - b. Tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico.
 - c. Dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales. Este principio una directriz política criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no serios.

En este orden de ideas, la noción de “mínima lesividad”, no está en relación al quantum de la pena sino a la lesividad u ofensividad al bien jurídico protegido, lo que en doctrina se denomina “desvalor del resultado” o antijuridicidad material. Sin embargo, para tipificar una conducta humana como hecho punible no sólo se atiende al “desvalor del resultado”, éste

sólo es el primer paso que habilita la significancia jurídico penal del comportamiento a preverse y sancionarse, sino también al “desvalor de la conducta”.

Como sostiene Villavicencio (2013):

El desvalor de la acción está fundamentado en el modo, forma o grado de realización de la misma, por el dolo, los restantes elementos de lo injusto –cuando existan– y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligan al autor, en los delitos de infracción de deber (pág. 302).

Por tanto, para medir la mínima significancia jurídico penales de las conductas se utilizarán los criterios del “desvalor del resultado” y del “desvalor de la conducta”, tanto para los delitos comunes (de dominio u organización) y los delitos especiales (de infracción de deber o institucionales).

Como sostiene Quinteros (2000), esto implica una doble garantía:

Que el acto humano no se va a enjuiciar desvinculándolo de su autor, por una parte, y que el Derecho penal sólo intervendrá cuando realmente se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico y en la medida en que eso suceda, no castigará, por sí solo, ni voluntades ni resultados (pág. 291).

Bacigalupo (1988) señala:

El concepto personal de lo injusto se originó como un concepto bidimensional: al lado de la lesión al bien jurídico (desvalor del resultado) se incluyó elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (desvalor de la acción).

Por tanto, lo injusto mínimamente debe contener un desvalor de la conducta y del resultado, no agotándose únicamente con el desvalor de la conducta, como algunos autores que se adhieren al sistema funcionalista sostienen. Pues si solo fuera necesario un desvalor de la conducta a nivel de lo injusto no sería posible una distinción cualitativa entre el delito tentado y el consumado, y en los delitos culposos bastaría para la sanción con la mera infracción del deber de cuidado (Roxin, 1999).

En este orden de ideas, no todos los delitos excluidos por el Decreto Legislativo son graves. Y es que debido a que la norma en comentario no señala que delitos son considerados mínimamente lesivos debemos entender que los señalados en el artículo 2 no lo son, y por ende, resultan delitos graves. Entre ellos podemos señalar, como muestra, el delito de anuncio o promesas fraudulentas de acciones curativas (artículo 291 del Código Penal), el delito de nombramiento o aceptación indebida para cargo público (artículo 381 del Código Penal), el delito de retardo injustificado de pago (artículo 390 del Código Penal), el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (artículo 391 del Código Penal), entre otros. Tampoco se ha distinguido los casos en que la conducta imputada a quien sufre la medida coercitiva personal de prisión preventiva versa sobre la tentativa de la comisión de un delito, situación que expresa mínima lesividad, pues no existe “desvalor del resultado”, como hemos señalado anteriormente.

Al respecto, la propuesta del Poder Judicial, contenida en el proyecto de ley N° 5150-2020-PJ, del 8 de mayo de 2020, sobre revisión excepcional de prisión preventiva, no excluía de sus alcances a los procesados por los siguientes delitos: homicidio simple (artículo 106 del Código Penal), participación en pandillaje pernicioso (artículo 148-A del Código Penal), robo (artículo 188), empleo, producción y transferencia de minas antipersonales (artículo 279-D del Código Penal), fabricación, comercialización uso o porte de armas (artículo 279-G del Código Penal), ejercicio ilegal de la medicina (artículo 290 del Código Penal), abuso de autoridad (artículo 376 del Código Penal), abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (artículo 376-A del Código Penal), nombramiento o aceptación indebida para cargo público (artículo 381 del Código Penal), corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (artículo 396 del Código Penal) y cohecho activo en el ámbito de la función policial (artículo 398-A del Código Penal).

De esta manera, el Decreto Legislativo en análisis desconoce la sentencia del Tribunal Constitucional citada anteriormente que, al declarar el estado de cosas inconstitucional en materia penitenciaria, ha señalado que “Las cárceles deben ser pobladas preferentemente por personas que hayan cometido delitos graves que impliquen peligro social”. Sin embargo, creemos que ésta disposición de emergencia no resulta suficiente para erradicar el hacinamiento penitenciario, pues no aborda el problema de raíz, esto es, el uso excesivo de

la prisión preventiva como medida populista o pena anticipada para solucionar a corto plazo la ineficiencia e ineficacia del sistema de justicia penal.

ORIGEN Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA²

De acuerdo a nuestra ley procesal vigente la prisión preventiva es una medida de coerción procesal, la cual encontramos dentro de la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Procesal Penal, la cual se titula “Las Medidas de Coerción Procesal”. Se les denomina medidas de coerción pues suponen la restricción de un derecho fundamental del procesado de manera directa, sin embargo, creemos que esta denominación está ocultando su verdadera naturaleza jurídica.

Optar por identificar a las medidas que restringen derechos fundamentales como medidas de coerción revelan su aspecto represivo y violento en contra de las libertades personales, es decir, resalta que sirven para forzar la voluntad o la conducta del procesado. Por ende, creemos que esta denominación nos oculta, y a la vez, nos revela su verdadera naturaleza jurídica. Pese a que pueda parecer una cuestión baladí, la naturaleza de las normas jurídicas nos permite comprender de la mejor manera las instituciones que conforman nuestro ordenamiento jurídico y sus finalidades.

Así, consideramos que la prisión preventiva es una pena. Pero no exactamente en el sentido propio del concepto jurídico de pena, por ello, para entender esta afirmación es necesario ir a las raíces de nuestra ciencia jurídica penal, que se remontan al siglo XII, al siglo XIII, a los autores que empezaron a crear el sistema penal, el cual, en el siglo XVI comienza a tomar la forma de una verdadera teoría del delito de mano de la ética de los filósofos tradicionales, es decir, de Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Immanuel Kant, George W. Hegel, etc. Esta ciencia penal se sustentaba en la idea de retribución, y por ende, en una idea de proporcionalidad, que cuando se trasladaba a las consecuencias, es decir, a la pena, afirmaba

² Este y otros temas son desarrollados con mayor profundidad por el autor en el libro “Las Miserias de la Prisión Preventiva. La dificultad de desterrar el paradigma inquisitivo de nuestro sistema penal”. Disponible en: <https://www.amazon.com/LAS-MISERIAS-PRISI%C3%93N-PREVENTIVA-inquisitivo-ebook/dp/B089KFFYBH>

que la pena tiene la medida de la culpabilidad, es decir, la medida del reproche adecuado al contenido del injusto.

Entonces, la idea de una pena adecuada al grado de reproche, y la idea del reproche fundado en la ética tradicional fue la línea de lo que empieza con los glosadores, continua con los prácticos y llega a la dogmática que funda la ciencia penal. Sin embargo, hay otra línea, la línea de la peligrosidad, la línea policial, que empieza con la inquisición, y que no se sustenta en la proporcionalidad, sino en defenderse de un enemigo. Cuando tenemos un enemigo que amenaza nuestra existencia estamos en una situación de guerra, y en la guerra no hay proporcionalidad, hay que eliminar al enemigo y todo deja de ser Derecho Penal, y pasa a ser lo que antes se llamaba Derecho de Policía, y hoy se llama en el Derecho, coerción directa.

Esas dos corrientes son históricas, son milenarias, desde que renace el poder punitivo tenemos las dos corrientes enfrentadas. En el siglo XVI en Suiza, el Médico protestante de origen belga Bier publicó un libro señalando que las “brujas” estaban en realidad “enfermas” y que Satán abusaba de esta condición instrumentalizándolas, por tanto, ellas no deberían ser castigadas por los inquisidores sino tratadas por los médicos, entonces propuso las medidas de seguridad. Lamentablemente, los manuales de Derecho Penal no cuentan ello, haciendo parecer que todo se originó en el siglo XVIII con Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, ya que resulta conveniente provenir de las ideas liberales de éste jurista que de la inquisición, pero no, las medidas de seguridad provienen de los inquisidores.

En consecuencia, estas corrientes las tenemos desde el origen de nuestra Ciencia Penal, de nuestro saber. El poder punitivo nunca funcionó porque sí, siempre se le racionalizó de alguna manera para que funcione. Luego, durante el siglo XIX, con el surgimiento del penalismo liberal se vuelve a retomar la ética clásica, el reproche, la culpabilidad, la proporcionalidad, y nace una pena, la pena privativa de libertad, la prisión. Es decir, resultaba necesario tener una pena que permita una medida de retribución exacta dentro de un contexto contractualista de la sociedad. Si la sociedad es un contrato el delincuente es un sujeto que incumple el contrato, y como toda persona que incumple un contrato tiene que pagar una indemnización. Esa indemnización tiene que ser adecuada a la magnitud de la ilicitud del contenido ilícito del incumplimiento del contrato, entonces, para simplificar se utilizó la

privación de la libertad como medida para cuantificar la indemnización por el incumplimiento del contrato, así se llegó a la pena proporcional, a la pena adecuada a la magnitud del ilícito y del reproche, es la continuación de la idea de los glosadores, posglosadores, y sobre todo, de los prácticos.

No obstante, el gran problema que siempre ha tenido la política criminológica no ha sido el “gran delincuente”, pues a él antes se le mataba, ahora, se le impone cadena perpetua o una gran pena recluyéndolo en la prisión por mucho tiempo. El problema que tuvo la policía durante la concentración urbana del siglo XIX fue el molesto, el sujeto que comete delitos leves habitualmente, incluso que ni siquiera comete delitos propiamente dichos sino faltas administrativas, el indisciplinado. En aquel entonces la pregunta fue ¿qué hacer con ellos? ¿cómo disciplinar a la ciudad?

Si uno lee el famoso programa de Marburgo, de Frank Von Liszt, se dice que como a ellos no se les puede decapitar, ni enviarlos a las colonias, hay que hacer encerrarlos de por vida. Y para ello, se inventó la pena de destierro. Posteriormente, Carl Stooss, discípulo de Voz Liszt, quien elaboró el ante proyecto del Código Penal suizo en 1893, señaló que para los que son gente como uno la pena debía ser proporcional a la culpabilidad, pero para los que no son gente como uno, los molestos, medidas de seguridad de carácter administrativo fundadas en la peligrosidad. Así, Stoos junta la línea de los glosadores, post glosadores y prácticos con la de los inquisidores del Malleus Maleficarum, Johann Sprenger y Heinrich Kraemer. Ese fue el origen de las medidas de seguridad, y en realidad lo que hizo Stooss fue cambiar el nombre de pena por otro, con eso las incorporó al Derecho Administrativo y las sacó de la protección de las garantías penales. Estas consecuencias jurídicas fueron las que ingresaron a nuestro Código Penal de 1924. Así, mientras que la pena tiene un límite retributivo, las medidas de seguridad no, su único límite es la peligrosidad.

Cuando se discute la cuadratura del círculo, es decir, la prisión preventiva, los procesalistas garantistas dicen que no es una pena, sin embargo, en la vereda del frente encontramos a los positivistas que afirman que sí lo es, pues para ellos las medidas de seguridad son penas. Por ello, actualmente resulta mejor decir que la prisión preventiva no es una pena y darles la razón a los procesalistas, pues si decimos lo contrario nos estamos poniendo del lado de los positivistas y eso hoy no está de moda. No obstante, lo que ocurre en la realidad es que al

procesado lo llevan al mismo Centro Penitenciario del condenado, lo encierran en la misma celda, y le han cumplir el mismo reglamento, mientras que por otra lado se afirma que es inocente. Ante ello, debemos preguntarnos ¿cómo sin sentencia condenatoria se le hace cumplir una sanción penal? Entonces, es evidente que estamos ante una medida de seguridad de contención de carácter administrativo, como lo sostenían con total naturalidad los procesalistas alemanes en la época del nazismo. Se trata de derecho penal del enemigo, inquisitorial, lo que practicamos en todos los países de nuestra región.

De esta manera, podemos observar que en la práctica la prisión preventiva se dispone o cesa según el grado de peligrosidad judicial, no de peligrosidad del procesado. Es decir, que tan peligroso es para el juez dejar en libertad al procesado. En el Poder Judicial las instancias iniciales se lavan las manos y “patean” la solución de los casos a los niveles superiores. Los jueces de Investigación Preparatoria dictan prisiones preventivas para que luego de interpuesto el recurso de apelación las Salas Superiores colegiadas las revisen, porque ahí la responsabilidad individual se disuelve. Sin embargo, el tiempo que se demora el recurso de apelación en llegar a los órganos superiores y que éstos resuelvan, es un tiempo en el que tenemos a una persona privada de su libertad por nada, y para nada.

Y esto, en definitiva, es gracias al grado de amedrentamiento que los medios masivos de comunicación social ejercen sobre los jueces, al pánico moral, y a los políticos que se aprovechan de esta situación para fines electorales. Por ello, mejor sería la elaboración de una teoría de la peligrosidad judicial en lugar de una que explique la peligrosidad criminal o social, pues aquella resulta la razón por la cual los jueces imponen prisiones preventivas.

Asimismo, la utilización de la prisión preventiva se vincula directamente con la deslegitimación del ejercicio del poder punitivo. Resultando importante entender que todas las estructuras de las Ciencias Penales son modos de contención de un ejercicio de poder que nunca es del todo legítimo, y que la legitimidad la tendremos en la medida que reduzcamos racionalmente el ejercicio del poder punitivo. En este orden de ideas, la ilegitimidad de la prisión preventiva es una ilegitimidad compartida con la ilegitimidad propia de todo ejercicio de poder punitivo. Esta es la explicación de un fenómeno que no hemos logrado resolver, y que nunca lo lograremos, ya que en la medida que pretendemos legitimar al poder punitivo

nos encontraremos con un límite absurdo, el cual es tratar de legitimar como no pena algo que es una pena, y que es la pena más utilizada por los sistemas de justicia de nuestra región.

Por otro lado, la prisión preventiva tampoco podría ser una medida cautelar, pues ésta es extraída del Derecho Procesal Civil y tiene un contenido patrimonial, y en definitiva, se resuelve también patrimonialmente, es decir, en el mismo valor. Sin embargo, cuando se le quita a una persona tiempo de vida no se puede devolver un valor, ya que no existe. Asimismo, si el índice de prisionización en nuestro país no depende de las penas establecidas en el Código Penal sino de las normas para la imposición de la prisión preventiva reguladas en el Código Procesal Penal, entonces, en lugar de aplicar las leyes de fondo estamos valiéndonos de una norma procesal para imponer penas. Con estos se advierte una escisión del Derecho en el proceso.

Esta escisión provoca una ruptura muy grande en la dinámica del Derecho, un quiebre entre la pretensión y la decisión. Es decir, si conocemos una noticia criminal a lo que debemos llegar es a decidir si se impone una pena o no antes de imponerla. Pero esto se escinde, se parte, y entonces imponemos una pena antes de la sentencia utilizando prueba semi plena, verosimilitud del derecho, apariencia del derecho, “suficiencia probatoria”,

Y en este sentido la prisión preventiva se vuelve una medida cautelar, ya que si al procesado le hago cumplir la pena a través de la prisión preventiva obtengo un resultado anticipando sobre el fondo. Lo mismo que ocurre en el proceso civil cuando obtengo una medida cautelar anticipada sobre el fondo que satisface la pretensión de la demanda preventivamente. Así, hemos convertido al Derecho en uno de más o menos credibilidad, de apariencia, de indicios. Estamos aplicando medio Derecho por las dudas. De esta manera, valiéndose de argucias procesales obtienen la pena antes de la sentencia porque se sabe que el proceso va a tardar, y durante ese tiempo se pueden desinteresar de su resultado. Entonces, en lugar de preocuparse por el juzgamiento, meten preso al sujeto apenas puedan, y éste está cumpliendo la pena anticipadamente. Así, la prisión preventiva luce como una medida cautelar anticipada sobre el fondo.

Ante todo esto, queda claro que el objeto de la prisión preventiva es sancionatorio, es decir, coercitivo directo, con deformaciones de cautelar. Por tanto, la naturaleza jurídica que

prevalece en esta institución es la de ser una medida de seguridad o aseguramiento con rasgos lamentablemente cautelares, debiendo corregirse la denominación medida coercitiva por la de medida de aseguramiento, lo cual contribuirá a darle un sentido correcto a su aplicación.

No obstante, no nos encontramos ante cualquier medida de aseguramiento sino ante la más grave y perjudicial de todas, no podemos equipararla al embargo, incautación o comparecencia, por lo tanto, se debe hacer énfasis en fijar los “límites constitucionales” para su imposición, es decir, determinar claramente las exigencias constitucionales en la configuración de sus presupuestos materiales, duración, fundamentación de la medida, etc. Solo así se podrá edificar una prisión preventiva que respete los derechos fundamentales establecidos en las declaraciones, convecciones y pactos internacionales sobre derechos humanos.

En resumen, la cuadratura del círculo que existe en la prisión preventiva es la misma cuadratura del círculo que hay en todo el ejercicio del poder punitivo. Y los esfuerzos que hagamos por reducirla son exactamente los mismos que necesitamos hacer para contener el ejercicio del poder punitivo. Por ello, tan carente de legitimidad es la prisión preventiva como el resto del ejercicio del poder punitivo, sólo que se nos hace más evidente porque entra en contradicción con las argumentaciones que intentan legitimar el resto del ejercicio del poder punitivo.

Si nos damos cuenta que nuestra función no es legitimar el poder punitivo, pues lo ejercen otros, no nosotros, por más que nos hagan creerlo en las Facultades de Derecho, lo único que podemos hacer es detener o dejar seguir un proceso de criminalización que inició otro. Por ello, si un día caemos en cuenta que lo único que tenemos que legitimar es lo que nosotros hacemos, que es la contención del ejercicio del poder punitivo, solo entonces, veremos las cosas claras y la cuadratura del círculo va a desaparecer.

CONCLUSIONES

El paradigma inquisitivo construyó un modelo teórico autoritario, en el cual la Prisión Preventiva fue un instrumento esencial de su política criminal para luchar contra la criminalidad, en él esta medida coercitiva se sustentó en la peligrosidad del sujeto y la

gravedad del hecho punible, y solo se necesitaba para su aplicación de presunciones burdas, pues quien era sindicado por un delito debía ir preso preventivamente al resultar sospechoso del mismo. Además, esta institución fue utilizada para lograr la confesión del imputado, pues se pretendía quebrantar su voluntad a costas de su libertad y lograr que acepte conductas delictivas que inclusive no había realizado con la finalidad de lograr su excarcelación.

Por ello, resultó necesario abandonar ese paradigma buscando la constitucionalización de la Prisión Preventiva, es decir, la fijación de límites a la Prisión Preventiva desde la Constitución Política, determinando exigencias constitucionales a la prisión preventiva al momento de configurar normativamente su naturaleza jurídica, su finalidad, sus presupuestos materiales, su duración, etc. Este giro constitucional de la prisión preventiva permite conformar una nueva conciencia en los órganos jurisdiccionales al momento de aplicar esta medida.

Sin embargo, en nuestro país este giro constitucional está desarrollándose aun lentamente en nuestro país, por ello, es necesario mejorar la normatividad procesal existente con la finalidad de contribuir a su consolidación, sin que ello signifique afirmar que con las reformas legales sugeridas sea suficiente, pues estamos convencidos que el trabajo siempre es debe centrarse en el hombre más que en la leyes, es decir, en los operadores de justicia. Lo primordial debe ser apuntar a la capacitación de nuestros órganos jurisdiccionales, fiscales, policiales, etc., como también reducir la interferencia de los medios de comunicación en lo que respecta a la construcción de la cuestión criminal, pues no están capacitados para ello, y por lo tanto, sub informan o desinforman a la población en temas tan sensibles como la prisión preventiva.

Finalmente, estamos convencidos que la constitucionalización de la Prisión Preventiva no es la meta final, pues no resulta suficiente encontrarle un lugar a la Prisión Preventiva dentro del marco constitucional, pues debilita el estado de inocencia y el derecho a un juicio en libertad, ya que es inadmisibles que pensemos que la Prisión Preventiva tenga cabida dentro de un debido proceso constitucional. Por ello, somos contundentes en decir que la Prisión Preventiva es una figura inconstitucional, afirmación que quizás para muchos resulte extremadamente radical, y que por lo tanto la meta es su abolición.

Y es que si las normas constitucionales e internacionales establecen que es un derecho fundamental del imputado garantizarle su estado de inocencia, y que es un principio del debido proceso que nadie puede ser privado de su libertad sin juicio previo, la Prisión Preventiva no tienen lugar en ellas, no es una institución que tenga sustento constitucional alguno, no hay doctrina que pueda ampararla, su sola existencia entra en conflicto directamente con la Constitución y los tratados internacionales. Por lo tanto, el objetivo es desterrar a la Prisión Preventiva del sistema procesal acusatorio, y nuestro trabajo consiste en encontrar gradualmente la manera de hacerlo.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

Bacigalupo, E. (1988). *Tipo y error*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Informe sobre derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de marzo de 2020). Comunicado de Prensa. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>

Defensoría del Pueblo (2018). Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHDP. Recuperado de: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/Informe-de-Adjuntia-006-2018-DPADHPD-1.pdf>

Poder Ejecutivo. (2017). Decreto Legislativo N° 1325 - Declara en emergencia y dicta medidas para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario.

Poder Ejecutivo. (2020). Decreto Legislativo N° 1513 - Establece disposiciones de carácter excepcional para el deshacinamiento de establecimientos penitenciarios y centros juveniles por riesgo de contagio de virus COVID-19.

Quinteros Olivares, G. (2000). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Navarra, España: Arazandi.

Roxin, C. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. T. I. Madrid, España: Civitas.

Tribunal Constitucional. (2020). Expediente N.º 05436-2014-PHC/TC.

Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho Penal. Parte General*. Lima, Perú: Grijley.