

“(...) el conocido caso del Centro Penitenciario de Challapalca, (...), el cual fue materia de una recomendación formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...)”

Perú: donde el ser humano es un medio y no un fin (el caso de los centros penitenciarios)

Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico

249

I. INTRODUCCIÓN

Tuvieron que pasar dos guerras mundiales¹, perderse millones de vidas humanas para, por fin, llegar a un consenso sobre el respeto ya que los derechos fundamentales y la dignidad del ser humano. Nunca más el hombre sería tratado como un medio, ahora representaría el fin de cualquier tipo de diseño estatal. Los derechos inherentes al ser humano y el respeto de su dignidad actualmente son tema de conocimiento público, campañas de concientización social, capacitaciones, cursos, programas, conversatorios, mesas de debate, etc.

Sin embargo, aún entre defensores y promotores, son pocos los que reposan sus ojos en los que no pueden alzar su voz públicamente para reclamar y defender los derechos de los cuales son constantemente despojados: Los internos penitenciarios.

En la realidad peruana, la pena por la comisión del delito no solo implica la restricción de la libertad y la supresión de derechos políticos, significa también, el sacrificio completo de la vida y todas las posibilidades de desarrollo del preso. En el Perú, el que delinque, además de perder la libertad de desplazamiento, pierde la calidad de ser humano. El centro penitenciario ideado para rehabilitar al delincuente termina siendo un depósito de carne humana.

A juicio de muchos, esto puede considerarse como una denuncia escandalosa; hablar de actos inhumanos en tiempos de humanización de todas y cada una de las acciones del hombre se catalogaría como ignorancia. Pero, justamente porque no lo ignoramos, porque somos conscientes de esa situación, el reproche es aún mayor. En los penales encontramos seres humanos, que transcurren sus días en espacios en condiciones penosas, donde miles comen lo de cientos y no reciben una mínima asistencia para lograr su rehabilitación y posterior inserción a la sociedad. Decir la verdad se vuelve una necesidad imperante.

Vivimos en una sociedad lamentable, en donde los ciudadanos y el Estado (ilustre garantizador de la paz social y defensor acérrimo de los derechos humanos) tienen una postura completamente indiferente. La situación en las cárceles peruanas cada vez es más deplorable, lo cual se corroborará más adelante.

¹ Sólo en la segunda guerra mundial según F. W. Putzger: *Historischer Weltatlas*, ed. Velhagen & Klasing, 1969, entre soldados y civiles de ambos bandos murieron 55 100 millones de personas.

Es en este marco que, el presente artículo busca poner frente a los ojos de todos lo que aún es un secreto a voces o simplemente una verdad ignorada: Un ineficaz e inútil sistema penitenciario que constantemente transgrede los derechos del condenado. Se necesitan medidas urgentes para cambiar el gris panorama. Entraremos en la ardua tarea de hacer a todos capaces de ver, al igual que nosotros, a los internos penitenciarios, pese a su conducta antijurídica, en ocasiones responsables de crímenes atroces, como fines en sí mismos, verdaderos seres humanos que merecen la preocupación del Estado y de los mismos ciudadanos, y nunca más como simples medios.

II. EL HOMBRE COMO VALOR MÁXIMO: LA HUMANIZACIÓN DE LOS SERES HUMANOS

1.1. Aproximación a los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, también llamados derechos humanos o derechos subjetivos del hombre, son considerados principios básicos positivizados en los instrumentos normativos del Estado y Tratados Internacionales, que se fundan en la dignidad del ser humano.

El hombre, a través de la historia, ha sido considerado por sí mismo como un ser excepcional, libre, dotado de inteligencia, capaz de autodeterminarse y desarrollarse, siendo por ello titular especial de derechos y obligaciones. Es así que la persona desde el momento en que nace es considerada sujeto de derecho² para nuestro ordenamiento jurídico.

Buena parte de la doctrina concuerda en la existencia de una doble dimensión de los derechos fundamentales, teniendo como campo de acción tanto un ámbito particular, como uno general:

- (i) La dimensión subjetiva hace referencia a los derechos fundamentales como *“atributos subjetivos que pueden ser directamente exigibles por sus titulares”*, siendo su incumplimiento susceptible de reclamo ante las autoridades correspondientes⁴.
- (ii) La dimensión objetiva, en términos generales, coloca a los derechos fundamentales como mandatos vinculantes para el Estado y la sociedad, teniendo el primero no solo el deber de respetar dichos derechos, sino también el de garantizarlos, realizando *“acciones de prevención y de tutela insfundamental frente al actuar de terceros”*⁵.

Asimismo, se considera que los derechos fundamentales gozan de doble eficacia: eficacia vertical y eficacia horizontal. La vertical establece al Estado su deber de velar por el respeto y cumplimiento de dichos derechos; y la horizontal, respecto de los sujetos particulares, recae sobre la responsabilidad de la transgresión en el individuo lesionante⁶.

En el Perú, los derechos fundamentales “enumerados” están reconocidos dentro del artículo 2 de la Constitución. Sin perjuicio de ello, el artículo 3 de la misma se muestra como una “cláusula abierta” para el reconocimiento de otros derechos fundamentales que no se encuentran incluidos dentro de nuestra Constitución, en correlación con el artículo 55, que reconoce a los Tratados Internacionales como parte del derecho nacional y la Cuarta Disposición Transitoria, la cual señala que:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

1.2. La dignidad como fin supremo del hombre

¿Qué debemos entender por dignidad?

2.2.1. La dignidad y sus diferentes concepciones

Dar una definición exacta de dignidad resulta sumamente complicado, por su abstracta concepción; es por ello que, para juristas como CANALES CAMA se hace necesario analizar la dignidad desde su triple dimensión como valor, principio y derecho fundamental⁷:

- (i) **Dignidad como valor:** La dignidad representa un valor privilegiado, fundamento ético de carácter general, sobre el cual la Constitución⁸, en su calidad de canon supremo del ordenamiento jurídico vela por la adecuada convivencia de las personas dentro de la sociedad, basa su normativa, procurando el respeto de la persona humana desde todos los ámbitos (entiéndanse como políticos, económicos, jurídicos y los derechos se desprenden de estos)
- (ii) **Dignidad como principio:** Los principios bajo la argumentación de Robert Alexy son mandatos de optimización que ordenan la realización de algo en la mayor medida de lo posible, teniendo diferentes grados de cumplimiento; por ser necesario que se

2 Artículo 1°.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. CODIGO CIVIL.

3 BASTOS PINTO, Manuel, Et al. *“Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo”* Gaceta Constitucional. Lima, 2012, p. 197.

4 Muestra de ello se da con la existencia de procesos especiales para los casos de transgresiones a los derechos fundamentales, llámense: habeas data, habeas corpus y amparo.

5 Ibidem.

6 La eficacia horizontal, en el caso peruano, está fortalecida, por la vinculación de los artículos 1; 38; 51 y 200, incisos 1, 2 y 3 de la Constitución Política del Estado.

7 CANALES CAMA, Carolina. *“La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico constitucional peruano”* En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. N° 29, México D.F., 2010, p. 106.

8 Es el caso de la Constitución Política del Perú, cuyo Artículo 1° expresa: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*

consideren no solo las posibilidades jurídicas, sino también las reales⁹. Partiendo de ello, en consideración al rol fundamental que se le da al respeto por la dignidad humana, como base para el desarrollo de los demás mandatos constitucionales, la dignidad puede ser entendida como principio fundamental de todo el ordenamiento jurídico, presentando así un doble carácter deontológico:

- a) Como *metanorma*, sirve de orientación para el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas reguladas en nuestro ordenamiento.
 - b) Como norma que regula el *deber ser* de determinadas conductas orientándolas al respeto y la valoración del hombre como tal.
- (iii) Dignidad como derecho fundamental

Como se señaló líneas arriba, la relación entre dignidad y derechos fundamentales resulta ser sumamente estrecha. Es gracias a la dignidad que se pueden ver materializados todos los derechos y mandatos que la norma escrita reza, configurándose como *el soporte estructural de la protección de vida del individuo*¹⁰.

Por otra parte, el filósofo especialista en derechos humanos Arnd Pollman¹¹ sostiene que la dignidad se puede concebir de cuatro maneras diferentes, las cuales responden a su consideración como un todo absoluto e inalienable, innato al ser humano, o como una potestad que se adquiere en grados diferentes:

- (i) Se entiende como **dote**, en cuanto se considera como un valor que se encuentra integrado al ser humano de manera igualitaria en cualquier etapa de su vida y no es susceptible de ser graduado.
- (ii) Puede ser considerada como **potencial**, tomando como idea que todo ser humano puede poseer dignidad, la cual puede estar presente en diferentes grados, según sea el caso.
- (iii) Es un **rasgo característico**, en cuanto solo la tienen las personas que pueden hacer ejercicio de su autonomía y son conscientes de los valores morales existentes en la sociedad (esta teoría excluiría a los embriones, los enfermos mentales y personas con muerte cerebral).
- (iv) Finalmente, haciendo una fusión entre la teoría del potencial y el rasgo característico, se dice que es un **logro** en cuanto el hombre, conforme a su comportamiento a lo largo de su vida, debe adquirir el

derecho a tener dignidad y asimismo hacer méritos para mantenerla.

Una tercera concepción sobre la dignidad, es la brindada por BUSTAMANTE ALARCÓN, construida a partir de autores como Ronald Dworkin y Eusebio Fernández, entendiéndola no solo como pilar de la defensa del hombre, sino como garantía para su desarrollo pleno y su calidad de vida, bajo ciertos estándares mínimos elementales (vivienda, educación, alimentación, sanidad, etc.)¹².

Partiendo de estos tres diferentes autores, para nosotros, la dignidad debe ser entendida como la cualidad inherente al ser humano que implica el derecho a ser respetados como tal y que se le permita lograr su pleno desarrollo. Asimismo, es la base que sostiene todo el ordenamiento jurídico, escapando a la sola vinculación con los derechos fundamentales y relacionándose con cada ámbito a nivel social como estatal. Es aquí donde coincidimos con Bustamante Alarcón¹³ en cuanto, la dignidad implica tratar al hombre como un fin en si mismo, y no como un simple medio, siguiendo la máxima del imperativo categórico Kantiano¹⁴.

2.2.2. La dignidad y las corrientes filosóficas del derecho

La dignidad también ha sido materia de debate entre las corrientes filosóficas del derecho más importantes: el iusnaturalismo, el positivismo y el neoconstitucionalismo.

a) Iusnaturalismo

Corriente dentro de la cual se sostiene que el hombre es titular de “derechos naturales”, considerados de carácter universal y que se originan a partir de su propia esencia como fuente máxima de derechos. Es así que, la dignidad se muestra como un valor directamente ligado al hombre que va más allá de lo impuesto por este, dándole incluso el título de ley divina. Entendiéndose como parte de ese cúmulo de derechos naturales, de los cuales es titular el hombre y que se encuentra a un nivel superior a las leyes y demás normas que integran el sistema jurídico, teniendo un carácter absoluto e inalienable.

b) Positivismo

Responde a la idea que el derecho se determina por el fenómeno social, el cual es dinámico, es decir está en constante cambio (ya sea a través de las leyes, sentencias, entre otros). De manera totalmente antagónica al iusna-

9 ALEXY, Robert. “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 81.

10 CANALES CAMA, Carolina. Op. Cit., p. 109.

11 POLLMAN, Arnd. “Derechos humanos y dignidad humana” En: Filosofía de los derechos humanos: problemas y tendencias de la actualidad. IDE-HPUCP, 200, p. 25.

12 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “La dignidad del ser humano- Apuntes para una sociedad bien ordenada” En: Revista Foro Jurídico. Asociación Civil Foro Académico. Lima, 2008, p. 29.

13 Ibidem.

14 “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin, y nunca sólo como un medio.”

<<KANT, Immanuel. “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” Traducido por José Mardomingo. Editorial Ariel, 1999.

turalismo, el positivismo niega la existencia de leyes naturales, siendo únicamente viables las surgidas del propio comportamiento del hombre. El derecho es considerada una ciencia de practica social; por lo que, las concepciones morales deben ser separadas de este, y únicamente incluidas normativamente según la preferencia del legislador, no siendo una “condición necesaria”¹⁵. Esta corriente es adoptada principalmente por nuestro sistema jurídico, reconociendo a la dignidad humana como valor principal solo por estar reconocida dentro de nuestra Constitución, así como, por los Tratados Internacionales ratificados por el Estado peruano, existiendo la posibilidad que ante un cambio legislativo, dicho valor se pueda ver relativizado, siguiendo la pauta que la Ley como reflejo de los comportamientos sociales se impone como mandato supremo e indiscutible.

c) Neoconstitucionalismo¹⁶

También conocido como constitucionalismo contemporáneo o pos- positivismo, postula la imposibilidad de una separación entre la ley y la moral, planteando al derecho como garantizador de un mínimo esencial de derechos, desestructurando la idea de la ley como instrumento final para la administración de justicia y poniendo a la Constitución como único instrumento clave para la barrera contra los excesos surgidos del mal manejo del poder¹⁷. En palabras de Alfonso Santiago, “*La Constitución, sus principios y valores y su función jurídica y política, y no la ley en su frío deber ser, pasan a ser el centro de reflexión jurídica de la Teoría General del Derecho del Neoconstitucionalismo*”¹⁸. Desde este punto de vista, la dignidad es considerada como valor vinculante de la existencia del hombre, su relación con la sociedad y las normas que regulan su comportamiento, alcanzando un estado de supremacía por su reconocimiento Constitucional, manifestando así, su carácter protector del hombre en conjunto con los demás derechos fundamentales que a este se le reconocen.

Para fines de este artículo, nos adherimos a esta última postura. La dignidad al igual que los derechos fundamentales son garantías de la protección que el Estado le da a la persona humana dentro del sistema jurídico, a través de la Constitución como fuente de todas las normas estatales, encontrándose por encima de las leyes ordinarias y los mandatos como expresiones de poder.

Pese a lo anterior, nos queda la duda si más allá de la doctrina, la dignidad y los derechos fundamentales en la parte práctica del derecho, ¿Se consideran de la misma manera?

II. FINES DE LA PENA EL DERECHO PENAL

Identificando la finalidad de la pena¹⁹ se podrá conocer la función que cumple el Derecho Penal dentro de un ordenamiento jurídico determinado. La elección de la teoría es importante; cuando esta se plasme en políticas públicas, podrá representar una mayor o menor restricción sobre el bien jurídico máspreciado del ser humano: la libertad.

1. Teoría absoluta o retributiva

Al delincuente se le aplica una pena como retribución al hecho que cometió. Está vinculada a la ley del Talión del “ojo por ojo y diente por diente”. La pena no tiene una finalidad trascendente solo representa un castigo. Para determinar la intensidad del castigo se utiliza el criterio de la proporcionalidad, es decir la pena variará dependiendo de la gravedad del delito. El calificativo de delito grave o leve o de sus variantes dependerá del valor que le asigne cada Estado a los bienes jurídicos protegidos detrás de cada tipo penal.

2. Teorías relativa o preventiva

Esta teoría no busca castigar al delincuente, sino proteger a la sociedad. La pena estará justificada solo cuando cumpla su finalidad de prevención, es decir que evite que se cometan otros delitos. La función preventiva²⁰ se divide en prevención general y prevención especial. La primera es la intimidación que provoca la pena a la sociedad. Se considera que las personas, debido al temor que generan la eventual imposición de las penas, no realizaran las conductas tipificadas como delito. La crítica que se le puede realizar a la prevención general es que solo se aplica a los agentes racionales, puesto que solo estos realizan el análisis costo-beneficio tomando en cuenta el mensaje disuasivo de la pena. La prevención especial en cambio está vinculada a la educación y tratamiento que se le proporciona al delincuente para que no vuelva a incurrir en la misma o cualquier otra conducta tipificada como delito. Se podría considerar que HUYESEN sintetiza la teoría preventiva con una frase: “Que la pena no es un mal, sino más al contrario es un bien, y que el delincuente tiene derecho a ella”²¹.

3. Teoría de la unión

Roxin sostiene que como la pena protege bienes jurídicos a través de la prevención general intimidatoria, es nece-

15 BASTOS PINTO, Manuel - Et al. Op. Cit., p. 342.

16 Esta corriente se desarrollo en el periodo de post-guerra, en contraposición al positivismo jurídico; que durante la subsistencia del Nazismo en Alemania, justifico el uso de la ley para cometer crímenes atroces. <SANTIAGO, Alfonso. “Neoconstitucionalismo” Instituto de Política Constitucional. Buenos Aires, 200, p. 5.

17 MOLLER, Max. “La aplicabilidad de los derechos sociales prestacionales en los Sistemas Jurídicos Contemporáneos – Tesis Doctoral” Universidad de Burgos. Burgos, 200, p. 113.

18 SANTIAGO, Alfonso. Op. Cit., p. 11.

19 El término pena proviene del latín “poena”, que significa castigo.

20 La división la realiza Feurbach, según señala Mir Puig.

21 Citado en Rivacova y Rivacova, Manuel de, Función y Aplicación de la Pena, Ed. Depalma 1993, p. 25.

sario saber que puede prohibirse. La función de la pena no es única, tiene una doble dimensión respecto al sujeto que se le aplica, apunta a su resocialización y respecto a la sociedad más que una retribución, busca emitir un mensaje disuasivo respecto de la conducta delictiva (prevención). Se puede afirmar que el fiscal, al cuantificar la sanción, utiliza la teoría retribucionista, puesto que toma en consideración la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor²²; y posteriormente en la ejecución de la pena, se aplica la teoría preventiva especial, con la educación que apunta a la resocialización del individuo.

Es esta la teoría recógela recogida en nuestro Código penal.

1. Prevención general → Art. I del título preliminar del Código penal
2. Retribución → Art. VIII del título preliminar del C.P.
3. Ejecución → Art. IX del título preliminar del C.P.

Una mención sobre las medidas de seguridad

Las personas inimputables o imputables relativos requieren de un tratamiento distinto. Para ellos se han creado las medidas de seguridad que “pretenden conjurar el mínimo de privación de libertad con el máximo de eficiencia terapéutica e inocuidadora para neutralizar la peligrosidad del inimputable; por tanto, es sujeto ajeno en principio a la intervención penal sancionatoria”²³.

Con respecto a los tipos de la pena²⁴

Basta con mencionar que en el Perú existe:

1. Penas limitativas de derechos: Prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación.
2. Pecuniarias: Días multa (equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza).
3. Pena privativa de libertad: Temporal (2 a 35 años) o permanente (cadena perpetua).
4. Pena de muerte: Solo para casos de traición a la patria y terrorismo²⁵.
5. Penas restrictivas de libertad: expulsión y expatriación

¿Resocialización del inocente?

La prisión preventiva es el método más gravoso del que dispone el Estado para asegurar la efectividad del proceso penal. Sus finalidades coloquiales son 3: Evitar el peligro de fuga, peligro de obstaculización (de que pueda tergiversar las pruebas) y evitar que cometa otros delitos. La doctrina mayoritaria admite que solo tiene que ver con las 2 primeras, en cambio BINDER²⁶ sostiene que solo debe apuntar a la primera. Nos acogemos a la postura de BINDER, puesto que respecto del sentenciado, el “evitar que cometa otros delitos” no tiene sustento, porque esta justificación estaría violando el principio de presunción de inocencia; su finalidad tampoco es la de evitar el peligro de obstaculización, porque el Estado tiene otras formas menos gravosas a la libertad del ser humano para conseguir que se preserve la prueba, como por ejemplo, resguardando la escena del crimen o custodiando a los testigos presenciales; por lo cual, concluimos al igual que BINDER que la prisión preventiva solo tiene la finalidad de conjurar el peligro de fuga.

El régimen procesal, que ha sido sustituido por el N.C.P.P.²⁷, establecía entre otros requisitos que para delitos mayores a 1 año, se podía interponer prisión preventiva. Con lo cual en la práctica cualquier delito, aunque fuere leve, podía devenir en prisión preventiva para el acusado.

Prisión preventiva (requisitos)	
Antiguo proceso penal	Nuevo proceso penal
1. Que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.	1. Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.
2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a 1 año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.	2. Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.
3. Que existan suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria.	3. Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

22 El que realiza el cálculo es el fiscal y no el juez, puesto que el primero tiene el poder-deber derivado de la constitución de ser el titular de la acción penal (principio de legalidad). El juez solo se limita a dilucidar si tiene o no razón el pedido del fiscal.

23 MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Las consecuencias jurídicas del delito”. 2º ed. Edit.: C.I.V.I.T.A.S. S.A., Madrid, 1993, pp. 190-191.

24 Este tema y sus variantes de aplicación no se desarrollaran porque se apartan del objetivo del artículo. Sería un ejercicio ocioso, puesto que ya existen diversos manuales de derecho penal que dedican numerosas hojas a su clasificación y aplicación.

25 Señalados por el art. 95 de la Constitución política del Perú. Es necesario mencionar que existe una polémica sobre la causal de terrorismo, puesta que esta fue incorporada con la aprobación de la Constitución el año 1993, y el Perú se adhirió al Tratado de Derechos Humanos en 1979, el cual señala que no debían ampliarse los supuestos de pena de muerte.

26 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Ed.: Ad-hoc. 2º reimpression, p.199.

27 Abreviatura en adelante para el Nuevo Código Procesal Penal.

Pero surge la pregunta, ¿Qué tratamiento se le proporciona al que se encuentra gravado con la prisión preventiva?, en principio no se podría aplicar ninguna teoría de la pena ante la situación de un acusado que se encuentra privado de su libertad por prisión preventiva; puesto que este se encuentra protegido por la presunción de inocencia, que indica que no será considerado culpable, hasta que una sentencia judicial firme lo declare. Sería una incoherencia alegar la resocialización de una persona que se presume inocente. Entonces lo razonable sería sostener que son merecedores de un régimen de trato distinto.

IV. ¿QUÉ ENCONTRAMOS EN LAS CÁRCELES PERUANAS?

El sistema penitenciario, según Wilfredo Vizcardo, debe ser entendido como “una organización estatal destinada a la efectiva ejecución de las sanciones penales, sean propiamente penas o medidas de seguridad que impliquen restricción de la libertad”²⁸. Todo enfocado desde una perspectiva que no deja de lado la protección de la dignidad humana y los derechos fundamentales (no sometidos a restricción, por el delito cometido), reconocidos en nuestra Constitución y en Tratados Internacionales.

No obstante, es de conocimiento público la penosa situación en la que vive el penado en nuestro país, dejando en evidencia que todas aquellas normas fundamentales a seguir para el correcto funcionamiento del sistema y el éxito del tratamiento penitenciario son letra muerta.

Tan solo dando una mirada a los informes emitidos por la Defensoría del Pueblo, respecto de la situación que se vive en penales, se perciben serias deficiencias en los servicios esenciales (alimentación, salud, seguridad, etc.), así como, en aquellos que son considerados elementales para la rehabilitación del penado (asistencia psicológica, educación, etc.); dejando a la luz que “en el Sistema Penitenciario se da la afectación constante de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, evidenciando con ello la existencia de un estado de inconstitucionalidad”²⁹. Nada más reprochable dentro de lo que se hace llamar un Estado Constitucional de Derecho.

Como bien lo comenta LAMAS PUCCIO, “en el Perú, como en muchos otros países del mundo, inclusive los de grandes recursos económicos, la prisión no ha sido más que un archivo o depósito de delincuentes”³⁰.

1. Ineficacia del tratamiento penitenciario

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es el organismo público encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario peruano, sobre la base de las normas del Código de Ejecución Penal y las de la propia Institución. Es así que, siguiendo el mandato Constitucional, el INPE tiene la labor de hacer efectivo el tratamiento penitenciario con el objetivo principal de lograr la “reeducación, resocialización y reincorporación del interno a la sociedad”. Pero siendo sinceros, ¿esto no resulta una mofa para el penado, como para la sociedad?

El régimen penitenciario, como ya lo señalamos, tiene como verbos rectores: reeducación, rehabilitación y reinserción³¹, “logrando la modificación del comportamiento del interno [...] a fin de evitar la comisión de nuevos delitos”³²; todo ello, con la aplicación del tratamiento penitenciario, “dentro de una convivencia ordenada y pacífica en un establecimiento [...]”³³.

En ese sentido, el Código de Ejecución Penal señala que el tratamiento penitenciario “es individualizado y grupal; mediante la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno”³⁴. Resumiendo esto en: trabajo, educación, salud, asistencia legal, social y psicológica, de los cuales solo analizaremos un par de aspectos.

Bastaría ver la norma y su reglamento para pensar: ¡Qué gran sistema tenemos!, pero la realidad termina siendo otra.

Trabajo:

“El trabajo es un deber y un derecho. Es la base del bienestar social y un medio de realización de la persona”³⁵. En relación a esta premisa, nuestra Constitución, en palabras de Marcial Rubio, expresa cómo el trabajo es: “un derecho del hombre a ser ejercitado libremente y también un deber para sí mismo; pues es un medio de realización personal que lo hace útil, creativo y le permite generar ingresos necesario para las necesidades de su vida diaria, personal y familiar; además de ser un deber para con la sociedad”³⁶.

El estado de privación de la libertad, no limita el mencionado derecho y deber; por lo cual es considerado parte fundamental de la rehabilitación del penado.

Desde el optimismo de la norma, el trabajo penitenciario se muestra como un buen sistema, totalmente organiza-

28 VIZCARDI, Wilfredo. “Derecho Penitenciario Peruano” Pro derecho- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lima, 2000, p. 111.
 29 DEFENSORIA DEL PUEBLO. “Informe N° 113 – Supervisión del Sistema Penitenciario 2006” Defensoría del Pueblo. Lima, 2007, p. 161.
 30 LAMAS PUCCIO, Luis. “El sistema penitenciario en el Perú?”. En: Revista Debate Penal N° 7-8-9. Lima, 1989.
 31 Artículo 139 inciso 22 – Constitución Política del Perú.
 Artículo II Título Preliminar – Código de Ejecución Penal
 Artículo 60 – Código de Ejecución Penal
 32 Artículo 97 – Reglamento del Código de Ejecución Penal
 33 Artículo 56 – Reglamento del Código de Ejecución Penal
 34 Artículo 61 – Código de Ejecución Penal
 35 Artículo 22 – Constitución Política del Perú.
 36 RUBIO CORREA, Marcial. “Para conocer la Constitución de 1993” Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2008, p. 76.

do, que le proporciona a los reclusos espacios adecuados bajo medidas de seguridad, con la posibilidad de percibir una remuneración para la manutención de sus familias aun estando privados de libertad. Se le denomina “deber y derecho” dentro del Art. 65 de Código de Ejecución Penal y solo adquiere el carácter de voluntario para aquellos internos que están siendo procesados.

Sin embargo, retomando el pesimismo al que nos arrastra la realidad, este planteamiento se lleva a cabo con mucha dificultad o con casi nada de éxito, por factores tan importantes como la insuficiencia de presupuesto, falta de espacio para trabajo³⁷, sobrepoblación, entre otras cosas. Las posibilidades de tener acceso al trabajo en los centros penitenciarios son insuficientes, llevando incluso a los propios internos a proveerse, mediante sus propios mecanismos de recursos, materiales y maquinaria, sin que la administración muestre su colaboración³⁸.

Entonces nos preguntamos, ¿Son los internos quienes deben procurarse los medios para su rehabilitación?? ¿Qué sucede con aquellos internos sin recursos económicos? Es aquí donde encontramos el primer obstáculo en el éxito de la “aplicación” del tratamiento penitenciario.

Educación:

“La educación en los sistemas penitenciarios es un tema muy importante no solo desde el punto de vista de la cohesión social, del derecho a la educación de toda persona, sino que también tiene implicancias en la justicia penal y en la seguridad ciudadana”³⁹.

Los internos penitenciarios, así como la sociedad, forman parte de una gran diversidad de razas, culturas y estratos socio-económicos. Las cárceles albergan desde personas con solventes recursos económicos, hasta los más necesitados; y son estos últimos, en su mayoría, los que a lo largo de su vida tuvieron menores oportunidades de recibir educación. Es por ello que, el INPE promueve diversos programas enfocados en la educación, en los centros penitenciarios, para que el interno se forme profesionalmente y desarrolle su capacidad ocupacional⁴⁰, generándoles una razón de utilidad a sus vidas.

Ahora, realizando un análisis de lo que realmente sucede en los centros penitenciarios, nuevamente nos topamos con que a la norma le sobran buenas intenciones; ya que, solo el 22% de los internos a nivel nacional, más de 50 mil internos, puede tener acceso a la educación en los centros de reclusión, porque el sistema carcelario peruano no cuenta con la cantidad de espacios y profesionales para llevar a cabo dicha actividad⁴¹.

Ahora es cuando nos sorprendemos de la gran despreocupación existente por el bienestar de los internos. La educación en los penales es sumamente limitada, teniendo el penado, la oportunidad de beneficiarse con ella prácticamente por “puesta de mano”. La falta de organización, presupuesto y espacios, deja a la vista nuevamente los errores en los que incurre nuestro sistema, dejando a la suerte del interno la posibilidad de mejorar durante su encierro. Otra gran imagen de lo que es, en nuestro país, el tratamiento penitenciario.

Por ello, no debe sorprendernos que mucha gente le tema a una persona que acaba de salir de un centro penitenciario, lo estigmatice y viva con la idea de que en cualquier momento puede volver a delinquir; pues tan solo evaluando dos de los rasgos más importantes del tratamiento, rehabilitar y resocializar para hacer efectiva la reinserción del ex - convicto a la sociedad, resulta sencillo percibir que es un fracaso; no por maldad del legislador, sino por cuestiones presupuestarias y algo de falta de interés del administrador.

2. HACINAMIENTO

En el supuesto, que el INPE, cumpliera a cabalidad sus propias reglas respecto del trato que se le debe dar al penado dentro de los centros carcelarios, y les sumáramos unos miles más de internos, ¿Podríamos conseguir buenos resultados?

Las cifras estadísticas más recientes, publicadas por la institución, correspondientes a la evolución de la población penitenciaria a nivel nacional entre febrero del 2011 y febrero del 2012, nos deja ver la alarmante situación que se vive en los Centros Penitenciarios con un incremento anual aproximado del 10% de la población carcelaria, es decir 7,653 internos más que el año anterior.

37 La Defensoría sostiene, que los problemas de falta de áreas para la realización del trabajo a persistido desde la década de los noventa. DEFENSORIA DEL PUEBLO. “Informe Defensorial N° 154 – El Sistema Penitenciario: componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas” Defensoría del Pueblo. Lima, 2011, p. 213.

38 DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2007. Op. cit., p 96.

39 DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2011. Loc. cit.

40 Artículo 69 – Código de Ejecución Penal.

41 DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2011. Op. cit., p. 213.

N°	Oficinas Regionales	Capacidad de Albergue (C)	Población Renal (P)	Sobre Población (S=P-C)	% Sobre Población (%S)	Hacinamiento (%S > 20%)
1	E.P de Chaneliamayo	120	579	459	383%	SI
2	E.P. de Callao	572	2.433	1 861	325%	SI
3	E.P. de Jaén	50	207	157	314%	SI
4	E.P. de Tarapoto	110	449	339	308%	SI
5	E.P. de Cañete	768	2.982	2214	288%	SI
6	E.P de Huaral	623	3.101	2278	277%	SI
7	E.P. de Moquegua	45	167	122	271%	SI
8	E.P de Pucallpa	484	1.642	1158	239%	SI
9	E.P. de Tacna	180	582	402	223%	SI
10	E.P. de Ayacucho	644	2.075	1431	222%	SI
11	E.P. de Huanta	42	127	85	202%	SI
12	E.P. de Huacho	644	1.844	1300	202%	SI
13	E.P. de Huancavelica	50	180	120	200%	SI
14	E.P. de Bagua Grande	50	179	119	198%	SI
15	E.P. de Lampa	44	126	62	186%	SI
16	E.P. de Satipo	50	135	65	170%	SI
17	E.P. de Juanjuí	80	183	103	129%	SI
18	E.P. de Mujeres de Chorrillos	450	1.021	571	127%	SI
19	E.P de 1 unqancho	3204	7.029	3825	119%	SI
20	E.P. de Chimbóte	500	1.092	592	118%	SI
21	E.P. de Camaná	78	168	90	115%	SI
22	E.P. de Iquitos	496	1.005	509	103%	SI
23	E.P. de Cusco	800	1.619	819	102%	SI
24	E.P. de Huancayo	680	1.373	693	102%	SI
25	E.P de Mujeres de Tacna	40	80	40	100%	SI
26	E.P de la Oroya	64	127	63	98%	SI
27	E.P. de Piura	1042	2.019	977	94%	SI
26	E.P. de Trujillo	1134	2.145	1011	69%	SI
29	E.P. de Lima	400	750	350	88%	SI
30	E.P. de Ica	1474	2.724	1250	85%	SI
31	E.P. de Chachapoyas	288	532	244	65%	SI
32	E.P de Huaraz	350	610	260	74%	SJ
33	E.P Miguel Castro Castro	1142	1.971	829	73%	SI
34	E.P. de Arequipa	667	1.1 08	441	66%	SI
35	E.P. de Quillalobamba	80	131	51	64%	SI
36	E.P. de Huánuco	1074	1.739	665	62%	SI
37	E.P de Chiclayo	1143	1.816	673	59%	SI
36	E.P. de Abancay	90	140	50	56%	SI
39	E.P. de Chota	65	101	36	55%	SI
40	E.P. de Cajamarca	432	661	229	53%	SI
41	E.P. de Mujeres de Cusco	62	93	31	50%	SI
42	E.P de Juliaca	420	620	200	48%	SI
43	E.P. de Tarma	48	70	22	46%	SI
44	E.P. de Woyobamba	364	499	135	37%	SI
45	E.P de Puno	352	469	117	33%	SI
46	E.P de Cerro de Pasco	96	126	30	31%	SI
47	E.P de Sullana	50	63	13	26%	SI
46	E.P. de Puerto Maldonado	354	435	61	23%	SI

Considerando dicho incremento, la existencia de tan solo 66 establecimientos, divididos en categorías A, B, C y D⁴² según su capacidad de albergue, dedicados a atender a la población intramuros ascendente al total de 54,319 internos (procesados y sentenciados). No es de sorprendernos que algunos Centros Penitenciarios puedan exceder su capacidad hasta en un 383%⁴³. El problema real surge cuando pensamos ¿De qué manera y bajo qué condiciones pueden vivir 2433 internos en un espacio destinado para tan solo 572?

El propio Instituto Nacional Penitenciario se ve en la penosa situación de reconocer que 46 de sus establecimientos presentan casos de hacinamiento, tal como figura en sus cuadros estadísticos y que la única solución posible

para dicha situación sería la construcción de dos penales de manera anual, con capacidad para 3500 presos; solución que se hace poco factible con el escaso presupuesto designado para el sistema penitenciario⁴⁴.

Asimismo, se hace necesario considerar que esta “*realidad estructural de sobrepoblación propicia espacios que afectan derechos fundamentales como la vida, integridad y la salud, resquebraja el principio de autoridad, favorece los actos de corrupción y genera violencia entre las propias personas privadas de libertad*”⁴⁵; agravando con todo ello la desventajosa situación que llevó al individuo a convertirse en interno penitenciario; y dejando con ello, sus posibilidades de desarrollarse, en el marco de una vida digna, desvanecidas.

42 Los establecimientos tipo A y B, pueden albergar alrededor de unos 1200 internos; son los penales de mayor capacidad. Los establecimientos tipo C, pueden contener hasta 900 internos y los tipo D a 200 internos.

43 Cuando la capacidad de albergue de los centros penitenciarios es excedida, se dice que existe un caso de **sobrepoblación**; cuando supera el 120% de su capacidad de albergue, se denomina **sobrepoblación crítica** o también denominada por el Comité Europeo para los Problemas Criminales como **Hacinamiento**. (INPE - Informe Estadístico 2012)

44 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. “Informe Estadístico 2012” Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima, 2012, p. 4.

45 DEFENSORIA DEL PUEBLO, 2007. Op. Cit., p. 159.

Queda entonces, tan solo para cerrar las ideas principales de este apartado, respondernos ¿Qué es lo que realmente está logrando el Estado, dentro de las cárceles?, con una simple mirada, sin caer en exageraciones, podemos decir que nada. Nos encontramos ante un sistema que se dice defensor de los derechos del hombre, que se rige por normas pensadas exclusivamente en el bienestar del penado y de la sociedad; sin embargo, lo único que salta a la vista es la completa ineficacia de todo aquello que rige este fallido sistema. Ya lo vimos en el irrisorio tratamiento penitenciario, que supone la aplicación de medidas dentro de las cuales está el trabajo y la educación, señalados como obligatorios normativamente, pero de manera fáctica un cero a la izquierda; logrando únicamente seres humanos sin el menor propósito en la vida, ni oportunidad de desarrollo, llámense también internos, que no tienen más opciones que pensar en mejores maneras para delinquir.

El “deber ser” de los centros penitenciarios

La ineficiencia no es una característica exclusiva de los Centros Penitenciarios peruanos, lo cual no quita que la indiferencia ante dicha situación, por parte del Estado sea excusable.

El sistema Internacional, por medio de diversos organismos, ha puesto bastante preocupación en establecer las reglas básicas a seguir en las prisiones, con el propósito de evitar situaciones como las que se dan en nuestro país.

Es así, que irónicamente, el INPE dice llevar a cabo su labor bajo la consideración de todos los instrumentos internacionales que desarrollan el “deber ser” de las cárceles.⁴⁶

- 1) Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o Prisión.
- 2) Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.
- 3) Principios básicos para el tratamiento de los reclusos.
- 4) Principios de ética médica aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la protección de Personas presas y detenidas contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- 5) Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

- 6) Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y el uso de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.
- 7) Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de Libertad.
- 8) Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de menores (Reglas de Beijing)
- 9) Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Cárceles.

Sin embargo, poca o ninguna importancia se le ha dado a dichas reglas. Solo basta mencionar el conocido caso del Centro Penitenciario de Challapalca, ubicado en el departamento de Tacna, el cual fue materia de una recomendación formulada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴⁷ y un proceso de Habeas Corpus declarado Fundado por el Tribunal Constitucional del Perú (TC)⁴⁸, respecto de la situación en la que vivían los reclusos dentro del penal, considerándolos víctimas de tratos inhumanos, degradantes y vulneratorios en cuanto a su derecho a la salud.

Es así, que la CIDH y el TC establecen de manera general y uniforme, lo que, valga ser señalado, es contemplado en todos y cada uno de los Tratados y Normas vinculadas al régimen penitenciario: Los presos son seres humanos con derechos tan iguales como cualquier ciudadano en estado de libertad; con la única excepción de aquellos que le han sido restringidos o suspendidos⁴⁹ por el ilícito cometido, dentro de los cuales no están su derecho a la dignidad, integridad, salud, educación, trabajo, etc.

Entonces, si tenemos las reglas del juego claras para el correcto funcionamiento de las cárceles y el trato debido de los internos, ¿Qué nos hace falta para tener un mejor sistema penitenciario?

IV. EMPRESA PRIVADA VS. EL ESTADO: ¿QUIÉN GARANTIZA MEJOR LA RESOCIALIZACIÓN?

1. La situación de las cárceles peruanas en estadísticas⁵⁰

El Perú cuenta con 68 establecimientos penitenciarios, 10 los maneja el INPE, 31 tanto el INPE como la P.N.P., 10 la P.N.P. y 1 E.P., además existe un 98% de sobrepoblación (hacinamiento) comparando la población to-

46 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO “Manual de derechos fundamentales aplicados a la Función penitenciaria” Ministerio de Justicia. Lima, 2008, p. 15.

47 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe Especial sobre la situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca, Departamento de Tacna, República del Perú.” 2002.

48 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. “EXP. N.º 1429-2002-HC/TC”

49 Son derechos suspendidos: Libre tránsito, derecho a elegir y ser elegido, derecho de la madre a vivir con sus hijos mayores de 3 años. Son derechos restringidos: Libertad de asociación y contacto con la familia. Cfr. INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO “Manual de derechos fundamentales aplicados a la Función penitenciaria” Ministerio de Justicia. Lima, 2008, p. 18.

50 Todos los datos estadísticos de este subcapítulo tienen como fuente al I.N.P.E. (febrero 2012) Estos datos pueden ser ubicados en: <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=415&np=1&direccion=1>

tal con la capacidad de albergue. De febrero del 2011 a febrero del 2012 la población penitenciaria aumentó en 7653 internos. Tan solo el E.P. Luriganchos tiene capacidad para 3204 plazas. Es decir, para albergar la cantidad de presos ingresados en ese corto intervalo de tiempo (1 año) se necesitarían 2 “Luriganchos”.

2. ¿Porque migrar a una administración privada?

El sistema penitenciario estatal ha colapsado. No es ninguna novedad, cárceles atiborradas de internos, lugares donde el Estado de derecho no existe. Lo que sí existe es comercialización de drogas, prostitución masculina, secuestros planeados desde dentro (por internos) del penal.

Para cambiar la situación, una opción es analizar el modelo de centros penitenciarios administrados por empresas privadas⁵¹. Es decir que, la obligación del Estado en resocializar al interno⁵² se entregue en concesión al privado, con los riesgos que ello implica.

La obligación del Estado no se limita a la mera administración del centro penitenciario, esperando que el interno cumpla su pena. Lo esencial de esa obligación es la rehabilitación y posterior reincorporación del condenado a la sociedad, lo cual se condice con el Estado social de derecho.

¿Qué implica un Estado Social de Derecho?

El Estado Social de Derecho implica que se brinde protección y garantice los derechos de las personas para su real ejercicio, y estos no se vean afectados ni por los demás ciudadanos ni por el mismo Estado. También implica un compromiso con la promoción del bienestar de la sociedad, y de manera especial con los sectores más desfavorecidos de la misma.

Estas afirmaciones se convertirán en gaseosas si es que no se respaldan con políticas públicas que posibiliten su cumplimiento.

Una tímida reacción del Estado frente a esta situación fue la de proponer una reestructuración del sistema penitenciario, y por otro lado la privatización de las cárceles. Se intentó dar el primer paso en el año 2011; el Consorcio La Merced ganó la Buena Pro para construir el nuevo penal privado Huaral II, pero el mismo Estado en noviembre se desistió de tal decisión por motivos aún no esclarecidos.

Para iniciar la comparación entre una administración estatal y una privada es necesario determinar si es que la

administración penitenciaria es una actividad que el Estado puede delegar o no. Consideramos que sí, y está bien que lo haga. Sobre la cuestión, existen dos visiones, una liberal y otra que prefiere mantener el “status quo”. La opción a elegirse variara dependiendo desde que visión se aborda el problema.

Visión liberal

Un liberal⁵³ no tendrá inconveniente con que se delegue a un privado la administración penitenciaria porque cualquier servicio público puede otorgarse en concesión. Los privados pueden organizarse mejor cuando la intervención del Estado sea mínima⁵⁴. Si bien, el Estado tiene una obligación constitucional, su cumplimiento no es incompatible con el régimen de concesiones, puesto que el Estado asumiría una función de supervisor en el adecuado ejercicio de la empresa privada.

Visión de los defensores del status quo

Queremos precisar, que no sugerimos que sus defensores consideren como correcta la miserable realidad de nuestros centros penitenciarios, sino, lo que defienden es la idea de que el Estado sea el administrador absoluto de esta actividad, puesto que sostienen que la Constitución lo indica expresamente. Y aun, así no la indicara, sería un despropósito entregar tan importante actividad a empresarios. Consideran irreal que una empresa, con ánimo de lucro, pueda preocuparse por resocializar al preso. Temen que las empresas, en su búsqueda por obtener una mayor rentabilidad, preferirán ahorrar en salud, en alimentación, en el tratamiento del preso. Esta visión, como veremos, tiene un trasfondo socialista.

Nuestro corazón “activista”, sin duda, nos inclinará a elegir una administración del estado con ajustes, por sobre una administración privada. Pero el problema es que buscando proteger al interno de las “faucias” del empresario, en realidad no solo lo desprotegemos, sino lo perjudicamos.

La economía tiene un “switch”⁵⁵ especial que transforma el egoísmo en solidaridad. Mientras más egoísta sea el empresario mejor para la sociedad. Para desarrollar esta afirmación propongo un ejemplo que ilustrará lo que afirmamos, sin que sea necesario adentrarnos en el profuso e interesante mundo de la economía:

Tomemos como premisas que somos dueños de la sección de televisores Samsung y que somos, además, los seres más egoístas del mundo. Nuestros competidores

51 De estos modelos, existen las concesiones privadas y las semi-privadas donde el Estado se reserva la función de seguridad dentro de los centros penitenciarios. Como concesión en este trabajo se tomará solo a la privada. Este tipo de modelo se encuentra operando en EE.UU., Reino Unido, Canadá y Australia.

52 Obligación que se encuentra expresamente establecido en nuestra Constitución (art. 139, inciso 2).

53 Usamos este término en sentido lato para referirnos a quienes abogan por la privatización y liberalización económica en un país y están en contra del control estatal total de sectores económicos relevantes para un país.

54 Para Friedrich Hayek la intervención del Estado debe ser mínima, en cualquier caso su intervención debe estar justificada; en cambio para la mayoría de liberales de la escuela austríaca la intervención del Estado debe ser nula, puesto que proponen un modelo económico de anarcocapitalismo. Dentro de estos últimos, tenemos como uno de sus exponentes contemporáneos al español Jesús Huerta de Soto.

55 Término empleado por el economista argentino Fred Kofman en su ponencia en un evento organizado por la universidad Francisco Marroquín. Con ese término se refiere a la mano invisible de la economía planteada por el abogado, profesor de ética, Adam Smith.

directos en la venta de televisores serán L.G., Sony y Panasonic. Como todo empresario egoísta buscaremos acaparar y monopolizar el mercado; pero para ello, debemos deshacernos de la competencia, quedarnos con todo el público consumidor. Solo obtendremos la preferencia del público, si nuestro producto es de mejor calidad y de menor precio. El objetivo de los otros fabricantes será también buscar desplazar a los demás del mercado, para que su tajada de la torta sea mayor, o mejor aún, se coman toda la torta. En esa pugna de empresarios egoístas, el único beneficiado, es el consumidor. El consumidor obtendrá como consecuencia de la competencia de los empresarios, un producto de mejor calidad a menor precio. Si no existiera esa competencia, probablemente nunca hubiéramos conocido ni siquiera la televisión a colores. Los empresarios egoístas para obtener ganancias, se ven obligados a invertir en tecnología, para tener ellos la innovación y con ello sacar ventaja por sobre sus competidores en la preferencia del consumidor. Ese desarrollo tecnológico incorpora mayores funcionalidades al producto y optimiza la eficiencia en la utilización de recursos de materias primas, con lo cual, la empresa ahorra costos y puede ofrecer su venta a un precio menor.

De esta manera vemos como un empresario egoísta termina beneficiando más a la sociedad que una fundación para los pobres. Recordemos que el incentivo del empresario no es ayudar a los más pobres; es más, si pudieran vender cajas de cartón a precios de televisiones L.C.D., lo harían; su objetivo es ganar dinero, pero a causa de ese switch que tiene la economía con el libre mercado, su egoísmo se transforma en ayuda. Es así en el mundo de los televisores, como también en el de la salud, de la ingeniería, de la tecnología. Las comodidades que ahora gozamos son consecuencia de empresarios peleándose por obtener nuestra preferencia. El deber del Estado no es entrometerse como un empresario más, sino garantizar que esa competencia se realice en un contexto de libre mercado, sin barreras burocráticas irracionales y sin prácticas monopólicas.

Esa realidad tan sencilla, los socialistas⁵⁶ se niegan a ver, porque cometen un error, al caer en lo que Friedrich Hayek denomina la “fatal arrogancia del socialismo”⁵⁷, anteponiendo el socialista su visión de mundo, dictada por su sentido común, pisoteando, en una economía centralizada, otras ciencias de larga tradición. Esta lógica económica se se extrapola al caso de los penales. No nos debe preocupar si los privados se enriquecerán con la concesión, sino, que cumplan con los objetivos de una mejor resocialización, reflejado en un menor índice de

reincidencia. Si nuestro análisis solo se centra en el enriquecimiento, esto será por envidia, antes que por una verdadera preocupación por afrontar el problema.

Otro argumento en contra de la concesión, es el temor de que el Estado falle en su rol de supervisor, pero con esa premisa sería incoherente argumentar también, que el Estado será un buen administrador de penales. Puesto que si no puede vigilar, mucho menos podrá administrar, por todas las obligaciones que ello implica.

Un opositor al régimen privado de los penales, Jacobo Dópico⁵⁸, expone ejemplos que supone ridiculizarían las pretensiones de privatizar los centros penitenciarios. Menciona que “afirmar que si un privado construye cárceles también puede administrarlas, es como afirmar que la constructora que edificó el colegio es la que ha de educar a los niños”, también señala que “el privado presta servicios a la administración de justicia, al ejército, incluso al parlamento sin que a nadie en sus cabales se le debe ocurrir que sea el privado el que dicte sentencias, dirigir fuerzas mercenarias o promulgar leyes”. Dópico se equivoca en el análisis. Sobre el ejemplo del colegio, si una constructora, dentro de sus actividades, diversifica y quiere administrar un colegio, lo puede hacer, porque por eso existen colegios privados. Sobre la administración de justicia, el ejército y el parlamento, actualmente existen privados que emiten sentencias con calidad de cosa juzgada, se les llama árbitros. El ejército norteamericano, en su incursión a Irak, contrató muchos de los que Dópico denomina “mercenarios”. Y actualmente los liberales se encuentran enfocados en diseñar un parlamento privado⁵⁹.

A su vez, Dópico señala su preocupación por los estudios realizados en los penales privados de EE.UU. que señalan que las prisiones privadas rehúyen a la libre competencia mediante pactos ilícitos; en realidad, concertación, va a haber siempre que los privados encuentren la oportunidad, esas actitudes se producen en cualquier ámbito del mercado, no se restringe al ámbito de los penales. Es por ello, que el Estado debe figurar como supervisor, al igual que el INDECOPI supervisa que no existan prácticas monopólicas que limiten el acceso de nuevos competidores al mercado.

3. Incentivos de los privados

El atractivo para los privados lo constituye el subsidio por preso que reciben por parte del Estado; además del dinero obtenido por ser intermediario entre los presos que están obligados a trabajar como parte de su rehabili-

56 Entiéndase por socialismo a cualquier teoría económica que promueve la intervención del Estado, sin que exista una justificación razonable. Esta definición comprende tanto al socialismo marxista como a la socialdemocracia (welfare state o estado de bienestar), donde la intervención del Estado tiene distinta intensidad. El socialismo marxista propone una economía centralizada impuesta a la sociedad por medio de la coacción, su justificación radica en que el proletariado debe controlar los medios de producción y el aparato estatal para así eliminar las clases sociales, y con ello abrirse paso al comunismo. La socialdemocracia, en cambio, propone un pseudo-libre mercado, donde como características existe un banco central de reserva (o sus distintas modalidades en cada país) y un impuesto de tasas progresivas para poder financiar las políticas asistencialistas del Estado.

57 El título en inglés del libro es “*The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*”, es con este libro que gana el premio Nóbel de economía en 1992.

58 BELLIDO Héctor y Jacobo DÓPICO. ¿Se debe dar en concesión la administración de los centros penitenciarios?, Hector Bellido versus Jacobo Dópico. Themis N° 53, pp. 330-331.

59 Ponencia de Alfredo Bullard para un evento de la Universidad Francisco Marroquín.

tación y las empresas que requieren de esa mano de obra, teniendo distintos grados de nivel técnico. El trabajador así obtiene un porcentaje por su trabajo, además de costear parte de su propio tratamiento.

Este trabajo sirve para que el interno desarrolle habilidades, pues, los reclusos son tomados para la realización de actividades, que suponen producción de artículos que luego son comercializados; de esta manera, al penado se le está otorgando la oportunidad de desarrollar una habilidad, que luego de cumplida su pena, puede utilizar como medio de vida; a nuestro parecer, en este sentido, si se estaría cumpliendo con uno de los deberes fundamentales del Estado, como lo mencionamos anteriormente, es la resocialización.

4. El derecho fundamental a ser ocioso

Nadie duda en el respeto de los derechos humanos, pero tampoco son un dogma. Es necesario conocer acerca de su origen, para aproximarnos a sus límites y esclarecer que es lo que realmente buscan proteger. “El trabajo forzado está prohibido”, el tan solo disentir de que esa prohibición sea absoluta, puede ser tomado como una apología a la esclavitud. Pero a riesgo de ser tomados por “esclavistas”, nos atreveremos a cuestionarla.

El art. 65 del Código de Ejecución Penal señala que “el trabajo es un derecho y un deber del interno, contribuye a su rehabilitación...”, pero también señala en el mismo artículo que “el trabajo que realicen los internos procesados tiene carácter voluntario”. A nivel constitucional, el art. 22 de la Constitución señala que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, este artículo recoge el dicho popular: “El trabajo dignifica al hombre”. Es entendible la preocupación de las personas que impulsaron a prohibir el trabajo forzado, pues significa una regresión a la esclavitud, en caso un gobierno autoritario lo utilice como herramienta de abuso, pero esa protección no debe trasladarse, con una interpretación rígida, al ámbito penitenciario. El trabajo forzado debe aplicarse en casos excepcionales, en situaciones de libertad sería inadmisibles. El interno ya tiene restringidos derechos tan valiosos como la libertad de desplazamiento, la posibilidad de comunicarse con el mundo exterior (celulares, internet); y al no permitir que se incorpore este al sistema de trabajo, convierte a toda esta restricción en un sacrificio inútil. La restricción no es un factor negativo para el interno, sino se pretende que sea el medio, con el cual, unido a un tratamiento pueda resocializarlo.

Este tema es particularmente interesante porque la resocialización del interno, involucra en la población sentimientos opuestos, como el odio de muchas de las víctimas que buscan que sus agresores desperdicien su vida en prisión o verlos muertos, y la compasión de sólo algunos que creen posible en su resocialización. Pero el

sentimiento mayoritario es el de indiferencia, el grueso de la población tranquiliza sus conciencias con las normas protectoras existentes, que en su práctica, resultan un fracaso.

Lo que se busca evitar con la prohibición del trabajo forzado es que no exista el menor riesgo de una regresión a la esclavitud. Esa prohibición no busca fomentar la ociosidad en los prisioneros. Pues basta que, ellos digan no, para que no pueda exigírseles trabajar.

El derecho no es un mundo abstracto de silogismos jurídicos. Apuntando al “deber ser” al que aspira el derecho, no podemos alejarnos de lo que “es”. Es imperioso desarrollar una excepción a esa prohibición, por 2 motivos: Se contribuye al tratamiento de los presos y creas mayores incentivos en las empresas privadas, aumentando la demanda a competir por obtener la concesión.

Pero, como no hay una única solución, es necesario aclarar que el trabajo por sí solo no garantiza la resocialización. Solo es uno de tantos factores como comprende la educación en valores y conocimientos, además de una permanente terapia psicológica.

5. Problemas de la administración estatal y mejoras del sistema privado

Como elocuentemente el maestro De Trazegnies señala, “el razonamiento jurídico no trabaja en un mundo de certezas y de demostraciones, sino en un mundo de probabilidades y de ambigüedades. El hombre de Derecho no pertenece al país de lo categórico sino al de lo discutible, donde todo está hecho con materia controvertida. Corresponde a cada cual tomar su propia posición, en vista de los argumentos expuestos”⁶⁰. En esa misma línea, Alfredo Bullard denomina esquizofrenia jurídica a la enfermedad que padece el abogado cuando queda abstraído en divagaciones acerca del derecho y al igual que un esquizofrénico se asusta cuando se pone en contacto con la realidad. Pues la realidad muestra que el sistema administrado por el Estado ha fracasado por los siguientes motivos:

1) Corrupción

“El peor enemigo de nuestro sistema penitenciario está dentro del mismo, es un factor humano, sobran las pruebas al respecto, cada semana, en cada requisa siempre se encuentran celulares, televisores, privilegios por los que los agentes penitenciarios cobran dinero, ese es un hecho incontestable”⁶¹.

Si existe comercialización de drogas es porque los policías lo permiten. Si existen secuestros orquestados por los mismos internos, es porque alguien permitió que ingresaran celulares. El sólo hecho de que se proponga implementar costosos aparatos bloqueadores de celulares muestra la ineficiencia en el filtro de la puerta de ingreso.

60 DE TRAZEGNIES, Fernando. “75 años de la Facultad Derecho”. Discurso de Orden pronunciado el 29 de abril de 1994 en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

61 Reportaje del noticiero dominical de América Televisión, Cuarto poder 26/02/12.

Un intento por parte del Estado por sanear las graves falencias de su sistema penitenciario, es la creación de la G.E.A.⁶², que combate la corrupción de los funcionarios del INPE. Consideramos no es suficiente, basta con apreciar el grado de eficacia anticorrupción del Estado para justificar esta desconfianza.

El privado, por el contrario, si tuviera agentes corruptos, se perjudica, porque con ello se aleja del cumplimiento de objetivos y por ello pierde dinero. Si estos agentes cometen abusos, pueden resolverles el contrato de concesión. Por lo cual los desincentivos son fuertes. Pero no todo es una maravilla, puesto que la probabilidad de detección de eventuales abusos es complicada, ya que la empresa no estará motivada a informar al Estado de estos, puesto que esa información lo perjudica. Por lo que adquiere especial relevancia en cuanto a los posibles excesos que pudieran cometerse con los internos, que el Estado sea eficiente en su supervisión.

2) Burocracia

Es el motivo por el cual la tendencia mundial, al cual no es ajeno el Perú es que se apunte a la privatización o la concesión. Un privado es mejor en la administración porque tiene incentivos para hacerlo, si fracasa pierde dinero y sale del mercado, en cambio los pocos incentivos y la nula responsabilidad⁶³ del Estado frente al fracaso, no lo convierte en un administrador confiable. Tampoco se puede afirmar que la pésima administración del Estado obedece solo a la falta de recursos, puesto que caeríamos en la falacia de que su gestión si es aprobatoria.

En cuanto a la contratación para implementar algún servicio en el penal, si el Estado quiere contratar para reducir el riesgo de corrupción tiene forzosamente que realizarlo a través de la licitación pública. Y está bien que sea así, puesto que no administra dinero propio sino el de los ciudadanos, de esta manera prevalecen los méritos sobre el amiguismo y el mercantilismo. En cambio el privado no tiene que seguir el engorroso trámite, puede contratar con quien sea y no tiene el riesgo de corrupción, puesto que si contrata por meras preferencias y no por idoneidad, perderá su propio dinero.

3) Hacinamiento

Entran más presos de los que salen. Con más penales no se garantiza el cambio, sino se reproducirían los mismos problemas de corrupción en los nuevos establecimientos. Pero sin duda ayudaría a atenuar un problema inmediato del hacinamiento, aunque solo en corto plazo. Es imposible discutir sobre la resocialización cuando nues-

tros penales cada vez se asemejan más a sus antecesoras las mazmorras.

Debido a esa sobrepoblación no se puede brindar un tratamiento adecuado. El presidente del INPE⁶⁴, realizando una comparación proporcional, señala que hay 1 psicólogo por cada 389, 1 trabajador social por cada 445, 1 abogado por cada 529 y 1 médico por cada 890 internos. Con todo ello, acaso la estrategia debe apuntar principalmente a aumentar la cantidad de profesionales. No, en absoluto. La estrategia debe apuntar a reducir la población penitenciaria. ¿Construir mas cárceles?. No solamente. Sino se convierte en gasto inútil.

En cuanto a reducir el número de procesados, su población se estima que disminuirá sensiblemente puesto que le N.C.P.P. tiene requerimientos más rigurosos para que el juez recién pueda optar por conceder al fiscal el pedido de prisión provisional⁶⁵.

4) Reos primarios y la reincidencia

La construcción de más penales es una solución aparente. Si no se reduce el índice de reincidencia el número de presos, la población carcelaria seguirá aumentando. Al penal ingresan “nuevos internos” y reincidentes.

La empresa privada a través de un cumplimiento de objetivos impuestos por el Estado y con la debida vigilancia de este se encargara de reducir el porcentaje de reincidencia (actualmente en 30.7%⁶⁶).

Sobre los “nuevos internos”, es decir delincuentes que antes no habían sido encarcelados, escapa a la labor del privado, puesto que el privado no es responsable de los factores socio-económicos que pueden influir en el aumento de la delincuencia (“cantera” de futuros internos), ni tampoco es el que condena, puesto que el Poder Judicial es el encargado de imponer una condena y de establecer el tiempo que transcurrirá en el centro penitenciario. Para reducir su porcentaje es necesario optimizar la estrategia de combate contra la delincuencia (campo no del derecho penal, sino de la criminología).

Todos los bienes jurídicos merecen tutela, sin duda, pero los bienes jurídicos afectados por los delitos de robo agravado, tráfico ilícito de drogas y de violación sexual, en cuanto a su prevención requieren mayor atención, por su grado de frecuencia ya que representan el 73.1%⁶⁷ de los delitos por los que han sido condenados los que constituyen la población penal a febrero del 2012. Con ello se mejora la seguridad ciudadana y consecuentemente se reduce la cantidad de población penitenciaria.

62 Siglas del “Grupo Especial Anticorrupción”.

63 Al funcionario podrá tener responsabilidad administrativa y penal, pero el Estado no. Si derrocha dinero, no hay manera de que el mismo Estado asuma los gastos, puesto que sus ingresos dependen de los contribuyentes, aranceles aduaneros y de las regalías obtenidas por la explotación minera.

64 A julio de 2012 el presidente del INPE era José Luis Pérez Guadalupe

65 Sobre este punto revisar el capítulo II del presente trabajo.

66 Fuente INPE (febrero 2012)

67 Fuente INPE (febrero 2012)

V. CONCLUSIONES

1. La creación del grupo anticorrupción de la ¿G.E.A.? y la construcción de nuevos penales solo provocan una falsa sensación de seguridad y avance, puesto que no enfocan el problema desde sus causas.
2. El Estado, al delegar a un privado una la administración de los penales, no estaría incumpliendo con una obligación constitucional, pues asume un rol de supervisor y garante.
3. El sistema penitenciario privado, a pesar de su finalidad de lucro, tiene mayores incentivos que el sistema estatal en procurar un mejor tratamiento para el interno. El objetivo de una política de mejorar el sistema penitenciario es lograr que en cuanto a la población penitenciaria el egreso deba ser mayor al ingreso.

4. Es necesario replantear la conveniencia de la prohibición del trabajo forzado en los internos.

Mientras las políticas públicas sigan decidiéndose en base al impacto que puedan tener en la popularidad del gobierno y no por una verdadera preocupación por la dignidad de un grueso sector de la población, constituido por los internos; estos terminan siendo medios, puesto que con “enjaularlos” y no quitarles la vida, tranquilizan la conciencia del resto de la sociedad, que duerme y sueña con una fantasía en la cual cree estar inserta en un Estado Constitucional de Derecho, mientras se tira al tachi aquel artículo 1º de la Constitución que señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.