



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La cadena perpetua en el Estado Social y Democrático de Derecho

TESIS

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia
Política

AUTOR

Juan Carlos MEZZICH ALARCÓN

ASESOR

Dr. Germán SMALL ARANA

Lima, Perú

2023



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

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

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

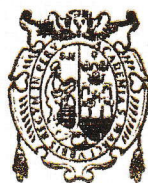
Referencia bibliográfica

Mezzich, J. (2023). *La cadena perpetua en el Estado Social y Democrático de Derecho*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política/Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Juan Carlos Mezzich Alarcón
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07967256
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Germán Small Arana
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08105245
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-9940-5272
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Francisco de la Virgen María Urquizo Olaechea
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08762004
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Nelson Salazar Sánchez
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	26697097
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Andy Jefferson Carrión Zenteno
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41050169
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Raul Ernesto Martinez Huaman
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	41929473
Datos de investigación	
Línea de investigación	No Aplica
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin Financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos coordenadas geográficas: 12°03'30"S 77°05'00"O
Año o rango de años en que se realizó la investigación	mayo 2017 - mayo 2023
URL de disciplinas OCDE	Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.00 Derecho Penal https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

En la ciudad de Lima, a los dieciocho días del mes de diciembre del año dos mil veintitrés, siendo las dieciocho horas, bajo la Presidencia del Dr. José Francisco Urquiza Olachea, con la asistencia de los Profesores: Dr. Germán Small Arana, Dr. Nelson Salazar Sánchez, Dr. Andy Jefferson Carrión Zenteno, Dr. Raúl Ernesto Martínez Huamán y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Juan Carlos MEZZICH ALARCÓN**, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: **"LA CADENA PERPETUA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO"**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado por logro con la calificación de diecisiete (17)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Juan Carlos MEZZICH ALARCÓN**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecinueve horas con treinta y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación presencial.

Dr. José Francisco URQUIZO OLAECHEA
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal

Dr. Germán SMALL ARANA
Asesor
Profesor Principal

Dr. Nelson SALAZAR SÁNCHEZ
Jurado Informante
Profesor Auxiliar

Dr. Andy Jefferson CARRIÓN ZENTENO
Miembro
Profesor Contratado

Dr. Raúl Ernesto MARTÍNEZ HUAMAN
Miembro
Profesor Contratado



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Vicerrectorado de Investigación y Posgrado



CERTIFICADO DE SIMILITUD

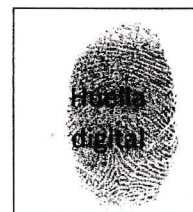
Yo Dr. Germán Small Arana en mi condición de asesor acreditado con el Dictamen N° 325-UPG/FD-2017 de la Tesis de Investigación cuyo título es: "LA CADENA PERPETUA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO", presentado por el Mg. Juan Carlos MEZZICH ALARCÓN para optar el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política CERTIFICO que se ha cumplido con lo establecido en la Directiva de Originalidad y de Similitud de Trabajos Académicos, de Investigación y Producción Intelectual. Según la revisión, análisis y evaluación mediante el software de similitud textual, el documento evaluado cuenta con el porcentaje de 20% de similitud, nivel **PERMITIDO** para continuar con los trámites correspondientes y para su **publicación en el repositorio institucional**.

Se emite el presente certificado en cumplimiento de lo establecido en las normas vigentes, como uno de los requisitos para la obtención del grado correspondiente.

Firma del Asesor: _____

DNI: 08105245

Nombres y apellidos del asesor: Dr. Germán Small Arana



Dedicatoria:

A mi madre por el amor que siempre le tendré

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	10
ASPECTOS METODOLÓGICOS	18
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	18
1.1.1 <i>Problema general</i>	28
1.1.2 <i>Problemas específicos</i>	28
1.2 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	29
1.2.1 <i>Hipótesis principal</i>	29
1.2.2 <i>Hipótesis secundarias</i>	29
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	30
1.3.1 <i>Objetivo general</i>	30
1.3.2 <i>Objetivos específicos</i>	30
1.4 METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN	31
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO: LA REACCIÓN PUNITIVA ESTATAL ASPECTOS GENERALES DE LA PENA Y SUS FUNCIONES	34
1.5 LA PENA COMO CONSECUENCIA: REACCIÓN Y PREVENCIÓN	34
1.5.1 <i>Basamento y fines de la pena</i>	34
1.5.1.1 Teorías absolutas.....	37
1.5.1.2 Teorías relativas.....	39
1.5.1.3 Teoría de la unión.....	45
1.5.2 <i>Sistema de penas en el Perú</i>	57
1.5.2.1 Justificación de la reforma penal	57
1.5.2.2 Clases de penas.....	59
1.5.2.2.1 Pena privativa de libertad	61
1.5.2.2.1.1 Conceptualización	61
1.5.2.2.1.2 Clases de pena privativa de libertad	65
1.5.2.2.1.3 Temporal o a plazo determinado.....	68
1.5.2.2.1.4 Cadena perpetua	69
1.5.2.2.1.5 Vigilancia electrónica personal.....	70
CAPÍTULO 2. CRITERIOS DE PERPETUIDAD EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	75
2.1 LA CADENA PERPETUA	75
2.1.1 <i>Denominaciones</i>	75
2.1.2 <i>Concepto</i>	75
2.1.3 <i>Características</i>	76
2.1.4 <i>Naturaleza jurídica</i>	77
2.1.5 <i>Inserción en el sistema nacional</i>	82
2.2 ANÁLISIS DE LA CADENA PERPETUA A TRAVÉS DE LA HISTORIA	88
2.2.1 <i>La pena a través de la historia de la humanidad</i>	88
2.2.2 <i>La pena privativa de libertad y su relevancia histórica</i>	105
2.2.3 <i>La cadena perpetua y sus antecedentes de históricos</i>	116
2.2.4 <i>La cadena perpetua y sus antecedentes normativos desarrollados en el Perú</i>	121
2.3 LA CADENA PERPETUA Y SU VISIÓN EN EL DERECHO PENAL	124
2.3.1 <i>La cadena perpetua y los fines de la pena</i>	125
2.3.2 <i>Posiciones en relación con la cadena perpetua</i>	140
2.3.2.1 Posturas a favor de la cadena perpetua	144
2.3.2.1.1 La cadena perpetua frente a la pena de muerte.....	146

2.3.2.1.2	La cadena perpetua como expresión amplia del maximalismo penal.	151
2.3.2.1.3	La cadena perpetua frente al denominado derecho penal del enemigo	159
2.3.2.2	Posiciones en contra de la cadena perpetua.....	166
2.3.3	La cadena perpetua y su tratamiento en el Código Penal – parte especial	169
2.3.4	Legislación internacional.....	176
2.3.4.1	A nivel de América.....	177
2.3.4.2	A nivel Mundial.....	180
2.4	LA CADENA PERPETUA Y SU CONNOTACIÓN EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	182
2.4.1	La cadena Perpetua en contraposición con los llamados derechos humanos	182
2.4.2	La cadena perpetua en colisión con el principio de humanidad de las penas	188
2.4.3	La cadena perpetua y su vinculación con los principios constitucionales y penales	191
2.4.4	La cadena Perpetua y su relación con la jurisdicción supranacional a nivel regional y europeo.....	198
2.5	LA CADENA PERPETUA Y SU VISIÓN DADA POR LA CIENCIA PENITENCIARIA O PENOLOGÍA.....	205
2.5.1	La cadena perpetua y su connotación a nivel de la etapa de ejecución penal	205
2.5.2	La cadena Perpetua y el fenómeno de la Prisionización o Prisionalización	214
2.5.3	La cadena perpetua en el marco de la prevención general.....	220
2.5.4	La cadena perpetua y su incidencia en la prevención especial.....	225
2.5.5	La cadena perpetua y su problemática a nivel de ejecución penal.....	228
2.5.5.1	Cuadros estadísticos.....	230
2.5.6	La cadena perpetua, su revisión y los llamados beneficios penitenciarios	235
2.6	CADENA PERPETUA Y POLÍTICA CRIMINAL.....	240
2.6.1	Aspectos generales.....	240
2.6.2	La cadena perpetua y fines de la política criminal.....	242
2.6.3	La cadena perpetua y su relación con una política criminal inspirada en un Estado Social y Democrático de Derecho.....	245
2.6.4	Tendencias político criminales actuales en el Perú.....	248
CAPÍTULO 3. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS		253
3.1	COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS FORMULADAS	253
3.1.1	Corroboración o comprobación de la Hipótesis Principal.....	253
3.1.2	Corroboración o comprobación de las Hipótesis específicas.....	256
3.2	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	266
3.2.1	Toma de postura personal.....	266
3.2.1.1	Conclusiones.....	266
3.2.1.2	Recomendaciones.....	269
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		272

RESUMEN

La pregunta que surge es si la cadena perpetua guarda consonancia con un Estado Social y Democrático de Derecho; frente a lo cual existe una respuesta negativa, toda vez que si bien esta pena privativa de libertad permanente fue incorporada en nuestra legislación penal nacional con el D. Ley 25475, para los casos de delito de terrorismo; también es verdad que ello contradecía palmariamente a la Constitución Política del Perú, que en su artículo 139 inciso 22, consideraba como Principio de la Administración de Justicia, que el régimen penitenciario tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, es decir, en otras palabras la resocialización del interno o penado.

Al respecto se consideraba que la cadena perpetua no permitía esa resocialización del penado, toda vez, que su proyecto de vida se truncaba al no tener esperanza de poder salir del penal. Sin embargo, con posterioridad mediante el D. Leg. 921 se incorporaría el artículo 59-A al Código de Ejecución Penal, permitiendo la revisión de la cadena perpetua a los 35 años de haberse purgado pena.

El Tribunal Constitucional máximo intérprete de la Constitución estableció que la cadena perpetua al ser revisable, ya se encontraba en consonancia con la Constitución Política del Perú; sin embargo, existen posiciones que señalan que la revisión a los 35 años, es prácticamente una cadena perpetua, ya que tomando como referencia la edad del interno, no existirá la posibilidad de egresar del establecimiento penal, precisándose que la

cadena perpetua sería peor que la pena de muerte, toda vez que la primera en buena cuenta sería como una muerte en vida.

En el Perú, existe una tendencia a incrementar la cadena perpetua, incluso a través de los años desde el 2017 hasta el 2021 se verá como existe un incremento de personas condenadas a cadena perpetua, de acuerdo a los datos estadísticos proporcionados por el propio INPE; e incluso los legisladores también presentan proyectos de leyes, para incorporar la cadena perpetua a más delitos, medida que resulta populista, sin embargo, la tasa de criminalidad ha seguido en aumento.

A nivel internacional, se concibe la cadena perpetua, sin embargo, se concluye que esta debe ser revisable. Al respecto analizaremos la legislación de diversos países en Latinoamérica, Centroamérica, y también en el norte de américa, como el caso de Estados Unidos y Canadá; citando también al propio Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros aspectos.

ABSTRACT

The question that arises is whether life imprisonment is consistent with a Social and Democratic State of Law; to which there is a negative response, since although this permanent custodial sentence was incorporated into our national criminal legislation with D. Law 25475, for cases of crimes of terrorism; It is also true that this clearly contradicted the Political Constitution of Peru, which in its article 139 paragraph 22, considered as a Principle of the Administration of Justice, that the penitentiary regime has as its objective the re-education, rehabilitation and reincorporation of the prisoner into society, that is, in other words, the resocialization of the inmate or prisoner.

In this regard, it was considered that life imprisonment did not allow this resocialization of the prisoner, since his life project was cut short as he had no hope of being able to leave the prison. However, later through the D. Leg. 921 would incorporate article 59-A to the Penal Enforcement Code, allowing the review of life imprisonment 35 years after having served the sentence.

The Constitutional Court, the highest interpreter of the Constitution, established that life imprisonment, being reviewable, was already in line with the Political Constitution of Peru; However, there are positions that indicate that the review at 35 years of age is practically a life sentence, since taking the inmate's age as a reference, there will be no possibility of leaving the

prison, specifying that life sentence would be worse than life sentence. death penalty, since the first in good account would be like a living death.

In Peru, there is a tendency to increase life imprisonment, even through the years from 2017 to 2021 it will be seen how there is an increase in people sentenced to life imprisonment, according to the statistical data provided by INPE itself; and even legislators also present bills, to incorporate life imprisonment to more crimes, a measure that is populist, however, the crime rate has continued to rise.

At the international level, life imprisonment is conceived, however, it is concluded that it should be reviewable. In this regard, we will analyze the legislation of various countries in Latin America, Central America, and also in North America, such as the United States and Canada; citing also the Statute of the International Criminal Court itself, among other aspects.

INTRODUCCIÓN

Las teorías de la pena (que deben su desarrollo más profundo al análisis dogmático de la institución de la pena) tienen su hontanar en la prioridad indesligable de buscar medios de prevenir (o disuadir de su comisión, *mutatis mutandis*) conductas jurídicamente desaprobadas o reprochables al autor. Por ensalmo, la pena ha sido siempre reputada como un medio de control social, que es utilizada con un propósito mayoritariamente conminador o disuasor, porque busca disuadir la potencial comisión de un delito a los ciudadanos. No obstante, es algo dudoso si realmente dicha finalidad llega a cumplirse por parte del sistema jurídico-penal o si realmente la pena es un medio ineficiente o inútil para estos fines, de acuerdo con el principio de utilidad del derecho penal (sobre todo, considerando la premisa de las normas primarias de conducta y sus mandatos de prohibición).

Los fines asignados a la pena terminan combinándose (por principio) con los que sigue el mismo derecho penal, esto es, la protección de valores e intereses de la importancia suficiente como para tener relevancia social y exigir la intervención del sistema punitivo. En términos del profesor De Rivacoba y Rivacoba aduce, mediante un análisis sesudo, que la función primordial que debe acentuar la pena no es la retribución o lo meramente consecuencialista, sino la conservación del orden jurídico (como figura de respuesta ante las conductas delictivas, que lo fortalecen como institución); en otras palabras, una suerte de defensa de la sociedad mediante la pena contra las conductas de los individuos que ponen en entredicho la

existencia o el desarrollo de este orden jurídico y, bajo esa lógica, propicia la defensa social. (1993, p. 30)

Roxin plantea, a este respecto, que la pena impuesta solo tiene asidero en tanto el comportamiento desaprobado lesione o perturbe de forma intolerable la existencia pacífica y libre de los individuos y que no sea adecuado para lograr este fin la medida de otros instrumentos jurídicos o político-sociales de menor gravosidad (1976, p. 28 - 32). Para el emérito penalista de la universidad de Múnich, solo puede lograrse el aseguramiento de la pacificidad externa de la sociedad a través de la actuación del derecho penal, y cuyo exceso o sobredimensión no es siquiera idóneo para la educación moral ciudadana (Roxin, 1976, pp. 28-32.).

Noticia Hugo Vizcardo que desde 1975 se inició un férreo combate o discusión de escuelas, que representaba una pugna alrededor de los principios legitimadores de la actuación del derecho penal como medio de control social. Mientras que la Escuela Clásica preponderaba en el desarrollo de su planteamiento la idea de “justicia” mediante las teorías absolutas de la pena (nacientes de valores absolutos que son protegidos mediante, por ejemplo, la máxima kantiana de actuar conforme a las leyes que uno preferiría que se aplique en su vida), la escuela positiva acentuó su desarrollo a los elementos causalistas o, en su defecto, sentó las bases del positivismo jurídico normativo a través de las teorías relativas, de modernidad preponderante de la pena. (Hugo, 2016, p. 32). En los tiempos hodiernos es posible atender que la orientación del derecho penal sobre este punto busca confluir ambas posturas, de modo que se puede generar

una teoría integradora que armonice ambas teorías; sin embargo, profesores como Jakobs han controvertido sobre este parecer, atendiendo a que sus fundamentos filosóficos son contradictorios y manifiestan una abierta disidencia que es irreconciliable en la teoría. El criterio que disponen estas teorías unificadoras se acepta en virtud de que se intenta mitigar o atenuar la absolutez del principio de justicia (véase, por ejemplo, en la libertad condicional y condena condicionada) y solo en parte de lo que puede resultar más riguroso que esta (mientras que se puede admitir con intensidad, según los sistemas jurídicos internos, la agravación de las sanciones para los reincidentes y habituales, no dándose cabida, en general, a la prisión indeterminada). El Perú no ha sido displicente respecto de las actuaciones y debates doctrinarios y, mediante la asunción conceptual de las teorías dominantes, que dan incidencia a la utilidad de la pena al servicio de fines determinados y correctamente delimitados por el sistema penal de orden humanista y garantista de política criminal que la Constitución recoge (artículo 139, inciso 22, que alude al objeto del sistema penitenciario, vinculado con las funciones preventiva, protectora y resocializadora, proclamado también en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal). El legislador, en 1991, plantea principios constitucionales sobre la pena, que delimitan la fórmula de actuación de esta y le dotan un contenido no simplemente gravoso o retributivo.

En los años noventa, en clara muestra de un alejamiento de los postulados constitucionales consagrados con antelación, se empezaron a expedir desde el Ejecutivo medidas que respondían a un contexto coyuntural de

terror social y político por la lucha contra el terrorismo armado. Así, se promulgaron decretos leyes, que eran atentatorias de instituciones o garantías tanto de carácter formal o procesal, como de carácter material o sustantivo y, en general, en relación con principios consagrados de derechos humanos (dignidad humana, autonomía ética), sin considerar que ya el Perú había suscrito y ratificado tratados referidos a los derechos humanos; en este caso, la Convención Americana de Derechos Humanos, mayormente conocida como Pacto de San José.

Los decretos ley dictados que fueron promulgados en razón de la disolución del Congreso de la República de aquel entonces fueron los Decretos Ley N.º 25475, 25659, 25708 y 25880, con el propósito de responder con estas modificaciones a la situación de aquel entonces, configurando los delitos de terrorismo y traición a la patria. Ahora bien, con el Decreto Ley N.º 25475, vigente desde el 6 de mayo de 1992 se instauró por vez primera la institución de la cadena perpetua, con el fin de punir al individuo que conforma los grupos dirigenciales de una organización terrorista (criminal), amén de otros aspectos que pueden significar una lucha contra un “enemigo”, que viene a ser el terrorista.

La cadena perpetua, posteriormente, se ha ido extendiendo a un catálogo de delitos mayor, que representa una tendencia criminalizadora y punitivista en la política criminal del país; ítem más, se debe parar mientes que, hasta hace poco, mediante la Ley N.º 31146, publicada el 30 de marzo de 2021, se resistematizó el Código Penal mediante la introducción del Título I-A:

“Delitos contra la dignidad humana”, sancionándose con la cadena perpetua específicamente los delitos de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-H), promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (artículo 129-L). Además, la pena de presidio perpetuo ha sido tomada en cuenta como consecuencia jurídica para los delitos de feminicidio (artículo 108-B), secuestro (artículo 152), sicariato (artículo 108-C), violación sexual de menor de catorce años (artículo 173), robo agravado (artículo 189), extorsión (artículo 200), sustracción o arrebató de armas de fuego (artículo 279-B), delito de terrorismo (regulado en el Decreto Ley N.º 25475) y, por último, el artículo 177 que tipifica las formas agravadas del artículo 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A, si se presenta el resultado fortuito “muerte” producto de las conductas típicas previas y el agente pudo prever dicho resultado.

En este trabajo se determinará una desavenencia con la política criminal de ampliación y maximización del derecho penal que contempla la cadena perpetua para estos delitos, ya que consigna una represión indubitablemente mayor que no persigue explícitamente una reducción o retracción del grueso de delitos que se desencadenan en nuestra sociedad; en otros términos, no adjunta a su premisa mecanismos de prevención general, ni tampoco una premisa de prevención especial, ya que no resulta posible hablar de mecanismos resocializadores si el condenado se introduce en una subcultura penitenciaria que lo termina “desocializando” aún más, porque se le enclaustra indefinidamente en prisión.

Sin embargo, la disposición de medidas de perpetuidad como mecanismos reactivos del Estado para contener y mitigar los delitos son siempre puestos en entredicho justamente por los principios garantistas que fundamentan el sistema penal que orientan la aplicación de sanciones. Se puede analizar, entonces, que la discusión ronda en determinar hasta qué punto la legitimación del derecho penal se da por las medidas que la pena concibe y los medios por los que esta es cumplido; en este caso, no siendo posible por la cadena perpetua.

El estudio de las teorías de la pena ha servido en gran medida para determinar cuál es la verdadera naturaleza histórica de la cadena perpetua, y, además, como vehículo de comprensión de su instauración en los distintos ordenamientos jurídicos foráneos. En el presente trabajo, además, se intentará perfilar el estudio de esta institución a la luz de sus contradicciones internas con las teorías retributivas y aquellas alegaciones de cierto grupo de la doctrina que plantea que esta medida sirve como un sustituto “ideal” de la pena de muerte, cuya inconstitucionalidad está más que clara y no admite discusión.

Todos los planteamientos que hasta ahora se sugieren son eje fundamental del trabajo presentado aquí, que busca realizar un análisis integral doctrinario y jurisprudencial, con base en el método dogmático que a cada estudio serio de instituciones sustantivas debe seguir, para analizar la inclusión de estos mecanismos de perpetuidad en el sistema penal del

Estado peruano, referido sobre todo a la cadena perpetua, con el fin de probar su inconstitucionalidad manifiesta y derivar acercamientos de absolución de medidas legislativas válidas. Todo, con el objeto de erradicar del ordenamiento jurídico estas medidas, que son absolutamente distorsionantes de los fines que un Estado social y democrático de derecho debería consignar sobre la pena. Así, se prioriza lo que la Constitución peruana ha asignado a la respuesta penal, que es en este caso la resocialización, rehabilitación y reincorporación del individuo al mundo social.

En la búsqueda de estas disquisiciones, se ha seccionado el trabajo en tres bloques: el primero está vinculado a la metodología que la fundamenta, donde podrá identificarse la problemática latente, definición de problemas de investigación y las hipótesis sugeridas (con base en una mirada científica del derecho); posteriormente, se precisan los objetivos y justificación de la investigación, así como el marco teórico que la envuelve y la respectiva metodología y técnica de investigación por usar. En el segundo bloque, se buscará adentrarse más en la estructura teórica de la tesis, por lo que el Capítulo I estará destinado a perfilar conceptos sobre la reacción punitiva estatal y apuntes fundamentales de la pena y sus fines asignados por las diversas teorías. En el Capítulo II se preciará de profundizar en la pena privativa de libertad perpetua como institución, analizando sus contenidos sustanciales que aportan en su conceptualización y entendimiento, tales como su evolución histórica, la definición asignada en cada tiempo histórico y su relación con los derechos

humanos, la teoría de la pena y el derecho penal del enemigo. Finalmente, en la tercera parte del trabajo se sugiere la comprobación de las propuestas de solución; en este caso, de las hipótesis planteadas al inicio de la investigación, postura personal del que esto escribe y las soluciones o recomendaciones tentativas que merece justamente la indagación hecha.

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

Vivimos en una sociedad extremadamente convulsionada e insegura, como consecuencia de la actividad de la delincuencia y la corrupción, que nos ha sumido en una realidad sumamente peligrosa, en la que el Estado debe intervenir con sus instituciones tutelares para propiciar las mejores condiciones de vida en paz y con justicia.

La inseguridad es una sensación de carácter psicológico ligada a un sentimiento de vulnerabilidad ante la posibilidad de ser víctima de un acto delictual, que suele estar íntimamente vinculada con la psiquis y el estado mental de un individuo (lo que está íntimamente aparejado con sus vivencias, experiencias, entorno relacional y aspectos de personalidad). La inseguridad se experimentará más en aquellas zonas de mayor incidencia delictiva, la cual puede estar en relación directa con la ausencia o no presencia de la autoridad.

La inseguridad es usualmente consecuencia del aumento de la tasa de delitos o crímenes, así como del malestar, la desconfianza y violencia generados por la fragmentación de nuestra sociedad. La falta de seguridad ciudadana puede ser conceptualizada como un predicamento de carácter social, propio de sociedades que tienen “un diverso nivel de desarrollo económico, múltiples rasgos culturales y regímenes políticos de distinto

signo, no pudiéndose establecer, por tanto, distinciones simplistas para caracterizar factores asociados a su incremento y formas de expresión” (Paternaín y Rico 2012, p. 69)

La inseguridad, genera un menoscabo en lo que es la dignidad del ser humano y en el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad, por lo que se puede concluir que sin seguridad no existirá la posibilidad de un ejercicio equitativo de los derechos que le asiste a toda persona. Actualmente la temática de la inseguridad es una de las principales preocupaciones en las sociedades contemporáneas, ya que ésta constituye una situación que viene presentándose y agravándose desde los últimos veinte años cada vez con mayor frecuencia.

Como ya hemos dicho, nuestra sociedad no es ajena a esta problemática, donde los niveles de inseguridad ciudadana se han disparado peligrosamente, denotando en la actualidad una sensación de casi absoluta indefensión del ciudadano con respecto a la criminalidad, que cada día se torna más violenta y trasgresora, y que de manera incontenible (por la desidia e ineficacia de nuestras instituciones de control penal), nos afecta cotidianamente situándonos como víctimas de robos, extorsiones, secuestros entre otros delitos violentos; así como de actos flagrantes de corrupción que remueven nuestra forma cotidiana de vida (nos hemos convertido en “caseritos” del crimen).

Por ende, se torna complicado enfrentar las vicisitudes que afectan a la sociedad compleja desde una sola estructura de toma de decisiones, o de intercambio económico en el mercado, o exclusivamente desde un punto de vista educativo o religioso. La inseguridad no está limitada o restringida solamente a los problemas de criminalidad, ésta es una problemática compleja: está atada a los problemas de sanidad, de medio ambiente, de urbanismo, de formación; es el resultado de desigualdades crecientes en el acceso a los recursos; pone en juego conflictos de intereses, sobre todo con respecto a la división y al uso del espacio y de los ritmos de la urbe (espacio de tiempo libre, actividades deportivas y conductas desviadas como la prostitución). La inseguridad es un riesgo urbano al que hace falta darle respuestas civiles.

No obstante, en los últimos tiempos el Estado ha demostrado una absoluta incapacidad para frenar los efectos nocivos de la delincuencia, la que por el contrario se ha arraigado, evolucionado y perfeccionado, llevándonos a la situación actual de una sociedad sumamente violenta, casi al estándar mexicano, colombiano y brasilero. De tal manera que la tan ansiada “seguridad ciudadana”, sea al momento más una quimera que una esperanza. El Estado, denotando su ineficiencia histórica, ha pretendido “solucionar” el problema de inseguridad apelando siempre a la criminalidad primaria inorgánica y a políticas sobre-criminalizadoras indiscriminadas, que lo único que han revelado es ineficiencia, arrastrándonos poco a poco a un Estado policial de tinte represivo, renunciando a su obligación preventiva y resocializadora conforme lo manda la Constitución (Art. 139.

22), y recurriendo a un “derecho penal del enemigo” a ultranza, con menoscabo de fundamentales principios penales reguladores del control penal, como el de legalidad y última ratio o mínima intervención. Efectivamente, conforme a los principios que inspiran al Derecho Penal, debe descartarse la posibilidad de toda inflación penal, debiendo optarse por una minimización del mismo, limitándose para las conductas más graves, conforme al “principio de fragmentariedad” que inspira al Derecho Penal, es decir, que únicamente las conductas más graves son las que deben penalizarse.

Es este justamente el marco histórico en el que se sitúa nuestra investigación, que como ya hemos declarado, pretende realizar un análisis dogmático, doctrinario y jurisprudencial de la inclusión de estos criterios de perpetuidad en la respuesta punitiva del Estado, referidos específicamente a la cadena perpetua, para tratar de demostrar su carácter inconstitucional y proponer soluciones legislativas viables, con el objeto de eliminarla de nuestro sistema penal, por ser elementos distorsionadores de los verdaderos fines que la doctrina y la Constitución le asigna a la pena.

Así, desde un punto de vista de utilitarismo legal, muchos autores sostienen que la pena privativa de libertad se constituye en la más importante, ya que permite extraer al individuo del medio social y aplicar sobre él los métodos y tratamientos necesarios para el cumplimiento de los fines resocializadores de la pena. En tal sentido, los sistemas penales, buscando mayor eficacia, han acudido a la implantación, a veces indiscriminada de

esta pena. No obstante, la pena privativa de libertad, contemporáneamente ha entrado en crisis y perdido legitimidad, dado su evidente e histórico fracaso como instrumento de control social. Asimismo, hay quienes sostienen que su efecto inmediato, que es la prisión, se ha convertido en el indicador más degradante de las carencias sociales y políticas de nuestro tiempo. Sin embargo, no ha sido posible encontrar hasta la fecha, sustituto efectivo alguno, por lo que su vigencia se ha de mantener inalterable, no obstante que la tendencia moderna se orienta a aceptar la prisión tan sólo como última ratio y promover decididamente todas las medidas posibles de reduccionismo penal.

Sin embargo, la alternativa del presente debe situar a la prisión como última ratio, y promover todas las medidas posibles de reduccionismo penal. Es así que, con toda energía, el profesor Baratta, ha evidenciado el fracaso de la pena privativa de libertad y de los centros penitenciarios, proponiendo como objetivo mediano su abolición y como objetivo inmediato bloquear o reducir su aplicación. Según el maestro italiano: "Derribar los muros de la cárcel, tiene para la nueva criminología el mismo significado pragmático que el derribar los muros del manicomio para la nueva psiquiatría". (BARATTA, Alessandro. 1989. P. 215).

La orientación legislativa seguida por nuestros codificadores de 1991, ha seguido esta tendencia, y con resignación se vieron precisados a sustantivar este tipo de pena, no sin antes declarar, en la exposición de motivos, que: "La Comisión revisora, a pesar de reconocer la potencia

criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. De otro lado, los costos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas".

La implementación de penas alternativas, la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, las exenciones, las conversiones, la implementación adecuada de beneficios procesales y penitenciarios, etc. son respuestas del ordenamiento penal, ante la obligada aceptación de la pena privativa de la libertad.

No obstante, la implementación por parte del Estado, de políticas sobre criminalizadoras mediante modificaciones legislativas o leyes especiales (implementación de la cadena perpetua, por ejemplo), han desviado los fines originarios de este tipo de pena. Así, la adopción de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, determinó, en su momento, la inclusión de una sanción verdaderamente de "muerte en vida", porque básicamente implicaba someter al condenado a un confinamiento de por vida (pena intemporal), negándole de manera absoluta no solo su libertad sino la negación de su propia naturaleza humana.

La cadena perpetua, desde su inclusión al sistema punitivo nacional, como consecuencia de la legislación antiterrorista y contra la delincuencia común de la década de los noventa, en el marco de una legislación de emergencia, que no tuvo reparos en colisionar con los fundamentos constitucionales y normas universales de protección de los derechos humanos, se constituyó en un serio factor distorsionador y deslegitimante de la función que constitucionalmente debería tener la pena.

En efecto, como ya se ha dicho, a partir del 5 de abril de 1992 se dio inicio también a una estrategia legislativa antisubversiva, que colisionaría abiertamente con los principios que ya se habían establecidos en el Título Preliminar del Código Penal de 1991, de allí que Eugenio Raúl Zaffaroni destacara la tendencia positiva de nuestro Código Penal, al hacer algo más que enviar a un penal. Posteriormente la aplicación de la cadena perpetua se fue ampliado a ciertos delitos extremadamente graves, pero de orden común como el caso de los “Delitos contra la Dignidad Humana”, estableciéndose la cadena perpetua específicamente en el caso del artículo 129-H (“Explotación sexual de Niñas, Niños y Adolescentes”), artículo 129-I (“Promoción y Favorecimiento de la Explotación sexual de Niñas, Niños y Adolescentes”), artículo 129-L (“Gestión de la explotación sexual de Niñas, Niños y Adolescentes”). Pero adicionalmente, la “cadena perpetua” también ha sido considerada para los delitos de “Feminicidio” (artículo 108-B), “Sicariato” (artículo 108-C), “Secuestro” (artículo 152), “Violación Sexual de menor de 14 años” (artículo 173), artículo 177 que contempla las formas

agravadas del artículo 170, 171, 172, 174, 175, 176, 176-A si estos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado; el “Robo Agravado” (artículo 189), “Extorsión” (artículo 200), “Sustracción o Arrebató de Armas de Fuego” (artículo 279-B). (las negritas son nuestras); y el delito de Terrorismo (previsto en el D. Ley 25475).

No coincidimos con esta ampliación, ya que deja abierta la posibilidad de una utilización indiscriminada y evidentemente sobrecriminalizadora de este tipo de sanción, que se cierne como una amenaza antitécnica y anacrónica, que desvirtúa los postulados humanitarios y resocializadores de un sistema penal que se precie de democrático, humanitario y equitativo.

Desde su introducción al sistema punitivo nacional la cadena perpetua se haya severamente cuestionada por su ilegitimidad e inconstitucionalidad. Es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta todo Estado democrático, más allá del bien jurídico que se haya podido vulnerar o conculcar. En ese sentido, ante la posibilidad de restricción de la libertad individual a raíz de la imposición de una sanción vía una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional consideró en su momento, que

ésta no puede ser intemporal o sempiterna si se quiere, sino que debe contener límites temporales.

De esta manera nuestro máximo tribunal de control de la constitucionalidad declaró mediante sendas sentencias (Exp. No 010-2002-AI/TC Lima, de fecha 3 de enero del 2003 y en igual sentido, la Sentencia N° 0965-2004-HC/TC, del 14 de enero de 2005), inconstitucionales diversas normas referidas al delito de terrorismo, pronunciándose asimismo en que la pena de cadena perpetua no sólo se contrapone al inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, como principio y derecho de la función jurisdiccional, que consagra el principio constitucional de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sino que también es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

Según el criterio esbozado por el Tribunal Constitucional, la cadena perpetua resulta contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta todo Estado que se precie de democrático.. Por ello, como ya se mencionó en el supuesto de que se opte por una restricción de la libertad individual al imponerse una sentencia condenatoria, según el

Tribunal Constitucional ésta no podrá ser sempiterna, sino por el contrario temporal.

En conclusión, el máximo intérprete de la Constitución dejó establecido, que el establecimiento de la cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de treinta años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarían en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

Esta resolución de la máxima instancia constitucional resultó vinculante para el Estado, lo que trajo como consecuencia que se expidiera el Decreto Legislativo No 921 (18 de enero del 2003), procediéndose a establecer un régimen jurídico de la cadena perpetua en nuestra legislación. En tal sentido, conforme al artículo 1 del referido D. Leg. 921: “la pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal”. Asimismo, el artículo 4 del acotado D. Leg., incorpora un Capítulo V, bajo la denominación “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”, en el Título II “Régimen Penitenciario” del Código de Ejecución Penal, estableciendo las pautas normativas procedimentales a seguirse en la Revisión de la Pena de Cadena Perpetua.

Pero, si bien es cierto que mediante la implementación de las referidas normas, el Estado ha cumplido formalmente con reconducir la cadena perpetua a los fines constitucionales, ello no ha constituido una solución satisfactoria a los cuestionamientos teóricos y doctrinarios que pesan sobre su legitimación y utilidad, en relación a los legítimos fines preventivos y resocializadores atribuidos a la pena, por lo que resulta pertinente abordar un estudio serio y concienzudo, que permita conocer doctrinaria e históricamente lo que es la cadena perpetua, para criticarla y demostrar si resulta pertinente o no su utilización en un sistema punitivo como el nuestro, diseñado constitucionalmente dentro de una política criminal humanitaria y garantista basada en un sistema social y democrático de derecho.

1.1.1 Problema general

2.1. ¿La cadena perpetua, como pena incorporada en la legislación peruana, cumple los fundamentos político criminales garantistas que orientan la finalidad de la pena en un Estado social y democrático de derecho?

1.1.2 Problemas específicos

3.1 ¿Existe en el Perú un adecuado desarrollo histórico, teórico, doctrinario e interdisciplinar de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado social y democrático de derecho?

3.2. ¿Con la instauración de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, se cumple las garantías humanitarias y resocializadoras de un sistema penal democrático, humanitario y equitativo?

3.3. ¿Cuál sería la propuesta doctrinaria de la cadena perpetua que tome en cuenta nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho?

1.2 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.2.1 Hipótesis principal

H. La cadena perpetua, como pena incorporada en la legislación peruana, no cumple los fundamentos político criminales garantistas que orientan la finalidad de la pena en un Estado social y democrático de derecho.

1.2.2 Hipótesis secundarias

H.1. En el Perú no se ha realizado un adecuado desarrollo histórico, teórico, doctrinario e interdisciplinar de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado social y democrático de derecho.

H.2. Con la instauración de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, se afectan los postulados humanitarios y resocializadores de la aplicación de la pena.

H.3. La propuesta que sobre la cadena perpetua debe tomar en cuenta nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho, será la revisión de la misma.

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

Toda investigación científica se desarrolla sobre la base de dos tipos diferenciados de objetivos: Objetivo general y objetivos específicos. El objetivo general indica el grado de conocimiento que se desea obtener como resultado de la investigación, mientras que los objetivos específicos pretenden reseñar los resultados o metas parciales obtenidas durante el proceso de estudio:

1.3.1 Objetivo general

1.1. Demostrar que la cadena perpetua, como pena incorporada en la legislación peruana, no cumple los fundamentos político criminales garantistas que orientan la finalidad de la pena en un Estado social y democrático de derecho.

1.3.2 Objetivos específicos

2.1. Realizar un adecuado desarrollo histórico, teórico, doctrinario e interdisciplinar de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado social y democrático de derecho.

2.2. Establecer si con la instauración de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, se cumple los postulados humanitarios y resocializadores de un sistema penal democrático, humanitario y equitativo.

2.3. Establecer una propuesta de la cadena perpetua que tome en cuenta nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho.

1.4 METODOLOGÍA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

De conformidad con lo dispuesto por la Res. de Decanato N° 027-D-FD-2020, que aprueba la nueva Directiva sobre los lineamientos metodológicos para la elaboración de la tesis para la obtención del grado de magister y doctor en derecho, nuestra tesis es de tipo: **Tesis jurídica-normativa (no exegética)**. Razón por la que se emplearán los siguientes métodos:

- a) El método comparativo, con el objetivo de fijar las identidades, similitudes y diferencias de la figura de la cadena perpetua en estudio, con respecto a nuestro país y aquellos en los que se prevea.

- b) El análisis y síntesis, que permitirá apreciar los delitos en que se aplica la cadena perpetua y la posterior revisión de este criterio de perpetuidad.
- c) El método descriptivo-explicativo, que será aplicado a los fenómenos socio jurídicos observables de la figura de la cadena perpetua, materia de estudio.
- d) El método inductivo-deductivo, a fin de manejar adecuada y objetivamente la información que se recopile para fundamentar la investigación.

Además, emplearemos las siguientes técnicas de recolección de datos:

- a) Observación. Sobre la realidad y los sucesos sociales y jurídicos, relevantes con respecto a los problemas de investigación.
- b) Fichaje de libros y revistas especializadas en la materia de investigación.
- c) Búsqueda en internet, que permitirá la recolección de datos bibliográficos, doctrina internacional y derecho comparado.

Para recabar la información que nos sirvió de base para la elaboración de nuestra investigación y nos servirá de material de reserva para la defensa de nuestra tesis, hemos utilizado el método del fichaje de los textos (revistas y libros). El contenido de las fichas llenadas ha sido la materia de nuestro análisis, síntesis y reflexión. Toda la metodología antes descrita ha sido volcada sobre la información fundamentalmente recabada en las

fichas. Asimismo, los medios electrónicos han sido una fuente muy rica para el hallazgo de material bibliográfico y hemerográfico.

Para el tratamiento de la legislación nacional nos sirvió de mucho el sistema peruano de información jurídica (SPIJ), información obtenida de la plataforma del Congreso de la República y la suscripción a importantes revistas de actualidad jurídica.

Aunque no fue lo predominante, los resúmenes descriptivo–analíticos también nos sirvieron para el almacenamiento y procesamiento de información muy importante. Muchos de ellos fueron enriquecidos gracias al diálogo con Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro.

Hemos utilizado también el recurso de las entrevistas a abogados litigantes, Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro y público en general.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO: LA REACCIÓN PUNITIVA ESTATAL ASPECTOS GENERALES DE LA PENA Y SUS FUNCIONES

1.5 LA PENA COMO CONSECUENCIA: REACCIÓN Y PREVENCIÓN

1.5.1 Basamento y fines de la pena

De acuerdo con la posición mayoritaria, la pena derivada de la comisión de un delito no es sino el instrumento empleado por el Derecho, es decir, por las normas, para la consecución de sus fines. Por eso la expresión "fines de la pena" no deja de ser inexacta, aunque está doctrinalmente muy acuñada. En realidad, bajo esta denominación nos referimos al fundamento o justificación de la pena, a su esencia y a cómo actúa sobre los ciudadanos. El profesor español Ignacio Berdugo Gómez de la Torre sostiene que la finalidad de la pena se encuentra en la misma sintonía que la dispuesta para el Derecho penal: así, la protección de valores e intereses con trascendencia social. (1993, p. 113). Por su parte, refiere Mir Puig (1982, p. 243), tendiendo más a un norte de afirmación normativa (de prevención general positiva), pero sin descuidar el contenido material que a este sustenta, afirma que la función de la pena no está en ser retribución por un mal infligido, sino en conservar el ordenamiento jurídico, que desglosa una directa protección de la sociedad contra las conductas humanas que atentan contra las posibilidades de participación de los individuos en la vida social.

La imposición de una pena sostiene Roxin (1992, p. 232), solo está justificada allí donde el comportamiento prohibido perjudique de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de los ciudadanos y no sean adecuados para impedirlo otras medidas jurídicas y político-sociales menos radicales. Para el maestro de la Universidad de Múnich, el orden externo y la paz social resultan ser el objeto de aseguramiento del Derecho penal, lo que concitaría un desligamiento con las antiguas premisas de “educación moral” que los ciudadanos han de recibir; más aún, considerando que los tiempos actuales reverdecen el anunciado cisma entre el derecho y la moral. (Roxin, 1992, p. 238).

Véase, entonces, que en el eje de las discusiones sobre la finalidad de la pena aparecen dos claras tendencias de fundamentación: las teorías absolutas (retributivas) o relativas (preventivas), por un lado, las teorías absolutas o retributivas, comenta el profesor Hurtado Pozo, no admiten dotar a la pena de una finalidad utilitaria concreta. A través de esta, lo único que se buscaría es expiar una conducta dañosa mediante un mal que, en sí mismo, redime al delincuente y satisface el valor universal “justicia”. Por ende, el castigo que debe ofrecer el Estado es inexorable. Siendo así, la pena agota su finalidad en sí propia. (2005, p. 34-35).

Por otro lado, las teorías relativas o preventivas de la pena le asignan a esta una utilidad práctica para la sociedad, sea hacia los ciudadanos (prevención general) mediante una conformidad al ordenamiento jurídico y su posterior aseguramiento (positiva) o procesos motivadores coactivos o

disuasores (negativa), sea hacia el delincuente (prevención especial), mediante procesos de inocuización o neutralización por el carácter peligroso del mismo para la sociedad (negativa) o a través de procesos de resocialización, reinserción y reintegración del individuo al mundo social (positiva) (Cury, 2005, pp. 64-73)

En la actualidad, lo que persigue el derecho sustantivo es conciliar estos dos puntos de vista que resultan, *prima facie*, contrarios o antagónicos. El criterio utilitario es reconocido debido a que mitiga el rigor del principio de justicia (por ejemplo, en la condena condicional y en la libertad condicional) y solo en parte en lo que resulta ser más riguroso que este (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad, según los ordenamientos jurídicos, la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida, en general, a la sentencia indeterminada).

Debe tenerse presente, que el Código Penal peruano considera que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora, lo que se encuentra contemplado en su art. IX del Título Preliminar. En tal sentido, la exposición tradicional del fundamento (contenido) y fines de la pena, nos lleva al análisis de una justificación autónoma separada de la justificación de la imposición de la pena misma. En torno a esta cuestión surgieron ya en la antigüedad las llamadas teorías de la pena, cuyas polémicas llegan hasta nuestros días y cuyo conocimiento es indispensable para la comprensión de los modernos problemas que plantea el derecho penal,

recuerda la existencia de las teorías absolutas y relativas.

Debe recogerse, previamente, una advertencia sumamente trascendental que nos forja Stratenwerth al respecto de los fines de la pena y su respectivo sentido: no es posible determinar ambos contenidos en virtud de una sola de las teorías que se expondrán, ya que cada una de ellas otorga un matiz al problema y ofrece la solución justamente en virtud del panorama que, específicamente, tratan de enfocar (2005, p. 46).

1.5.1.1 Teorías absolutas.

Para esta teoría, denominada también de la retribución o de la justicia, que, a decir de Roxin, hasta hace poco tiempo dominaba en Alemania, el sentido de la pena consiste en la retribución justa, es decir, en imponer al delincuente un mal que corresponda al grado de su culpabilidad. De acuerdo con ello, a una culpabilidad leve (por ejemplo, un pequeño hurto cometido por motivaciones humanamente comprensibles) corresponde una pena también leve, y a una culpabilidad grave (por ejemplo, un homicidio calificado por codicia) una pena también grave. Para esta teoría, la culpabilidad es retribuida a través de la pena; de ese modo, propicia la “expiación”, de tal forma que el delincuente que haya sufrido el mal que la pena representa, puede regresar como un hombre libre a la sociedad. De acuerdo con este criterio, la pena no se justifica en virtud de la utilidad social, sino solamente por la idea de la justicia; así, la pena se impone para garantizar un dominio y prevalencia absoluta de la justicia en la Tierra.

(1992, p. 276).

Según el fundamento de estas teorías, la pena tenía una misión simplemente retributiva, sancionándose al ciudadano en cuanto sujeto comitente de un delito y en el grado del merecimiento de esta. De este modo, no contenía una utilidad con miras al futuro, y su naturaleza residía en la idea del Estado como protector y promotor de un valor abstracto y ahistórico como la justicia y de la moralidad. Siendo así, esta premisa se fundaba en el libre albedrío que concentra el ser humano y su facultad de autodeterminación respecto de sus conductas o del modo de dirigirse en el mundo. (Jescheck 1981, p. 396).

Al respecto, suelen citarse las posiciones de los representantes más característicos de estas teorías; así, Immanuel Kant (1724 - 1804), en su obra "La Metafísica de las costumbres" (1797), justificaba la pena en el postulado de la justicia, prescindiendo de cualquier finalidad social, prevaleciendo así del famoso caso de la isla. Se manifestaba que, incluso si todos los ciudadanos consintieran la disolución de una determinada sociedad civil – disgregándose todos estos alrededor del mundo – habría un imperativo moral de ultimar hasta al último de los asesinos presos para que todos hayan recibido lo que les corresponde, siendo el incumplimiento de este el vehículo para asumir como responsables de la violación a la justicia a toda la sociedad misma. (Kant, 2005, pp. 168-169).

Roxin, sucintando las críticas más sólitas alrededor de las teorías absolutas, comenta que, en primer lugar, se les imputa la carencia de un fundamento empírico y, en segundo lugar, que la idea de suprimir un mal generado por el delito a través de la pena es ilusorio por obra de que el mal de la pena y del delito se adjuntan, formando una unidad. (1992, p. 283).

En favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines netamente instrumentales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (lo que no necesita guardar relación con la gravedad de este) y que, por tanto, pueden estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno, con lo cual se considera al hombre como un fin, jamás como un medio. Señala Bustos Ramírez, que *“estas teorías tienen una orientación garantista en la medida que impiden una intervención abusiva del Estado”* (1982, p. 277). Asimismo, el gran aporte que se extrae de esta concepción es la proporcionalidad de la pena en razón de la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto comitente del delito, siendo así que se sanciona por el suceso cometido y su grado de dañosidad, otorgándose límites adecuados a la función punitiva del Estado. (Villavicencio, 2006, p. 52).

1.5.1.2 Teorías relativas.

Son también denominadas por Melgarejo Barreto como “teorías de la prevención”, cuya orientación es la obtención de un fin que se va

amoldando debido a las circunstancias (históricas, sociales, políticas, culturales, etc.) variables. Las teorías preventivas no le brindan demasiada importancia – como sí lo hacen las retributivas – al principio de culpabilidad, por cuanto se concentra en resultados, mas no en los sujetos como fines. Así su función es eminentemente social, referida especialmente a un efecto motivador sobre los ciudadanos o sobre el delincuente en particular. De ese modo, la doctrina evalúa dos formas de aparición: prevención general y prevención especial. (2014, pp. 450-451)

Feuerbach comentaba que la finalidad de la pena vía prevención general (negativa) era conminar o amenazar a los ciudadanos con el fin de reprimir la posibilidad de delinquir, para lo cual era necesaria la ejecución competente de la pena. El objetivo de la norma penal es, por ello, la ciudadanía en general. Tal aseveración reconduce a no hallar diferencias estructurales entre teorías como la de Feuerbach y las más actuales teorías de la motivación, lo cual termina por fortalecer el auge de las teorías sistémicas y, en ese sentido, dando mayor fuste a las teorías preventivo generales positivas o integradoras. Así, para estas últimas, se dirá que a través de la pena se restablece una confianza ciudadana en la vigencia de la norma (fortaleciendo el sistema), como respuesta a un cuestionamiento de tal vigencia por ventura del hecho delictivo. Concluye Bacigalupo que no cabe lugar a que las teorías preventivo generales positivas sean demasiado innovadoras, toda vez que sigue la estructura dialéctica hegeliana “tesis (norma), antítesis (delito) y síntesis (reafirmación del derecho mediante la pena)” y, por ende, no termina por entenderse en qué se diferencia de las

teorías retributivas. (Bacigalupo, 2004, p. 189).

Por otro lado, los partidarios de la prevención especial, cuyo principal exponente fue el profesor alemán Franz Von Liszt, aducen, según Fontán Balestra, que la pena tiene como fin la evitación de que el delincuente vuelva a cometer actos delictivos, a través de dos modalidades: mediante inocuización (neutralización) o resocialización (tendencia más progresista). La inocuización busca nulificar al que comete el delito mediante larguísimas penas o pena de muerte; la resocialización apunta a recuperar al delincuente e insertarlo a la sociedad mediante tratamiento o terapia social. (1969, p. 378).

Algunas de las críticas esgrimidas contra los modelos preventivo-especiales y generales son que, en sí, no han logrado resultados óptimos desde una perspectiva político criminal. Ello se advierte de los diferentes estudios empíricos que dejan a la pena con tintes preventivos como un fracaso respecto de sus objetivos (corregir o intimidar), siendo que realmente no impiden la criminalidad y, a su vez, hasta fortalecen los impulsos criminales. Queda claro, sin embargo, que este no es solamente un efecto de la estructura teórica de estos postulados, sino también de una paupérrima técnica legislativa y carencias manifiestas de los sistemas penitenciarios, que no brindan las condiciones necesarias para aplicar una correcta resocialización, por ejemplo (Hugo 2016, p. 89).

Podemos identificar, dentro de las teorías relativas, cuatro subteorías:

teoría de la prevención general positiva y teoría de la prevención general negativa; teoría de la prevención especial positiva, teoría de la prevención especial negativa.

La teoría preventivo especial positiva es estrictamente resocializadora, fundamentándose en términos de reinserción y reeducación. Centra su preocupación e interés en el tratamiento ofrecido por el Estado en centros penitenciarios, siendo casi un imperativo moldear a la ejecución penal en materia interdisciplinaria, por cuanto agentes de ese grupo son los que llevarán a cabo la política penitenciaria. (Hugo, 2016, p. 92).

Al respecto, Bustos (1982, p. 150) advierte que, tomado así el concepto de resocialización, se otorgaría al Estado la posibilidad libérrima de manipular a los individuos, teniendo el monopolio de aplicación y definición de las pautas resocializadoras, generándose un absoluto totalitarismo. Según este autor, nadie puede ser obligado a someterse a una “reeducación” en valores que no comparte, pues dentro de la democracia se permite justo esto, es decir, que existan personas que no compartan los valores mayoritarios de la sociedad. Por su lado, Jakobs (2000, p. 231) señala que el hecho antijurídico que realiza el autor se convierte en el motivo del tratamiento, hecho que por otra parte no es suficiente para graduar el tiempo que requiere para resocializarse.

La pena privativa de libertad, de acuerdo con esta teoría, debería ser indeterminada en el tiempo, siendo así que la única sujeción que tendría

sería alcanzar la resocialización. Lamentablemente, la realidad le ha imprimido a esta teoría una aspiración utópica, comprobándose que no ha funcionado la tan mentada “reeducación”, y solo hemos sido testigos de una verdadera degradación del ser humano, forzado y humillado por un sistema injusto.

Mir Puig, citado por Rodríguez Delgado, habla de una prevención general positiva limitadora. Este autor colige que, a través de la pena, se persigue en definitiva al sujeto que ya cometió un injusto (nótese, en pasado): la pena, busca, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Este autor busca establecer que, dependiendo del momento en que nos encontremos, puede haber una conjugación de varias teorías, pero pone de manifiesto que para esta teoría (de carácter básicamente preventivo) la finalidad es evitar que el sujeto cometa nuevos delitos desde un intento de transformar su adaptación social para así poderlo reinsertar en la sociedad. Señala también que no debe haber una imposición de los fines resocializadores contra la voluntad del afectado, lo que implica que no puede haber agravación de la condena invocando exigencias de resocialización. Esto, porque en el derecho penal actual se castiga por el hecho cometido y no por las características del sujeto activo, ya que ello nos llevaría a una conversión perversa del derecho penal de autor, que confluiría en la más absoluta desigualdad. (1999, p. 246).

La teoría de la prevención especial negativa, conocida como de la incapacitación, neutralización o inocuización, tiene como fundamento la

instrumentalización de la pena dentro de una perspectiva segregadora (se considera al individuo infractor como una incurable enfermedad social, como un cáncer que debe ser obliterado). Busca neutralizar al delincuente, segregándolo o alejándolo de la sociedad propiciando su encierro, por considerarlo peligroso e incorregible.

El sistema implícitamente reconoce a priori su fracaso y propugna la extirpación social. Evidentemente la implementación de este sistema apareja la trasgresión de ciertos derechos fundamentales consagrados en la Constitución y se orienta más bien a un sistema estatal totalitario antidemocrático. La prevención general negativa, plantea recurrir a la pena como elemento fundamental de amedrentamiento social. Se coloca a la pena como ejemplo, como disuasivo general, como amenaza que se cierne sobre el individuo infractor, que, al no adecuarse a la norma, recibirá el castigo anunciado. Se apela así a la pena como instrumento desincentivador e intimidador desde una perspectiva eminentemente utilitarista. Lamentablemente es imposible establecer el grado de éxito, no se puede demostrar el grado de abstencionismo y, muy por el contrario, la realidad demuestra, sobre todo para los casos más graves, la inoperatividad de la intimidación. La teoría de la prevención general estabilizadora o positiva busca, en decir de Jakobs, practicar la confianza ante la norma, por la cual al autor se le inflige el castigo para que el resto del sistema social pueda corroborar, vía comprobación fáctica, que el sistema ha actuado idóneamente. Se propugna que la pena habilite una fidelidad adecuada al derecho. Así, queda claro que la utilización de la pena

se configura en un chivo expiatorio – en palabras de Alessandro Baratta –, a través de la que se consolida la vigencia de la norma vulnerada, dando así razones para la restauración de credibilidad en el funcionamiento del sistema por parte de los ciudadanos. Asimismo, puede indicarse que los autores de determinados delitos pasan a ser objetos de los cuales, y se les disgrega su posición de “seres humanos” o sujetos de derecho, a través de los que se busca ejercitar la confianza en el sistema. La pena se constituye, por ensalmo, como garante principal de la norma al ser el único mal que se justifica por el solo hecho de evitar espacios donde el ciudadano se sienta defraudado porque el derecho no actúa al advertirse la intromisión de agentes externos en los círculos de organización o ámbitos de libertad. Esta inclinación lleva, qué duda cabe, a un protagonismo arrasador de la norma, colocándola como centro del debate penal, relegando al individuo en dicha jerarquía. Esta orientación lleva al protagonismo excesivo de la norma en menosprecio del sujeto individual, dándole más relevancia al derecho que al sujeto, resultando de ello que la pena sea observada como mero castigo o mal, sin ningún fin adyacente (Ferrajoli, 1995, p. 211).

1.5.1.3 Teoría de la unión.

Generalmente, suele rechazarse la vigencia monista de cualquiera de las teorías expuestas y aludir a las que defienden una posición ecléctica o de la unión, según la cual la pena cumpliría distintas funciones en las diferentes fases: mediante su previsión se perseguiría la prevención general intimidatoria; en el momento de dictar sentencia, la retribución;

mediante su cumplimiento, la prevención general positiva y en la ejecución se tratarían de obtener los efectos de la prevención especial.

De manera magistral y didáctica, Roxin (1997, p. 40 y ss.), señala que, antes de empezar a analizar y comparar cada una de estas concepciones fundamentales, es preciso dejar bien claro que no se trata solamente de simples posiciones teóricas contrarias, sino de posiciones que pueden conducir también y de hecho conducen a distintos resultados prácticos. Imaginemos el caso de quien, tras estrangular a su mujer infiel en un ataque de celos, se presenta voluntariamente a la policía. Desde el punto de vista de la teoría de la retribución (teoría absoluta), lo primero que habría que hacerse es preguntar por el grado de culpabilidad del marido, pues es esta culpabilidad la que debe ser retribuida. Habrá que tener por tanto en cuenta la reprochabilidad del homicidio, computar la infidelidad de la mujer y la presentación espontánea del marido ante la policía como circunstancia atenuante y además considerar por lo menos como causa de atenuación de la culpabilidad, tras el correspondiente informe del psiquiatra, el estado de arrebató o excitación del marido. La conclusión podría ser quizás la de considerar como justa una pena privativa de libertad de un año de duración.

Aquel seguidor de la teoría de la prevención especial se plantearía, en cambio, la cuestión de qué sanción sería conveniente para impedir que el delincuente volviera a cometer un hecho similar, y podría llegar a la conclusión de que, al haberse producido una situación de conflicto interno, que probablemente no se repetirá nunca, no es presumible que vuelva a

ser cometido en el futuro por la misma persona. Así que, al no ser necesaria, desde el punto de vista preventivo especial una actuación sobre el reo, debería dejar el hecho impune. Justamente, en tanto los defensores de teorías utilitaristas (como los de la prevención especial) adviertan que la pena no cumpliría un propósito o fin *a posteriori* para el sujeto comitente del delito, será posible declarar su impunidad. Dicha situación, observamos *prima facie*, resulta ser contraintuitiva y una proclamación de abandono del principio de responsabilidad por el hecho, toda vez que se prefiere confiar en la peligrosidad de reincidencia del sujeto que en la gravedad del suceso fáctico que, valorativamente, es antijurídico para el sistema. Es de recibo, pues, que la pena tiene en su interior un contenido de necesidad de defensa de intereses (bienes jurídicos) sin los que la convivencia social resultaría imposible, sea que el agente que atente contra estos reincida o no (por ende, un contenido de prevención general) (García, p. 291). No obstante, la afirmación precedente dista mucho de afirmar que las teorías preventivo-especiales no ofrecen utilidad alguna en la discusión: solo permite apuntar que sus deficiencias aplicativas deben ser matizadas, hecho que intenta, con esfuerzo, las teorías unificadoras.

De un modo totalmente distinto se presenta el caso para los partidarios de la prevención general. Según esta teoría, a la hora de imponer una sanción penal debe tenerse en cuenta el efecto de dicha sanción sobre la comunidad. Por eso, carecería de sentido dejar sin castigo un caso como este, ya que, si se corriera el rumor de que la muerte de la mujer infiel no iba a ser castigada, esto supondría un mal ejemplo para todos y

probablemente costaría muchas vidas humanas (nótese que el destinatario de los efectos intimidatorios [o comunicativos] de la pena es la ciudadanía como sujeto global). Pero también la pena justa por la culpabilidad (un año de prisión) tiene que parecer a los ojos de la teoría de la prevención general como demasiado leve. Para dicha teoría, debería imponerse una pena mucho más grave (por ejemplo, diez años de prisión), para hacer ver a la población la firmeza e importancia de la norma que prohíbe matar y conseguir el efecto intimidatorio deseado.

Todas las soluciones advertidas por cada teoría hasta ahora son completamente distintas entre sí; por ende, resulta evidente que la problemática de los fines de la pena es más grande de lo que se espera. Desde este ejemplo en particular es posible elevarse a una perspectiva de orden más panorámico, donde se atisbará que cada teoría posee ventajas e inconveniencias que las hacen dubitar.

La teoría de la retribución tiene la ventaja de que su planteamiento hace posible limitar el poder de intervención del Estado. Por supuesto, es imposible determinar con seguridad matemática cuál es la magnitud de pena que corresponde a los grados de culpabilidad; pero en todo caso, el valor social del bien jurídico lesionado y una investigación cuidadosa de las circunstancias que agravan y atenúan la culpabilidad, permiten llegar a determinar con una cierta seguridad el grado justo de la pena a imponer. Igualmente se evita con ayuda de esta teoría que la pena se pueda utilizar para que sirva de escarmiento o a un propósito lejano a la propia naturaleza

lesiva del hecho y que, por ejemplo, se imponga una pena más grave de la que corresponde a la culpabilidad solo porque con ello se consigue intimidar más eficazmente al resto de los ciudadanos, como pretende la teoría de la prevención general. Pero frente a estas ventajas la teoría de la retribución también tiene sus inconvenientes: el principio de la “retribución de la culpabilidad” es, en el fondo, de naturaleza metafísica y como tal solo se puede comprender como un acto de fe.

A través de un planteamiento de corte racional, no se puede entender cómo puede ser retribuido y reparado un hecho malo (el delito) añadiéndole un segundo mal (el castigo). Una teoría de la pena, que, como se ve claramente en el ejemplo de la isla propuesto por Kant, prescinde de toda finalidad social, no se ajusta a una concepción del derecho penal, según la cual las incriminaciones penales solo deben pretender asegurar un orden social pacífico.

La teoría retributiva no sólo conduce a contradicciones teóricas, sino que también provoca graves inconvenientes prácticos. Una pena, entendida solamente como imposición de un mal no puede recuperar al delincuente para el buen camino ni corregir su defectuosa relación con la comunidad, sino que más bien le produce pesar y desesperación, reforzando su deficiente comportamiento social y fomentando su reincidencia, que es precisamente lo que el derecho penal pretende impedir.

Precisamente, la mayor ventaja de la teoría preventiva especial es hacer posible una actuación directa sobre el condenado. Su centro de gravedad recae en la idea de procurar que el condenado lleve en el futuro una vida sin delito, que internarlo o intimidarlo. La teoría de la prevención especial posibilita, adicionalmente, el desarrollo científico y la realización práctica de un sistema penitenciario consecuente con la idea de resocialización, contribuyendo de este modo a la lucha contra la criminalidad (que es el cometido principal desde el punto de vista social del derecho penal). Pero esta indudable ventaja no puede ocultar las debilidades importantes que también existen en la concepción puramente preventiva especial.

Como ya se vio en el ejemplo anteriormente expuesto, la teoría preventiva especial no explica el fundamento de la pena, cuando no hay peligro de reincidencia, y, sin embargo, es evidente que ante los riesgos que ello implicaría para la comunidad, no es procedente renunciar a la pena en tales casos. Y a la inversa, el principio preventivo especial tampoco ofrece la posibilidad de limitar de un modo adecuado el poder punitivo del Estado.

En efecto, si se parte de que la actuación sobre el delincuente debe durar hasta que se considere que este puede llevar en el futuro una vida sin delito, sería preciso en algunos casos imponer un largo internamiento al autor de un delito de escasa gravedad, si fuera un peligroso delincuente o un asocial. Desde el punto de vista preventivo especial sería incluso imaginable que se pudiera imponer una privación de libertad antes de que se haya cometido un delito, si la situación de abandono en la que se

encuentra una persona permite suponer que en el futuro puede llegar a ser un delincuente.

Pero una larga privación de libertad sin la previa comisión de un delito o con la comisión de un delito de poca importancia llevaría a una reglamentación policial que apenas sería compatible con las libertades del ciudadano garantizadas constitucionalmente.

Del mismo modo también es fácilmente explicable desde el punto de vista de la prevención general el hecho de que los delitos graves sean castigados también con una pena grave, aunque no haya peligro de que se repita, pues, de lo contrario, sería de temer el mal ejemplo que supone encontrar eco en la comunidad, si además existe la esperanza de que no se va a ser castigado.

La teoría preventiva general es, en cambio, en otros puntos, poco fructífera e incluso objetable. Al no ocuparse del delincuente individual, sino solo del efecto de la pena en la comunidad, no deja ningún resquicio a la resocialización del condenado. Por otro lado, tampoco puede solucionar adecuadamente el problema de los límites del poder punitivo del Estado, sino que más bien tiende al terrorismo estatal, ya que, buscando siempre la intimidación de la comunidad, está dispuesta a imponer penas draconianas. Así, por ejemplo, la imposición de penas graves, incluso de la muerte, a leves infracciones de las leyes de abastecimiento cometidas en tiempo de guerra, es producto de una concepción preventiva general que,

en última instancia conduce siempre a la injusticia institucionalizada. Por ello, tampoco esta teoría por sí sola puede servir de justificación de la pena.

Las consideraciones antes dichas terminan por convencer, verbigracia, a Bramont-Arias Torres, respecto de la naturaleza de las teorías de la unión: estas buscan combinar aquellos componentes que legitiman a las teorías absolutas y relativas, matizando las deficiencias de cada una de forma recíproca. Bajo esta premisa, concurre una multifuncionalidad de las teorías de la unión, permitiéndose así hablar de una suerte de “híbrido”. (2005 pp. 102-103).

Empero, dentro de la discusión dogmática sobre si las teorías eclécticas tienen certera validez en su contenido, también existen posiciones absolutamente discrepantes. Véase, por ejemplo, la posición del profesor alemán Günter Jakobs, quien indica que la pena debe servir, como sentido, para la prevención de la oposición sobre una configuración normativa socialmente convenida; esto es, sobre la vigencia de la norma (en el entendido de [sub]sistema).

El sustento que este autor dispone para desacreditar la teoría de la unión gravita en dos puntos: primero, que esta postura acoge una simple “sumatoria” de beneficios, pero no busca – ni quiere buscar – el principio que enlace a ambas y las legitime en su desarrollo; por el contrario, advierte el profesor alemán que, tarde o temprano, la utilización de uno de los

componentes de la teoría de la unión “paraliza” al otro que se pretende utilizar conjuntamente y, en consecuencia, la unión constriñe.

Así, parece concebirse que la unión no enlaza ni compone los desaciertos de las teorías preventivas y retributivas, sino que introduce una ficción teórica de complementariedad entre polos completamente opuestos. Segundo, concurre una problemática de índole pragmática, ubicada en la imposibilidad de las posturas preventivo-especiales de fundamentar una relación entre la intensidad motivadora y la gravedad de la perturbación y cómo lidiar ante ellas, llevándose en último término una fundamentación solo desde la óptica del derecho penal de autor (Jakobs, 1998, pp. 12-15). A partir de estas dos objeciones, Jakobs propone un acercamiento a las teorías preventivo-estabilizadoras que encuadren a la norma como centro funcional de protección de la pena y del derecho penal.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que cualquier forma unilateral de imposición de una de estas teorías, retributiva, preventiva general o preventiva especial, es igualmente insatisfactoria. Sin embargo, la discusión que surgió al contraponerse estas teorías entre sí ha servido para allanar el camino a una concepción más ajustada a la materia. Se puede decir que para una concepción moderna la resocialización debe considerarse como el fin principal de la pena, ya que sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la que más se aproxima a la meta de una coexistencia de todos los ciudadanos en paz y en libertad. Por el contrario, debe rechazarse la idea de una retribución basada en una

concepción abstracta de la justicia, ya que un derecho penal orientado en la necesidad social no puede basarse simplemente en un principio metafísico o simplemente abstracto-absoluto (la idea de “justicia”, “dañosidad” o “lesividad” varían con el tiempo y dependen en gran medida de los juicios de valor que se dispongan a ellos).

Otra cosa distinta ocurre con la prevención general: incluso allí donde el delincuente no necesite ser resocializado (como sucede en el ejemplo antes citado del marido celoso), no puede renunciarse a la pena, dado que aún queda el efecto de esta sobre la comunidad. Pero en lo posible, los efectos preventivos generales deben subordinarse al fin resocializador, ya que también la pena resocializadora sirve para apartar a la comunidad de la infracción de la ley penal, cumpliendo, por tanto, con ello al mismo tiempo una función preventiva general. Normalmente es, además, innecesario agravar, por razones preventivas generales, la pena concreta para la resocialización, ya que como se dijo anteriormente, lo que mayor efecto intimidatorio tiene sobre la comunidad no es tanto la gravedad de la pena, como la intensidad de la persecución penal.

Pero el respeto a la libertad individual impide también que se persiga a todo trance el fin resocializador sin ningún tipo de limitaciones, ya que sería inadecuado someter a un individuo a un largo tratamiento forzoso por el hecho de haber cometido algunos delitos de poca importancia.

Por eso, es aconsejable recurrir al principio de culpabilidad con objeto de limitar el excesivo poder punitivo del Estado, cosa que, como ya hemos visto, no pueden hacer ni la teoría de la prevención general ni la teoría de la prevención especial. La pena que por razones de prevención general y especial se va a imponer no puede por tanto ir más allá de lo que corresponde al grado de culpabilidad del delincuente. No hay, en cambio, ningún inconveniente en aplicar una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad, siempre que el delincuente pueda ser reconducido al camino del derecho con sanciones menos graves y las razones de intimidación general no exijan la imposición de la pena que corresponda al grado de culpabilidad en toda su extensión.

Por lo dicho, todas estas reflexiones sobre la justificación de la pena se pueden resumir en estas cuatro tesis, citadas de Roxin:

- a) La pena sirve a la reinserción social del delincuente (resocialización) y a la protección de la comunidad (prevención general).
- b) La pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente (función limitadora del principio de culpabilidad).
- c) La pena sí puede ser inferior a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Basta con que se aproxime a dicho grado, lo que sea preciso para conseguir la reinserción social del delincuente y la protección de la comunidad.

d) Dentro de lo posible la pena no debe imponerse en virtud de la protección de la comunidad, en una extensión mayor de la que exija la reinserción del delincuente. (1981, pp. 48-49).

En ese sentido, Roxin precisa, en su teoría dialéctica de la unión, una mayor relevancia de las teorías preventivas, indicando que lo más importante es centrar el análisis en el momento de ejecución de la pena, donde hay preponderancia de las teorías preventivo-especiales positivas. En ese sentido, la culpabilidad cumple una función limitadora sobre la prevención especial; pero, a la vez, la última limita a la primera. Ello da como resultado que si la pena privativa de libertad no otorga ningún indicio de finalidad preventiva, no será necesario imponerla, aun cuando realmente el sujeto sea culpable y, por ende, reprochable.

La función de la pena, para Roxin, dentro del momento legislativo, se encuentra en la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas de talante imprescindible, hecho solo alcanzable a través de la prevención general como herramienta de motivación conductual para conminar a los sujetos a no realizar actos delictivos. Además, según este reconocido autor, el éxito de fórmulas resocializadoras solo cabe si concurre voluntariedad por parte del delincuente en su implementación sobre él (1997, p. 49).

Así, consideramos que dicha postura responde a la doble necesidad que posee el Estado: de prohibir un determinado grupo de conductas que alteran la posibilidad de desarrollo de libertad individual a través de la

motivación negativa de recibir sanciones aflictivas y de exponer responsabilidad sobre la resocialización o reintegración de los individuos que cometen delitos a la sociedad.

1.5.2 Sistema de penas en el Perú

1.5.2.1 Justificación de la reforma penal

Durante la utilización y vigencia positiva del Código Penal de 1924 (Código de Maurtua, de influencia suiza e italiana, en su mayoría), estatuyó un grueso de sanciones, de las cuales la de mayor privilegio era la privativa de libertad, presentando cuatro modalidades por ventura de influencias marcadamente liberales: prisión, relegación, penitenciaría e internamiento. A todas estas, también, se planteaban otras medidas, como son las penas de expatriación (restrictivas de libertad), inhabilitación (limitativas de derechos) y multa (pena pecuniaria). Estos supuestos sostuvieron el listado de consecuencias jurídicas punitivas, hasta el año 1991, época en el que se promulga el Decreto Legislativo 635, que da pie al vigente Código Penal. Es importante destacar que el Código Penal de 1924 sí consideraba aplicable la pena de muerte; específicamente, en su artículo 10.

El devenir del tiempo, la concreción de principios que seguían criterios humanitarios, democráticos y garantistas, a la par de un avance ostensible de la ciencia penal (que se vio en gran medida influenciada por los criterios antes expuestos), impelieron la necesidad de un replanteamiento global del

sistema punitivo peruano, que permitiese la integración de modalidades penológicas novedosas y otros medios con los que se logre el propósito preventivo, protector y resocializador que recogía el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal. Por su parte, Prado Saldarriaga (2000, p. 44), aduce que, respecto de la ejecución de la pena, fue organizada con base en el sistema alburiano; no obstante, las deficiencias del Estado peruano en la infraestructura penitenciaria limitaron el desarrollo efectivo de las sanciones planteadas, motivo por el que en 1969, mediante el Decreto Ley N.º 17581, se estableció como único régimen penitenciario el llamado sistema progresivo técnico, fórmula que acoge *a posteriori* el Código de Ejecución Penal de 1985. Prado Saldarriaga indica, luego, que estas modificaciones ocasionaron que las modalidades establecidas en el Código de Maurtua perdieran justificación y utilidad prácticas.

El sistema de penas privativas de la libertad, contenido en el Código de 1924, colapsó por falta de los medios necesarios para su correcta aplicación. Ello se debió en gran medida a la frondosidad y exagerada exigencia normativa de centros penitenciarios y condiciones especiales, que nuestra realidad económica nunca pudo cumplir. Las limitaciones propias de nuestro medio determinaron el fracaso de este tan ambicioso sistema punitivo, por lo que, siguiendo las orientaciones del derecho penal comparado y muy especialmente las contenidas en el proyecto alternativo alemán de 1966. En 1969 el Estado peruano, en virtud del Decreto Ley 17581, unificó el procedimiento de ejecución de penas.

Por ello, la modificación legislativa, contenida en el vigente Código punitivo, en el sentido de unificar las modalidades de pena privativa de libertad, no hace sino satisfacer una necesidad y adecuar la norma a nuestra realidad jurídico - social. La inhabilitación y la pena de multa sufrieron también, con el transcurrir de los años, una seria merma, ya sea por su deficiente aplicación en la parte especial o por políticas sobre criminalizadoras, que determinaron que ambos tipos de sanciones perdieran utilidad autónoma y quedaran reducidas a meras formas de penalidad accesoria o secundaria.

Tales fueron pues, las motivaciones reformistas, que orientadas por criterios reduccionistas determinaron que la reforma penal introducida en nuestro sistema, y que se vino forjando desde el proyecto de 1984, se orientara hacia la elaboración de un nuevo sistema de penas, donde podemos apreciar las siguientes características comunes: a) Abolición de la pena de muerte b) Unificación de penas privativas de libertad, eliminando las penas indeterminadas c) Mantenimiento de la pena de multa, introduciendo el modelo de día multa” d) Mantenimiento y ampliación de la pena de inhabilitación e) Incorporación de penas alternativas, como la prestación de servicios comunitarios y limitación de días libres. f) Implementación de formas restrictivas de libertad: como lo es la expulsión y la expatriación (siendo que esta última pena quedó derogada).

1.5.2.2 Clases de penas.

El desarrollo del derecho penal ha discurrido simultánea o concomitantemente con el desarrollo de la pena. En esa línea, se ha dado una evolución progresiva desde épocas de venganza y composición particular, de las que nos hablaba Jiménez de Asúa (1979, p. 31), hasta la concepción moderna de humanidad y proporcionalidad de las mismas. Carrara, por ejemplo, clasificaba las penas en capitales, aflictivas, infamantes y pecuniarias; en este sentido las penas capitales afectaban directamente la vida del reo; las aflictivas le provocaban un sufrimiento físico; las infamantes atacaban su honor, y las pecuniarias afectaban el patrimonio del condenado. Otros autores propugnan diversos tipos de divisiones de penas y las clasifican en principales o accesorias; acumulativas o alternativas; divisibles e indivisibles, etc. (1994, p. 499).

En consonancia con nuestra política criminal, en el año 1991 se introdujo en nuestro vigente Código Penal, el siguiente sistema de penas, que se encuentra contenido en el Título III del Libro Primero del Código Penal: temporal – artículo 29 , cadena perpetua – artículo 29 – y vigilancia electrónica – artículo 29-A, aditado por Ley N.º 29499 – (entre las privativas de libertad); expatriación – ya eliminada de acuerdo con la Ley 29460 – ,expulsión del país – artículo 30, inciso 2 – (entre las restrictivas de libertad); prestación de servicios a la comunidad – artículo 34 –, limitación de días libres – artículo 35 –, inhabilitación – artículo 36 – (entre las penas limitativas de derechos) y pena de multa – artículo 41 –.

1.5.2.1.1 Pena privativa de libertad

1.5.2.2.1.1 Conceptualización

La libertad a la que se hace referencia no debe entenderse en un sentido amplio, ya que esta pena no afecta otras libertades o derechos, que no sean la de poder desplazarse libremente.

Una gran variedad de autores, sostiene Hugo Vizcardo, desde un punto de vista utilitario normativo, coligen que el tipo de pena privativa de libertad es el más importante, por cuanto permite extraer al individuo del medio social y signar sobre él tratamientos y medios sustancialmente necesarios para el cumplimiento de una finalidad de la pena preventiva especial positiva. Para ello, los Estados recurren a la instauración de este tipo de pena, con la intención de alcanzar alguna solución (punitivismo).

Sin embargo, Hugo Vizcardo concluye que este tipo de pena ha perdido legitimidad por ser un rotundo fracaso como herramienta de control social. No obstante, ha sido imposible encontrar una fórmula reemplazante de esta medida, por lo que su vigencia resulta ser casi un “mal necesario”, aun cuando la tendencia más actual coloca como *ultima ratio* la utilización de esta medida, siendo imprescindible el agotamiento de otros medios menos aflictivos (2016, p. 43).

No se equivoca Hurtado Pozo cuando sostiene que la promulgación del Código de 1863 y la construcción de la Penitenciaría Central de Lima (hoy ya inexistente, pero que se ubicaba frente al local actual del Palacio de Justicia), han sido los más serios esfuerzos desplegados por el Estado para organizar un sistema penitenciario eficiente, ya que desde aquél entonces a la fecha la situación de nuestras cárceles ha ido deteriorándose continuamente, sin que ningún gobierno haya aplicado medidas adecuadas para superar los problemas que se presentan, por lo que siempre se ha insistido en una reforma total del sistema de ejecución penal. Sin embargo, las escasas transformaciones ocurridas siempre quedaron en un plano formal o se vieron frustradas por la desidia burocrática o la crisis financiera del Estado.

Este es el caso de los proyectos de reforma penitenciaria auspiciados por el sector justicia en los primeros años de la década de los ochenta. Actualmente, a pesar de contar con un Código de Ejecución Penal inspirado fundamentalmente en lo que debe ser el tratamiento, así como el humanismo, la pena privativa de libertad se ejecuta en ambientes donde reina la anarquía y eventualmente las enfermedades, así como la violencia. “Se presenta, así, como una realidad cruel que torna todas las aspiraciones de reinserción social con sustento constitucional y en los principios fundamentales del Código de Ejecución Penal en una especie de afirmación sardónica. (Prado, 2000, p. 54).

No obstante, ello, la implementación por parte del Estado, de políticas sobrecriminalizadoras mediante modificaciones legislativas o leyes especiales (implementación de la cadena perpetua por ejemplo), han desviado los fines originarios de este tipo de pena. Referencia especial nos merece la disposición emanada del Decreto Ley N.º 25662, que sin criterio sistemático y técnico jurídico, y más bien como una reacción sobrecriminalizadora, dispuso la obligatoriedad de duplicar el máximo de la pena a los agentes que tuvieran la condición de miembros de la Policía Nacional, así:

Los miembros de la Policía Nacional del Perú, en situación de actividad o dados de baja por medidas disciplinarias, que incurran en la comisión de hechos punibles calificados como delitos comunes serán acreedores al doble del tiempo máximo de la pena fijada en el Código Penal o leyes especiales. Los miembros de la Policía Nacional retirados que incurran en la comisión de hechos punibles calificados como delitos comunes, serán acreedores a la pena máxima incrementada en un cincuenta por ciento.

Este dispositivo legal, evidentemente inconstitucional, introdujo en nuestro sistema penal la posibilidad de sancionar en relación con la individualidad y característica personal, y no en relación con el acto, retrotrayéndonos así a superadas etapas de derecho penal de autor, que nuestro Código y la doctrina repudian. Este sui generis dispositivo legal permitía incluso la aberración de imponer doble cadena perpetua o penas exageradamente

largas, como podría ser incluso hasta cincuenta años de pena privativa de libertad.

Tal anomalía legal estuvo vigente desde el mes de agosto de 1992, hasta el mes de marzo de 1997, en que por virtud de la Ley N.º 26758 se derogó el Decreto Ley N.º 25662 y se incorporó al texto punitivo codificado, con mejor técnica, un artículo 46-A, el que establece lo siguiente de manera expresa:

Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En estos casos el Juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

Constituye circunstancia agravante, cuando el sujeto activo, desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de su libertad, comete en calidad de autor o partícipe el delito de tráfico

ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.

En tal caso, el Juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo exceder de treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

No será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

1.5.2.2.1.2 Clases de pena privativa de libertad

El texto original del Código Penal de 1991, promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 635, señalaba en su artículo 29, que "La pena privativa de libertad tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de veinticinco años".

Ello determinaba, *expresis verbis*, los extremos mínimos y máximos de la privación de la libertad, sin admitir modalidad o excepción alguna. Pero, por influjo de la normatividad especial creada por el gobierno, utilizada como instrumento legislativo para el combate del fenómeno terrorista, se reinsertó en nuestro sistema punitivo la "cadena perpetua", que era menester legitimar y ubicar legislativamente. Por ello, mediante Decreto Ley N.º 25475, promulgado con fecha 6 de mayo de 1992, se modificó el referido artículo 29 que quedó redactado de la siguiente manera: "La pena privativa de libertad tendrá una duración de dos días hasta cadena perpetua".

Este criticable error de técnica legislativa trastocó nuestro sistema punitivo, ya que eliminó el extremo máximo de la pena conminada, generando temerariamente un resultado en extremo peligroso para la seguridad jurídica, ya que en virtud de este dispositivo así modificado, las figuras delictivas, que no tuviesen especificado el extremo máximo de la pena, como en el caso del parricidio (artículo 107 C.P.), donde sólo se señala que la pena privativa de libertad será "no menor de quince años", resultaba posible, desde la perspectiva legal, la aplicación de la cadena perpetua.

Aunque un poco tardíamente, ya que esta anomalía duró más de dos años, se procedió a la reforma legislativa correspondiente, y en virtud de lo dispuesto por la Ley N.º 26360, promulgada con fecha 29 de setiembre de 1994, se modificó nuevamente el artículo 29 del Código sustantivo, señalándose finalmente lo siguiente: "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua". En el primer caso tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de 25 años". Como consecuencia de ello, se le dio a este tipo de pena una doble modalidad o forma con respecto al tiempo de duración de la privación de libertad.

Asimismo, conforme a la modificación introducida en virtud del Decreto Legislativo N.º 895 (terrorismo especial, publicado con fecha 23 de mayo de 1998), el extremo máximo de la pena privativa de libertad, en su modalidad temporal determinada, se incrementó hasta un máximo de 35 años.

Posteriormente, dicho dispositivo legal, severamente criticado por su inconstitucionalidad, fue derogado mediante Ley N.º 27569 (Ley que establece una nueva instrucción y juzgamiento para quienes fueron procesados y sentenciados con arreglo a los Decretos legislativos 895 y 897, de fecha 2 de diciembre del 2001). Lo criticable es que el artículo 4 de la referida ley escuetamente sólo disponía: “Deróguense los Decretos Legislativos Números 895 y 897 y las normas que se opongan a esta Ley”. El efecto era inmediato, ya que el Decreto Legislativo N.º 895 derogó el contenido anterior del artículo 29 del C.P. fijándose un nuevo máximo legal de 35 años. Entonces, si la nueva ley derogaba el referido decreto, lo hacía en su integridad, incluso en su determinación con respecto a la modificación del referido artículo 29 del C.P., sin precisar o regular nada con respecto a cuáles serían ahora los extremos cuantitativos de la pena privativa de la libertad; lo que determinaba un vacío legal, ya que no podía recobrar vigencia la anterior norma derogada y tampoco podía quedar vigente el Decreto Legislativo 895 en este aspecto.

Este vacío legal se mantuvo hasta la promulgación del Decreto Legislativo 982 (22 de julio de 2007), fecha en la cual el artículo 29 del C.P. nuevamente fue materia de modificación, estableciéndose en la actualidad que la pena privativa de libertad en su modalidad temporal tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

1.5.2.2.1.3 Temporal o a plazo determinado

De conformidad con lo expresado, la pena privativa de libertad en su primera vertiente se encuentra sujeta a límites temporales, que en su extremo mínimo corresponde a dos días y en su extremo máximo a treinta y cinco años.

Al respecto resulta criticable el manejo legislativo relacionado a estos extremos mínimo y máximo legal, ya que el señalamiento de dos días como mínimo de la pena, representa un presupuesto de aplicación quimérica, ya que no encontramos evidencia positiva de su conminación, inclusive a nivel de faltas. Además, carece de objeto práctico la aplicación de penas tan mínimas, si tenemos en cuenta que el mismo Código posibilita el reemplazo o la sustitución. En este sentido, sería más coherente y recomendable que, ante supuestos de poca gravedad, se utilicen directamente las penas alternativas en lugar de imponer penas privativas de libertad de corta duración, que posteriormente serán sustituidas.

De igual manera, criticamos también la determinación de señalar el extremo máximo de la pena privativa de libertad en treinta y cinco años, ya que, como lo ha demostrado la ciencia penológica, no resulta conveniente, para los fines resocializadores, la imposición de penas demasiado largas.

Tanto las penas mínimas, como las de prolongada duración, representan en la práctica, escollos difíciles de superar para poder llevar adelante

tratamiento rehabilitador alguno. En tal sentido, resultaría conveniente señalar como extremos temporales de la pena, la privación de libertad entre tres a veinte años, teniendo en cuenta los principios de humanidad, racionalidad y proporcionalidad. En concordancia con ello, Hurtado Pozo, en su proyecto alternativo presentado en 1989, consideró el límite máximo de veinte años, en respuesta a los proyectos del Código Penal de 1985 y 1986, que contemplaban los treinta años de privación de libertad como extremo máximo de la pena. Peña Cabrera por su parte, se pronuncia a favor de los quince años de privación de la libertad como extremo máximo (1994, p. 505).

1.5.2.2.1.4 Cadena perpetua

La incorporación de la cadena perpetua en nuestra legislación penal determinó, en su momento, la inclusión de una sanción verdaderamente de "muerte en vida", porque básicamente implica someter al condenado a un confinamiento de por vida (pena intemporal), negándole de manera absoluta no solo su libertad, sino que le niega su propia naturaleza humana.

El profesor español Silva Sánchez reflexiona que la cadena perpetua representa una verdadera neutralización del condenado como individuo, al ser enclaustrado eviternamente en un centro penitenciario, con un fin estrictamente inocuizador, que da luces abiertamente ostensibles del derecho penal del enemigo. Es claro, en ese sentido, que establece contradicciones con los fundamentos constitucionales de la finalidad de la

pena y del sistema penitenciario, así como su desafío a los principios rectores de los derechos humanos. Así, incumple las máximas de resocialización y readaptación, por cuanto no importa posibilidad de reinserción social ni tratamiento. (2000, p. 114).

1.5.2.2.1.5 Vigilancia electrónica personal.

La vigilancia electrónica personal constituye un instrumento de control, incorporado mediante la Ley N.º 29499 (19 de enero de 2010), la misma que fue reglamentada mediante Decreto Supremo N.º 013-2010-JUS de fecha 14 de agosto de 2010, denominándose “Reglamento para la implementación de la vigilancia electrónica personal establecida mediante Ley N.º 29499”; la misma que tiene por finalidad monitorear el tránsito, tanto de procesados como de condenados, dentro de un radio de acción y desplazamiento, teniendo como punto de referencia el domicilio o lugar que señalen estos.

En el supuesto de aquellos que tienen la calidad de encausados o encartados, la llamada “vigilancia electrónica personal” constituye una alternativa de restricción del mandato de comparecencia que será dispuesta por el juez de oficio o a petición de parte, a fin de garantizar la permanencia de los mismos en el proceso.

Para el supuesto de aquellos que hayan sido condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de

impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez a fin de garantizar el cumplimiento de la pena, con miras a la resocialización del condenado. En tal sentido, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, convertir la pena privativa de libertad en pena de vigilancia electrónica personal, a razón de un día de privación de libertad por un día de vigilancia electrónica personal (véase artículo 52 del Código Penal).

Se trata de un loable esfuerzo desprisionizador, utilizado incluso en otros países, que propugna la posibilidad de que el condenado (en su caso), reciba los efectos de la sanción penal, pero en una suerte de libertad controlada y vigilada electrónicamente mediante dispositivos especiales, que lo limitan en su posibilidad de desplazamiento, pero en mejores condiciones de readaptación que reclusión en una prisión.

Estamos a favor de su inclusión dentro del sistema de ejecución penal (y también en su modalidad de medida restrictiva de la comparecencia), no obstante, nos parece inadecuada su ubicación legislativa. En efecto, la Ley N.º 29499, incorpora el artículo 29-A, dentro de la Sección I, del Título III (de las penas), del Libro Primero del C.P., que precisamente está referido a “la pena privativa de libertad”, que en su definición conceptual involucra el recorte de tan fundamental derecho, siendo que la pena de vigilancia electrónica propugna evitar justamente los efectos de la prisionización, por lo que se trata de otro tipo de recorte de libertades que, apreciamos, se ajusta mejor dentro del concepto de “limitación de derechos”, por lo que

consideramos que su ubicación sistemática debería reconducirse a una modalidad de pena “limitativa de derechos”.

Por otro lado, y conforme lo establece el reglamento respectivo, el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) es la institución pública que debe implementar y ejecutar la vigilancia electrónica personal. Asimismo, mantiene una permanente relación de coordinación con el operador del servicio del sistema de vigilancia electrónica personal, debiendo para ello contar con los medios técnicos para garantizar el servicio y su continuidad. En ese sentido, la Ley en comento dispone que será el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), la institución encargada de concretar un convenio con el Poder Judicial, con la finalidad que se efectivicen los informes sociales requeridos por la Ley, así como un convenio para una adecuada coordinación técnica sobre la utilización e implementación del sistema de vigilancia electrónica personal.

De conformidad con lo dispuesto por la ley, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), según corresponda, podrán adoptar las acciones necesarias para que el servicio de vigilancia electrónica personal cuente con los medios necesarios en los servicios públicos de telecomunicaciones y en el espectro radioeléctrico, a fin que su prestación se brinde eficientemente y en óptima calidad, contribuyendo al cumplimiento de lo establecido en la ley.

En sus disposiciones finales, la ley de vigilancia electrónica dispuso su entrada en vigencia de manera progresiva en los diferentes distritos judiciales, según calendario oficial, salvo el caso de los distritos judiciales de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, en cuyos casos la Ley en comento entrará en ejecución una vez finiquitado o terminado el proceso de selección por concurso público e implementados todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal, con la vigencia del reglamento pertinente. Asimismo, la entrada en vigor del reglamento quedó supeditada a la conclusión del proceso de selección por concurso público e implementación de todos los mecanismos de la vigilancia electrónica personal.

Conforme lo establece el respectivo reglamento, las modalidades del sistema de vigilancia electrónica son: a) Vigilancia Electrónica con restricción al perímetro del domicilio; b) Vigilancia Electrónica con tránsito restringido. El control de los locales de monitoreo dependerá del Instituto Nacional Penitenciario (INPE).

La vigilancia electrónica que se efectúe dentro del perímetro del domicilio, es el mecanismo por el cual se coloca un dispositivo consistente en un brazalete, una tobillera o el dispositivo que fuere aplicable en el cuerpo del procesado o condenado, según sea el caso, y se configura el servicio de vigilancia electrónica, considerando como espacio de libre tránsito el perímetro del domicilio autorizado.

A su vez, la vigilancia electrónica con tránsito restringido, consiste en la colocación de un dispositivo consistente en un brazalete, tobillera o el dispositivo que fuere aplicable en el cuerpo del procesado o condenado, según sea el caso, y se configura el servicio de vigilancia electrónica en un espacio geográfico determinado que incluye el domicilio y excluyendo aquellas zonas o establecimientos limitados de acceso (esta modalidad permite la posibilidad de que el beneficiario, realice visitas periódicas a establecimientos de salud, centro de estudios o centros laborales previamente programadas y autorizadas por el juez competente).

De otro lado, debe tenerse presente que cualquiera sea la forma de vigilancia electrónica, el responsable de mantener en óptimas condiciones el equipo es el beneficiario directo, el mismo que también deberá ocuparse de cargar de energía las baterías o implementos necesarios que garanticen la continuidad del servicio de vigilancia electrónica. El beneficiario, para efectos del cuidado físico del equipo y su buen funcionamiento, no deberá, bajo ninguna condición, intentar abrir el equipo o intentar cortarlo o manipularlo con herramienta alguna. En el caso que el equipo de vigilancia electrónica sea siniestrado, el beneficiario asumirá el costo de su reposición.

CAPÍTULO 2. CRITERIOS DE PERPETUIDAD EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1 La cadena perpetua

2.5.1 Denominaciones

En el contexto de la doctrina en general, así como en el Derecho comparado, sea que se refiera al sistema jurídico anglosajón, románico germánico, fundamentalista o socialista, la cadena perpetua recibe diferentes denominaciones:

- “Cadena perpetua”, en el Perú.
- “Reclusión perpetua”, en Argentina.
- “Presidio perpetuo”, en Chile.
- “Ergastolo”, que significa, en italiano, literalmente, cadena perpetua.
- “La peine de l’empresonementi par toute la vie”, en Francia.
- “Life imprisonment” (prisión de por vida), en EE. UU. de Norteamérica.
- “Imprisonment for life” (prisión para la vida), en la India.

2.1.2 Concepto

La cadena perpetua tiene un carácter “eliminador”, por cuanto afecta de forma directa la humanidad y dignidad de la persona, siendo fácilmente un contradictorio lógico interno con los principios de racionalización de la pena.

Por ser justamente su naturaleza la de extender de modo indefinido o “eterno” los padecimientos psíquicos, morales y físicos de quien se halle purgándola, algunos autores consideran que tiene un mayor cargo de inhumanidad que la misma pena de muerte, habida cuenta de que en esta la extinción de la vida es inmediata. Es a decir de Luigi Ferrajoli, “[...] una especie de muerte civil” (1995, p. 396).

En nuestro sistema punitivo, la cadena perpetua (o condena indefinida) determinó la adopción de una sanción calificada como “muerte en vida”, ya que se sometía al condenado a un apartamiento permanente de la sociedad, negándosele totalmente no solo su derecho a la libertad, sino su propia naturaleza humana.

En palabras de Peña Cabrera, la cadena perpetua es una pena eliminativa -no fenoménicamente, al menos, pero sí valorativamente hablando- que excluye de forma permanente a una persona de su existencia (1999, p. 270).

2.1.3 Características

Teniendo en consideración la conceptualización que brinda la doctrina con respecto a la cadena perpetua, y su tratamiento legislativo a nivel del derecho comparado, es posible apreciar en ella las siguientes características: 1. Se constituye en una sanción de carácter intemporal,

sempiterna, que culmina con la muerte del sentenciado en un establecimiento penal. 2. Es una pena desocializante porque aparta totalmente al condenado de la sociedad. Tiene un carácter inocuizador, es decir, que con dicha pena se logra que el sentenciado nunca más pueda hacer daño a la sociedad. 3. Es una pena en la que se niega al órgano jurisdiccional la posibilidad de una determinación graduada de la pena porque es para toda la vida. De lo expuesto se puede decir que es una verdad de perogrullo, por la misma naturaleza de la pena de cadena perpetua. 4. Es una pena que excluye al reo de la sociedad, no solamente marginándolo, sino sepultándolo en una cárcel, privando al ser humano de cualquier posibilidad, al menos desde el punto de vista conceptual de recuperar la libertad. 5. Es una pena estigmatizante. Si tomamos la definición del profesor Enrique Cury Urzúa, podemos indicar que su carácter estigmatizador se vislumbra al marcar permanentemente al sujeto como criminal; así, se renuncia a cualquier expectativa social (comunicativa) de resocializarlo y reincorporarlo, amén de establecerlo como un peligro crónico para la convivencia social y las demás esferas de organización (Cury 1985, p. 326).

2.1.4 Naturaleza jurídica

La doctrina penal mayoritaria ha convenido que la naturaleza jurídico-penal de la cadena perpetua es la de una auténtica pena privativa de libertad; sin embargo, algunos otros estudiosos refieren que, en realidad, puede

encapsulársele en una clase (anómala, podríamos decir) de pena de muerte o pena de mera eliminación.

Esta posición también es la adoptada por nuestra legislación, que norma la pena de cadena perpetua en el Título III, del Libro Primero, bajo el membrete: “De las penas”; constituyéndola, en su artículo 29, como una modalidad de la pena privativa de libertad.

El hecho de que se repute la cadena perpetua como pena privativa de libertad no es algo característico de la doctrina solamente, sino que es colegido debido a la regulación penal que algunos ordenamientos jurídicos han estructurado: ejemplos de ello son la legislación italiana, francesa, chilena, argentina, etc. En otro sistema jurídico (anglosajón, verbigracia), encontramos a la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica, a la legislación hindú, etc.

La pena de cadena perpetua, debemos apuntalar, aun cuando es correcto que priva al ciudadano de un derecho fundamental como es la libertad, no solo puede acotarse su espectro de análisis en dicho derecho: en realidad, afecta paralelamente otros derechos del condenado, siendo que la vida misma (capacidad de desarrollo o posibilidades de participación social) y su naturaleza de ser social se ven mermadas en un alto grado, negándosele la posibilidad de resocializarse de forma perpetua.

Peña Cabrera sostiene, por su lado, que las teorías de la pena – ya estudiadas previamente *supra* – resultan sumamente trascendentales para entender la fundamentación primigenia de aquellos que redarguyen la cadena perpetua como fórmula de punición; de ese modo, también, solo en

la teoría punitiva podemos alcanzar los fundamentos filosóficos que entroncan la justificación material para implantar la pena de presidio perpetuo. Nos referiremos, en primer lugar, a las teorías retribucionistas, que dan razón a su pragmatismo en la necesidad de que la pena tenga como basamento para la convivencia y el mantenimiento social, así como la consolidación y defensa de determinados valores absolutos-universales: la justicia. La “Ley del Tali3n” fue recogida y reincorporada a la discusi3n sobre la respuesta punitiva estatal para justificar una respuesta del mismo nivel (no necesariamente valorativo, sino fáctico) de lesi3n generado por el delito.

Reluctan, por tanto, las mismas cr3ticas sobre la cadena perpetua que aquellas que se manifiestan sobre las teor3as absolutas (o retributivas) de la pena, que justifican – a la vez – las imposiciones de sanciones inhumanas y desproporcionadas. En las teor3as retributivas de antes, exist3a la misi3n de utilizar la pena para afirmar el Derecho y, en consecuencia, estabilizar el sistema social (por ello se consignaba la triada ley-delito-pena como tesis-ant3tesis-s3ntesis) (concepto hegeliano) o, bajo la premisa de la filosof3a kantiana antes vista, imponer el castigo que lleve a consolidar la justicia como valor absoluto, incluso si se disuelve la sociedad. De ese modo, se proponen teor3as que suponen una utilizaci3n del hombre para finalidades m3s all3 del propio ontologismo; esto es, a su dignidad. Por eso, este penalista peruano concluye que la cadena perpetua 3nicamente tiene asidero y entidad bajo la 3gida de las teor3as retribucionistas (2007, p. 904).

Por su parte, Castillo Alva entiende que la pena de cadena perpetua es una ejecución de muerte que se distiende en el tiempo de forma tortuosa con la estancia en prisión, hasta que culmina cuando el condenado periclita. (1990, p. 82)

Ferrajoli, por su parte, arguye que no se puede considerar a la pena permanente o cadena perpetua como una privativa de libertad, sino que es una pena capital. Las consideraciones sobre las que parte este jurista italiano radican, primeramente, en que se trata de una suspensión de la vida y no solamente del derecho a la libertad; es previsible hablar, así de una fulminación de toda esperanza de reincorporarse a su mundo de posibilidades. En segundo lugar, se trata de una pena erradicadora, pero solo de forma valorativa, mas no fenomenológica. Este sentido posee una carga social altísima, ya que, en palabras de Ferrajoli, se excluye a la persona del consorcio humano (2001, p. 298).

Signa también la utilización de la cadena perpetua la vulneración de múltiples principios rectores del sistema jurídico. Casals Fernández, en comentario de la regulación española sobre la pena permanente revisable, sostiene la afectación de los principios de humanidad – en tanto que la misión fundamental del derecho penal es prevenir el delito y sancionar su comisión, por lo cual la respuesta del Estado en ejercicio del ius puniendi debe corresponderse con una política penitenciaria prosocial con apego a respetar las expectativas de dignidad humana que cada sujeto tiene –, el

principio de proporcionalidad - al considerar que la justificación aplicativa de la pena de prevenir delitos mediante disuasión, aun cuando pueda considerarse un fin adecuado, no respeta los cánones de estricta necesidad, toda vez que otras medidas con menor sacrificio de los derechos fundamentales pueden ser aplicadas para obtener el fin idóneo – y el principio de reeducación y reinserción social – si una de las principales obligaciones del Estado social y democrático de derecho es la posibilidad de participación de los ciudadanos en la vida social (hecho que se procura resguardar mediante la sanción penal), no tiene sentido que luego tal consecuencia sea desocializadora; al contrario, su posición en el marco de ejecución penal debe ser la de apertura y comprensión de que los prisionizados son personas y, por ello, han de existir formas de comunicación con el exterior . (2019, pp. 144, 152 y 153)

Aun cuando nuestro ordenamiento jurídico es estricto en declarar que la cadena perpetua es un tipo de pena privativa de libertad, su drasticidad no puede ser dejada de lado, así como también su posible visaje eliminatorio. Todo lo anterior se entronca como datos suficientes para que se le pueda considerar inhumana. Expresa su conformidad con este parecer Peña Cabrera, quien sostiene que es una pena capital de forma precisa; así, le otorga una naturaleza extrema, al alegar que la cadena perpetua es eliminatoria por ser contradictoria con la idea de persona como "fin supremo de la sociedad y del Estado" (en términos exactos de la Constitución Política del Perú) y, por ensalmo, de la dignidad y valor propios de la persona, que forman la columna vertebral del Estado de derecho. Una

postura divergente implicaría, entonces, una postura terrorista o absolutista de la función de la pena, y un absoluto desligamiento de un derecho penal mínimo y garantista. (1999, p. 609 y 610.)

Así, el carácter de la pena permanente o de cadena perpetua es singular o peculiar, ya que por definición no puede encajar en algún otro tipo de pena y, además, debe ser cumplida en un centro penitenciario o de reclusión. Se puede creer que, quizá, la cualidad de “inhumana” o “drástica” es también afín a ella, del mismo modo que su razón sea la de “inocuitar” (por una suerte de “eliminación” no inmediata) al individuo. Zahorí parece, entonces, el equiparamiento a la pena de muerte. Implica de ese modo una muerte psicológica (no solo para el condenado, sino también para su familia y la sociedad), una muerte psíquica personalísima en el tiempo y una muerte civil al serles anuladas todas las características de “ciudadano”.

2.1.5 Inserción en el sistema nacional

A nivel nacional, sin embargo, no se encuentran precedentes legislativos del tipo de “pena” que es la de prisión permanente o de cadena perpetua; no obstante, en el Código Penal de 1924 se creó un tipo que consideraba una pena similar, cuyo nomen juris era el de “pena de internamiento”, que poseyó la nominación de “indeterminada” con un tope mínimo de veinticinco años, pero sin un máximo expresamente tipificado, quedando a decisión arbitraria del juez una duración fuera de un rango proporcional. Nótese, pues, que los factores incidentales de esta “dosimetría” anómala eran, entre

otros, factores personales del sujeto activo como su peligrosidad o habitualidad. Nos queda claro, sobre ello, que dicha regulación era una manifiesta vulneración a la “garantía penal”, correspondiente al principio de legalidad, donde se establece que no se puede imponer penas que no se encuentren taxativamente determinadas en la ley (Pablos, 2005, p. 514)

Mientras el Código Penal de 1863 tenía plena vigencia, existía una duración máxima para la pena privativa de libertad, la cual era de 15 años, en su grado máximo, en virtud de los artículos 23 y 32 de la normativa indicada.

El 5 de abril de 1992, mediante múltiples reformas legislativas, el proclamado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional” da comienzo a una estrategia de corte antisubversiva, cuyo principal norte era la de “contener” las diversas revueltas que se habían desencadenado, a propósito de la realidad política crítica que el Perú atravesaba por entonces. Estas medidas terminaron encallando flagrantemente con los principios básicos de todo el sistema penal, recogidos en el Título Penal del Decreto Legislativo N.º 635, más conocido como el Código Penal peruano de 1991.

En tiempos hodiernos, la cadena perpetua ha sido controvertida y puesta en el ojo del huracán crítico por su legitimidad dudosa o, de plano, por su absoluta ausencia de legitimidad. Sin embargo, no es tampoco equívoco que este tipo de “pena” ha servido como baza idónea para los actuales legisladores, quienes, bajo la premisa de un actuar decidido y confrontacional con la delincuencia, han puesto de moda la adopción de la

“cadena perpetua” para múltiples delitos que revisten, mayoritariamente, convulsión social o enardecimiento ciudadano. Asimismo, el máximo punitivismo de estos tiempos y la política de expansión del *ius puniendi* acentúan a pasos agigantados una función simbólica de la pena, que busca simples proyectos miméticos y de hechura con el poder, más que un análisis sesudo e integral de la gravedad del hecho y el desvalor que, jurídicamente, obliga al derecho penal a actuar sobre determinadas conductas. Así, el Tribunal Constitucional en pronunciamientos varios (como la sentencia recaída en el EXP. N.º 010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003 y en la Sentencia N.º 0965-2004-HC/TC, del 14 de enero del 2005) ha indicado que el principio de dignidad humana, inmanente al ser humano, se halla ínsito en las obligaciones estatales de “rehabilitación”, “reeducación” y “reincorporación”, a cargo del régimen penitenciario, punto que tiene fundamento formal en la Constitución Política del Perú de 1993.

De acuerdo con este “principio de dignidad” queda proscrito que cualquier ser humano pueda ser tratado como cosa o como un instrumento, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, deben considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

En el ámbito de la ejecución penal, este principio analizado considera una obligación del Estado de plantear o estructurar las medidas necesarias e idóneas para que el condenado por un injusto culpable pueda reinsertarse

a la vida social, ya que el solo hecho de haber cumplido el lapso determinado que impone el orden jurídico por un hecho delictivo significa haber aceptado una responsabilidad y, en consecuencia, refleja la libertad y autonomía individual. Sin embargo, al entenderse una naturaleza drástica de la cadena perpetua subrepticamente coexiste una cosificación del penado, ya que se le pone como eje de la política criminal estatal, sucediéndose como “imagen” de lo capaz que es el Estado para “inocuizar” a elementos “con muy pocas posibilidades de resocializarse”. En la dentrura de ese planteamiento también subsiste, pues, la función simbólica de la pena que se ha explicado en líneas anteriores.

No se puede negar al recluso, en ninguna situación y bajo ninguna excusa, la posibilidad de rehabilitarse y poder acceder nuevamente a su libertad, ya que ello implicaría no disponer de un móvil interno para el interno de seguir viviendo. Debe buscarse que el sujeto encarcelado posea mecanismos donde se pueda comprobar su real compromiso con actuar conforme al derecho y, en consecuencia, recuperar su libertad. Descartamos, por ende, que la estancia en un centro penal, de forma eviterna, deba ser solamente reclusiva y con fines sociales nulos.

Además, también consideramos que se cancela la naturaleza humana del penado, ya que su transcurso indeterminado en el centro penitenciario anula toda posibilidad de lograr un proyecto de vida más allá de lo cometido con anterioridad (en respeto irrestricto de los valores o ámbitos de libertad general de otros, como preferiría llamar Feijoo Sánchez). Su cosificación y

posterior enajenamiento controvierten de tomo y lomo una sujeción constitucional que limita al Estado: la de retirar la esencia social del ser humano de forma impertérrita. Los Estados cuya constitución sea el eje vertebrador del ordenamiento jurídico no tienen los argumentos para aplicarlos, incluso si el propio individuo mediante su conducta típica, antijurídica y culpable haya intentado derrocar las propias bases.

Ante ello, el Tribunal Constitucional en una sentencia de corte inusual (de “incompatibilidad” de la norma) señala que corresponde al legislador aditar en la legislación oriunda los métodos por los que la cadena perpetua no sea *per se* una plena indefinida o sin fin; así, es menester propugnar su carácter de “revisable”, en analogía de lo aplicado por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, luego de transcurrido un periodo de tiempo. Es de recibo que, por ejemplo, en España esta es una fórmula de aplicación que en los últimos tiempos ha tomado mayor vigencia, al punto que ya es una sentencia pasible de revisión.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional conforma nuestro derecho interno, habida cuenta de ratificarse mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE. Este estipula la posibilidad de una reducción de pena, la que puede signarse solo después de que el recluso cumpla los dos tercios de la pena o veinticinco años de presidio en el plazo de la cadena perpetua.

El artículo del Decreto Legislativo mencionado integra un Capítulo V, bajo la denominación “Revisión de la Pena de Cadena Perpetua”, en el Título II

“Régimen Penitenciario” del Código de Ejecución Penal, dictaminando los pasos procedimentales normativos del modo en que se indica a continuación:

“Revisión de la pena de cadena perpetua

Artículo 59-A.- Procedimiento.

1. La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, ordenando al Consejo Técnico Penitenciario que en el plazo de quince días organice el expediente que contendrá los documentos consignados en el artículo 54 de este código. También dispondrá que en igual plazo se practiquen al condenado exámenes físicos, mental y otros que considere pertinentes.

2.- Cumplido lo dispuesto en el inciso anterior, se correrá traslado de todas las actuaciones al interno, al Ministerio Público y a la parte civil, a fin de que en el plazo de diez días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes.

3.- En audiencia privada que se iniciará dentro de los diez días siguientes de cumplido el plazo al que se refiere el inciso anterior, se actuarán las pruebas ofrecidas y las que el órgano jurisdiccional hubiera dispuesto, se examinará al interno y las partes podrán formular sus alegatos orales. La resolución de revisión se dictará al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes.

4.- El órgano jurisdiccional resolverá mantener la condena o declararla cumplida, ordenando la excarcelación. Para estos efectos se tendrá en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario.

5.- Contra la decisión del órgano jurisdiccional procede, dentro de los tres días recurso impugnatorio ante el superior. El expediente se elevará de inmediato y se correrá vista fiscal dentro de veinticuatro horas de recibido. El dictamen se emitirá dentro de diez días y la resolución que absuelve el grado se dictará en igual plazo.

6.- Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento”.

2.2 Análisis de la cadena perpetua a través de la historia

2.2.1 La pena a través de la historia de la humanidad

En el decurso histórico de la vida social humana, la pena ha tenido diversas formas de expresión, correlacionándose con la etapa de desarrollo de los Estados y proto-Estados. En la era primitiva, las formas de punir se vinculaban a las ideas mágico-religiosas, donde únicamente las

expresiones de venganza y temores desconocidos fundamentaban el castigo (Villa, 1998, p. 53.).

El tabú (derivada del término polinésico “tabu”; de *ta*, que significa distinguir, señalar, marcar, y *pu*, que denota excesivamente, exactamente, totalmente) (Denegri, 2011, p. 74), implica todo aquello prohibido, apartado, restringido, interdicto o proscrito; pero, además, también puede significar “sagrado”, ya que en la tradición polinesia las marcas realizadas a las cosas en general para protegerlas de los males (en ese sentido, la expresión “tabú” puede implicar elementos antitéticos entre sí). Así, podemos decir que eran limitaciones insertadas en el magín de los pueblos primitivos, ignorando sus motivaciones (por algo eran prohibiciones inmotivadas) y sin tomar en consideración siquiera su intento de comprensión. En consecuencia, eran planteadas como cosas naturales y que cuyo quebrantamiento implicaría el mayor castigo (Freud, 1968, pp. 511-512). La sanción no solamente alcanzaba al autor del hecho quebrantador, sino también a toda su familia; por ende, no se respetaba ni por asomo el principio de responsabilidad por el hecho propio.

La venganza privada era moneda de cambio en dicha etapa veterotestamentaria de la historia. El hombre consideraba que su hábitat debía ser impoluto de otra presencia, por lo que el castigo siempre se medía con el baremo de lo drástico. Bar, Kohlet y Tissot señalan, en efecto, que la pena era pura venganza privada, con extensión hasta la familia del ofensor. (Cit. en Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 964)

Así, la vida perdía su sentido individualizado y autónomo. Solo se le asignaba el valor accesorio de una construcción social intrincada de cultura primigenia, con altas cargas de mitos y superstición, que no se basaban en contextos racionales. La pena de muerte, ergo, tenía un carácter trascendente, ontológico, mágico-religioso.

El carácter consecuencialista (o retributivo) de la pena de muerte se obtiene cuando los pueblos logran establecerse en un lugar específico y comienzan el periodo de agricultura y horticultura (sedentarismo). La venganza entre privados se encamina sobre la idea *stricto sensu* de que la pena por el hecho debe ser equivalente al daño que ocasiona el delincuente al ofendido. Así, la premisa babilónica o mosaica “ojo por ojo, diente por diente”, más conocida históricamente como la “Ley del Talión”, se configura como la primera norma limitante de la autodestructividad de los hombres (la venganza privada). Con la instauración del gobierno patriarcal (*circa* 3500 a. C.) surgen las primeras referencias al *ius puniendi* estatal (función controladora y coercitiva) (Cit. en Enciclopedia Jurídica, Tomo XII, p. 978). La transformación a un Estado patriarcal implicaría una pérdida de dominio de la magia y la superchería, ya que todo el poder de lo desconocido se concentró en una sola persona (autoridad) que castigaba en representación de todo un grupo; por ello, la pena como castigo público aparece cuando quien tiene el poder o dominio de un grupo (jefe de tribu, clan o familia) es quien impone la sanción. (Cit. en Enciclopedia Jurídica, Tomo XII, p. 968)

Las penas de orden primitivo eran “bárbaras”, como los sellos con hierros urentes que creaban marcas indelebles en los delincuentes, mutilaciones varias, utilización de animales en canastas cerradas para castigar a los hombres, la horca, el entierro del delincuente aún con vida, entre otras. Así como los castigos podían ser físicos, también rondaban en lo pecuniario y, en otras ocasiones, significaba la expulsión, el destierro, etc.

Se aprecia, por otro lado, que, en la Edad Antigua, por Oriente, el delito se definía como un vituperio proferido a la divinidad, y la pena, la inmolación del delincuente (esto es, la muerte) para saciar el enojo divino.

La excepción que poseía dicho precepto religioso se ubicaba en el Código del rey Hammurabi, quien regentó precedente a la era cristiana el imperio Babilónico. La inobservancia de la moral y las buenas costumbres eran el fundamento material para poder sancionar a los sujetos. Por ende, la pena de muerte era dirigida mediante dos caminos: pena de agua para las mujeres adúltera o el suegro y la nuera que contrajere relaciones de carácter incestuoso; pena de fuego, dirigido a la madre y al hijo por incesto.

En tierras israelíes, el derecho de castigar se fundamentaba en una delegación de la deidad. Así, el delito se entroncaba como una ofensa a Dios, y el perdón se imploraba mediante sacrificios de expiación. La pena posee, en ese sentido, dos fines: expiación e intimidación, y su medida, el Talión. Por su parte, se cree que en China la existencia del “Libro de las Cinco Penas” controlaba hasta qué punto las sanciones eran capaces de

ejecutarse. En el Antiguo Egipto, el delito se atendía como una ofensa ante los dioses, y la necesidad de aplacamiento se veía satisfecha en cuanto quien cometía el delito era sancionado con una pena. En India, además, se atisba un espíritu religioso sumamente marcado, cuya expresión principal se encuentra en el libro de Manú, donde los preceptos determinaban una exigencia de ejecutar las penas justamente; no obstante, las castas significaban un grado de excepción personal por los hechos cometidos. Sin embargo, estas leyes distinguían la negligencia, imprudencia y caso fortuito.

Entre los griegos, las primeras normas atenienses restringían la venganza privada (que podía significarse como un derecho). Así, eran distinguidas las leyes de ofensa a la comunidad en general [como una especie de interés colectivo] de aquellas que solo atentaban contra intereses individualizados, y mientras aquellas se sancionaban con severidad obeliscual, estas se castigaban como delitos de bagatela actuales (es decir, con penas muy suaves o elásticas). También se diferenciaba la venganza privada en un primer plano; en uno segundo, las penas como manifestación de una voluntad trascendente que recoge y configura el Estado, y en un segundo plano, pierde la pena su carácter religioso y se ubica sobre planteamientos de orden civil y moral.

Bajo la experiencia romana, se pueden encontrar vestigios de la Ley del Talión, de la pena sacra y religiosa y de la composición. Así, la primera diferenciación entre penas se hace con las *crimina pública* y los *delicta*

privata, que lesionaban derechos de sujetos individuales y, en ese sentido, en palabras de Cuello Calón, la pena buscaba satisfacer a la víctima del delito mediante la reparación por el daño ocasionado (1980, p. 71). Mientras, para los *crimina pública* se planteaban penas como el *suplicium* (obliteración de los culpables). Por apuntes de Cuello Calón, entendemos que el sistema romano establecía penas de gran firmeza y hasta con características cruentas. La pena de muerte tenía múltiples formas de ejecutarse: desde decapitación con hacha – previa flagelación –, crucifixión – pena de larga datación histórica con su origen en las XII Tablas –, *eulleum* – nombre que proviene del saco de piel de buey en el cual el parricida era enclaustrado con animales varios y echados al mar o al río –, muerte en la hoguera, la *domnatio ad bestias* – luchas contra animales que fungían como espectáculo público – o la precipitación por la roca Tarpeya. Además, se privaba al delincuente del uso de la pierna izquierda, inutilizándole el tendón de Aquiles; condena a trabajos forzados en las minas, trabajos públicos perpetuos que retiraban el derecho de ser ciudadano y la deportación perpetua a un lugar específico. Tampoco eran atípicos los castigos físicos, por lo cual el glosario de castigos era frutífero (Cuello, 1980, pp. 72-73).

Por otro lado, Cuello Calón informa que, en la Edad Media, la destrucción del Imperio Romano de Occidente (año 476) marcó la última nota del Mundo Antiguo para el paso al Nuevo Mundo. Para esta época, ya el derecho no se podía considerar como un elemento unitario, sino que eran comunes las familias jurídicas primigenias en el ámbito penal: así, el

derecho penal romano, germánico y canónico fueron las bases para todas las demás legislaciones europeas en la Edad Media (1980, p. 76).

No es ignoto que, en dicho estadio histórico, según noticia Zaffaroni, el derecho penal germánico al aplicar las penas determinaba como una de las formas posibles de sancionar al infractor la venganza de sangre (*blutrache*). Esta medida se disponía ante la vulneración de intereses privados, y su procedimiento incluía la toma de justicia por parte del ofendido y su familia contra el ofensor y su propia progenie. (1986, p. 151). La “pérdida de paz” (*friedlosigkeit*) también constituía una forma de sanción. Comenta, *inter alia*, Cuello Calón, que todos los delitos que figuraban la ofensa a toda la comunidad creaban un estado de desequilibrio en el estado de paz, por lo que se adoptaba su exclusión de la comunidad jurídica, perdía todas las protecciones que el derecho penal ofrece y se le reputaba como enemigo del pueblo. (1980, p. 72).

El derecho penal canónico, por su parte, estimaba el cristianismo como base de todo el armazón punitivo; en ese sentido, sus mayores etapas de apogeo las alcanzó en las figuras del Papa Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III. La ejecución de las penas ya no se realizaba en espacios abiertos o de forma absolutamente inmediata, sino que se les recluía en celdas llamadas “monásticas”. A partir de allí recibe el nombre de “penitenciaria”. (Zaffaroni 1986, p. 151). Determinados factores como la humanidad, en el Derecho Canónico, sirvieron de recibo para empezar a moldear los primeros visos de sanciones menos protervas. Así, en esta

etapa hubo un férreo combate contra la atrocidad, la venganza privada, y una toma de postura clave, ya que se establecía que el deber de persecución del delito recaía sobre el príncipe y el magistrado, estatuyendo de ese modo la característica procesal de persecutoriedad pública (ya no privada) del delito.

Como se puede notar, esto implicó una verticalización del poder punitivo, ya que, en términos de Zaffaroni, esta forma solo aparece ante la transformación de la sociedad en ejércitos con jerarquías previamente establecidas. Por eso tiene mucha razón el jurista argentino al declarar que una de las sociedades más verticalizadas fue Roma, por cuanto disponía de una estructura colonizante (esto es, jerarquizada) para poder desarrollar fructíferamente sus pretensiones conquistadoras (Zaffaroni, 2012, p. 31). Surgen en este periodo, también, términos como *paz de Dios* y *asilo religioso*; quizá, primeras formas de exención de responsabilidad penal vía mecanismos extrapenales. El derecho canónico, entonces, perpetúa la justicia en forma de búsqueda pública y proscribe la venganza privada. La legislación formada en estos tiempos dividió los delitos en: *delicta ecclesiastica* – contra la fe católica, cuya competencia estaba prescrita para los tribunales de orden eclesiástico –, *delicta secularia*, cuya sanción únicamente competía a la sociedad civil y su imposición corresponde al fuero secular, y *delicta mixta sive mixti fori*, que conjuntan la ofensa a ambas formas previamente estudiadas.

En el decurso del derecho de la Edad Moderna (*circa* s. XII a XVII) se propicia un desarrollo normativo con base en el *corpus juris* justiniano explicado por los glosadores y posglosadores, cuya misión consistía en uniformizar y concordar los textos románicos con las normas vigentes en Italia o tribus alemanas (langobardos). (Missiego, 2013, p. 350)

El rey Alfonso X, en España, también recabó las nuevas actualizaciones en materia jurídica de esos tiempos y lo positivizó mediante las Siete Partidas, con las que establece el carácter público del *ius puniendi*. En Alemania, mientras, se proclamaba la Ley Carolina, a través de la que se logra una positivización de la actividad punitiva, dando pleno bruñido al Derecho penal.

Durante la época del absolutismo monárquico, el poder punitivo del Estado residía únicamente en el soberano, en virtud de una delegación de poder fundamentalista o divino (la voz del rey es la voz de Dios). Este poder absoluto se particularizaba por lo vitando de sus castigos; entre ellos, la pena de muerte, penas aflictivas, penas estipendarias, destierro permanente, penas corporales o trabajos forzados en casas especializadas para ello, donde se los tenía recluidos por tiempo determinado o sempiternamente. Así, nacen las primeras formas de rechazo a este tipo de excesos, sobre todo, de filósofos y humanistas que veían en el hombre algo más que un simple animal: veían una identidad, cuya protección de su dignidad era lo realmente importante.

La Ilustración, en su mayor parte, y también por sus vastos conocimientos en ciencias sociales y políticas, defendieron la idea de desterrar el absolutismo monárquico; así, Montesquieu, Rousseau, Howard, Beccaria, entre otros. Amén de ellos, también podemos considerar al filósofo de la pre-Ilustración, Baruch Spinoza, quien ya advertía unos años antes que la potestad del gobierno y del derecho no puede únicamente consistir en el miedo ni en un incontestable servir a las obligaciones configuradas en mandatos. Así, este autor ya defendía una clara separación de la monarquía y la proscripción del poder de uno con las siguientes expresiones que, *ad litteram*, señala, comentando el ejemplo de Moisés y el pueblo de Israel:

“En efecto, todas las cosas no dependían ni de un solo hombre, ni de un consejo, ni únicamente de la voluntad del pueblo, sino que hallándose unas administradas por una tribu, otras por todas, con igual derecho, dedúcese evidentemente que el imperio, después de la muerte de Moisés, no continuó, como ya hemos dicho, siendo monárquico, ni aristocrático, ni popular, sino teocrático [...]”.

(Spinoza, 2011, p. 268)

Citamos ello porque nos parece sumamente relevante advertir cómo este autor jamás habla de un regente como “dominador” del pueblo o del Estado (en términos más actuales), sino siempre como “administrador”. Así, se delega una función por obra de Dios, mas este último seguía siendo el que dominaba la totalidad de los imperios, jamás los hombres (Spinoza, 2011,

pp. 267-268). Ello, con el aporte de los iluministas sobre la humanización de las penas lograron equilibrar la balanza de poder que hasta ese momento concentraba el Estado (recuérdese que, por historia, ante la existencia de los feudos, se crean los reinados, que buscaban “homogeneizar” el poder en un solo agente, para evitar disidencias y formar una conciencia colectiva de pertenencia a un grupo global y organizado). Beccaria, a este respecto, señaló que la crueldad de las penas no puede determinar su mayor efectividad (hecho que Spinoza también establece en su *Tratado teológico-político*, al explicar que no se puede gobernar a los hombres con el miedo, indicado *supra*); así, exhorta a la moderación y mayor efectividad en la aplicación de sanciones que una crueldad en la pena, pero una incertidumbre en su ejecución. Por ende, es factible una comunión entre la utilidad y la justicia (1980, p. 33).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como principal logro de la era contemporánea en la Revolución Francesa, trajo una nueva configuración de los principios de carácter humanista que terminaron por nimbar todo el ámbito de desarrollo del derecho. Esta nueva visión del derecho penal, de carácter más humanista y social, viene, qué duda cabe, del famoso tratado de Beccaria titulado *De los delitos y las penas*. Desde ese momento empiezan a codificarse normas con ese tinte, como la de 1810, “Código Napoleónico” que tuvo alta repercusión en otros países europeos y cuya lectura creó la famosa escuela exegética francesa.

Desde el siglo XVIII, posterior a la Revolución francesa, se plantea una humanización de las penas y las doctrinas de pensamiento jurídico que se trasladan desde el Iluminismo hasta el Funcionalismo, agotado en el siglo XX; todas estas abordan la temática de la pena, diferenciándose por la finalidad que le asigna cada una a esta. Entre ellos, ubicamos a Beccaria, Bentham, Romagnosi y Filangieri.

Beccaria apuntaló en la discusión los argumentos más sólidos, a través del cual señala que la proporcionalidad es un elemento conector entre delitos y penas; todo aquello fuera de ese apunte, no podía ser más que perjudicial e injusto (1980, p. 33). Por su parte, Bentham, defensor y gran exponente del utilitarismo, le otorga a la pena una finalidad de prevención general, más allá de la simple carga retributiva, comulgando con Filangieri y Romagnosi.

De acuerdo con la teoría racionalista, la pena funge como mal y medio de tutela jurídica. George Hegel, citado por Jiménez de Asúa, atendía a que la pena solamente tenía el fin de reacción contra el delito, mas no por la generación de un daño físico, sino por el quebrantamiento del derecho en cuanto sí mismo, siendo así la pena una síntesis entre la tesis (ordenamiento jurídico) y la antítesis (delito), que busca reafirmar el derecho (1964, pp. 43 y 44). Por su parte, el profesor español Santiago Mir Puig advierte que la teoría hegeliana es jurídica; por ende, valorativa. Así, solo es una reacción (negación de la negación) con única relevancia en el pasado y no como móvil de consolidación de fines utilitarios, ya que la

“voluntad general” del ordenamiento jurídico se ve consolidada ante la “voluntad especial” del delincuente (Mir, 2016, p. 85).

La coincidencia entre la postura kantiana y hegeliana (que, aunque pertenecientes al mismo sentido de la pena, se diferencian por el fundamento que mide la pena impuesta) reside en que ambos conciben la justicia como el factor gravitante por el que la pena se impone. Frister, quien comenta estos pasajes, a la vez señala que la afirmación hegeliana de que el hombre siempre querrá la validez del derecho es problemática, merced de que se presume que todas las normas prohibitivas del ordenamiento penal provienen de fundamentos racionales de validez general, de cuyo sentido personas racionales no podrían tener algún azoro de opinión divergente. Sin embargo, el problema aquí viene porque lo “racional” es un concepto que también puede pertenecer a cada sujeto; véase, si no, la concepción variopinta que se tiene sobre el aborto (Frister, 2020, pp. 58-59).

Por otro lado, la escuela positivista posee, entre sus adalides más egregios, a Cessare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaello Garofalo, Bernardino Alimena y Emmanuel Carnevale. Siendo la mayoría de la doctrina italiana, plantean la pena como un mecanismo de defensa social, siendo además de ello aflictiva y con rasgos preventivo – generales. Recoge Mir Puig que el positivismo se dividió en dos bloques: normativista y naturalista. El primero plantea una reacción casi alérgica a todo concepto de la realidad social; así, solo se acepta el formalismo y, en consecuencia, un nexo lógico formal

entre conceptos jurídicos. Esta escuela se centra, sobre todo, en indagar al interior de las palabras de la ley (*análisis intranormológico*) y, a la vez, brindar una facilidad increíble a los jueces de poder vincular los hechos acaecidos en el mundo social a la norma, realizando simples esquemas deductivos de la forma “Para la conducta A se sanciona con la pena B; en consecuencia, siendo A lo presentado en la realidad, se aplica la pena B”.

Por otro lado, la escuela causalista, defendida por los meritorios profesores de derecho penal Ernest von Beling, Franz von Liszt y Gustav Radbruch, consideran que la pena debe poseer un carácter mixto: preventivo-especial y preventivo-general, siendo en cierto sentido predominante el primero de ellos, pero con los respectivos matices que a esta conciernen. Para Karl Binding, famoso entre los teóricos del derecho por su teoría de las normas, señalaba que esta no proviene de ningún concepto social ni norma de cultura (como en su momento profesaba M.E. Mayer), sino que representa el derecho público en su más puro estado. Bajo esa premisa, rechazaba la política criminal y le asignaba a la pena un simple valor retributivo; sin embargo, no pretendía un apego *in extremis* absoluto con la norma, ya que él, mediante su frase “La ley piensa y quiere lo que de ella deduce el racional espíritu popular que la interpreta” (Mir, 2003, pp. 190-193), se puede entender que consideraba que una norma estaba por encima de los elementos sociales brutos (o sea, de los hechos brutos), pero que esta jamás podía sentirse por encima de quien la valorara y la comprendiese. Creemos, pues, que esto se da debido a que, más allá de que la norma posea entidad y autonomía propias, se sujeta a los usos del lenguaje y, por

ende, a la semántica de cada uno de los términos que reposan sobre ella y que le dan existencia más allá de la abstracción.

El finalismo, con su representante más ínculto, Hans Welzel, señala que las estructuras lógico-formales son preexistentes a la propia formulación de los valores, por lo que el hombre puede entender dichas estructuras ya que estas tienen la característica de poder ser analizadas; sin embargo, poseen dicha cualidad en tanto que las valoraciones humanas existen y, por razón del hombre, no pueden ser modificadas. Así, en palabras de Welzel, la estructura de la acción humana es un presupuesto de posibilidad valorativa (como el dolo, ilícito, culpa, entre otros) (Welzel, 2005, p. 330)

En la época posfinalista político-criminal, destacan las égidas del profesor alemán Claus Roxin, Winfried Hassemer, Marc Ancel, Enrique Gimbernat, entre otros. Este último propone, entre otras cosas, un criterio de necesidad de pena, colocando como base integral la premisa siguiente: la falta de culpabilidad determina falta de necesidad de pena (1981, p. 78). Explica Felipe Villavicencio que esta teoría parte de señalar que toda la estructura del derecho penal está construida desde un punto de vista teleológico, o sea, planteando finalidades valorativas. Dichas finalidades solo pueden ser de origen político-criminal, es decir, en la persecución del delito; sin embargo, la culpabilidad y la sistemática de la teoría del delito, adjunto con los principios rectores, limitan dicha teleología interna (Villavicencio, 2019, pp. 249-250).

Con la próxima culminación del siglo XX, las tendencias radicales acentuaron su propuesta, en virtud de una crisis manifiesta de la metodología funcionalista político-criminal y también de algunos de sus conceptos fundamentales. De ello, la doctrina posfinalista se dividió en la teoría moderada (del profesor Claus Roxin, quien defendía la necesidad de olvidarse de un dualismo incompatible entre dogmática y política criminal, de donde era menester el surgimiento de una sistematización abierta de los componentes del delito) y la teoría radical.

Esta última línea dogmática fue instaurada por el profeso alemán de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, quien plantea desligarse de una concepción individual o microsocial del derecho penal y, más bien, crea un engarce entre la sociedad y la dogmática jurídico-penal. Así, maneja todos los conceptos bajo criterios normativos que permitan salvaguardar el sistema social. Su teoría de la “Prevención general estabilizadora” y la necesidad de vigencia normativa ha calado en los últimos tiempos y ha servido como base para otros autores. (Jakobs, 1995, p. 269).

Profesores como Silva Sánchez, García Caveró, Caro John, Cancio Meliá y Feijoo Sánchez han tomado de recibo sus posturas y, a partir de ellas, han concretado sus propios sistemas del delito que, dígame o no por la circunstancia, han abierto la discusión sobre múltiples instituciones jurídicas que se creían ya superadas. Este último de los autores mencionados, por ejemplo, con su teoría de la estabilización normativa como función del derecho penal y la exigencia del Estado de responder (en

tiempo actual) a una determinada infracción de un deber que supera los límites de la libertad generalizada que se entrega a cada individuo con el fin de evitar la anomia (falta de respuesta ante un fenómeno comunicativo como es el delito), ha dado paso a fundamentar delitos de nuevo cuño como son los delitos económicos y empresariales (Feijoo, 2021, p. 25-29).

Podemos apreciar, en un resumen integral de todo el decurso histórico de la pena, cómo esta ha ido variando su fundamento, su finalidad y aplicación, siendo esta influenciada por los cambios en el modo de entender el derecho penal. Principalmente, es resaltable el proceso de humanización de las penas (de las sanciones mágico-religiosas hasta la institucionalización del castigo), que tuvo su permanente codificación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos – tiempo después, en 1948 –, la aparición de la pena privativa de libertad para erradicar por siempre a las penas corporales y vilipendiantes para la dignidad, así como la progresiva erradicación de la pena de muerte de varios países.

No obstante, y teniendo en cuenta el largo derrotero antes expuesto y el proceso de socialización y globalización cada vez más acentuado en nuestro mundo, aún subsisten penas de corte retrógrado como la cadena perpetua. Somos acérrimos partidarios de que la verdadera forma de interpretar la realidad carcelaria es descartar la cadena perpetua como mecanismo para hacer “pagar” al condenado por el hecho que generó y, al contrario, deben promoverse sistemas de compensación de la víctima y

rehabilitación, con el fin de que se evite sancionar por sancionar y, a la vez, se fomente un respeto del derecho que genere confianza en los ciudadanos y seguridad jurídica.

2.2.2 La pena privativa de libertad y su relevancia histórica

Michael Foucault, a través de su siempre sesudo análisis, establece que el derrotero histórico de la pena privativa de libertad responde y consiste en un aumento y alquitaramiento del control penal, que ataca no solo al cuerpo, sino también al espíritu. (Mir, 2004, p. 679).

La pena privativa de libertad no tuvo su consolidación sino hasta el siglo XVI, en que se siembran los primeros indicios de su construcción, hasta el siglo XVIII, donde aparece como una institución con regencia y mayor peso teórico. Así, su sentido actual ya consiste en el internamiento del sujeto en un centro penitenciario, abandonando de ese modo todos los tipos de pena hasta ese momento configurados.

La historia de la humanidad siempre le designó a la prisión funciones cualitativamente distintas; una de ellas – y que hasta ahora se conserva como medida de coerción personal –, que consistía en servir de custodia a quienes esperaban su juzgamiento (prisión preventiva) o quienes iban a someterse a un tormento físico (Mir, 2004, p. 675). Próximo al siglo XVIII, las cárceles a nivel global no eran consideradas como una pena en estricto, sino un centro de custodia, que servía de retención física para la posterior

aplicación de la pena respectiva – que podía también ser la pena de muerte –. De ese modo, destacaba más su peculiaridad fin de “conservar” al delincuente mientras se implementaban las medidas para ejecutar la pena concreta. Carlos García Valdés esboza sus consideraciones, indicando que el origen del derecho penitenciario implica retroceder a sus pasos prístinos de creación, cuando el presidio no implicaba una sanción, sino simplemente encarcelamiento o instrumento de retención para aguardar la pena impuesta, hecho que – en opinión del mentado autor – no se ha desvanecido realmente y sigue siendo su esencia. Por ello, debemos remontarnos, según el autor, a los inicios del sistema vigente en locales y calabozos ancestrales, en condiciones deplorables y sin medidas propias para un humano, siendo esta quizá la época de menor intención de mejora, ya que la estancia de quienes permanecían allí era malquista. (García, 2016, p. 455).

Vislumbra, sin embargo, la Enciclopedia Jurídica Omeba un origen más remoto de la pena privativa de libertad, documentándose antecedentes hasta en la Edad Antigua y particulares formas de entenderla en culturas antediluvianas. Autores como Thot señalan que pudieron haber existido en este tiempo penas privativas de libertad que debían cumplirse en centros denominados “cárceles”. En la antigüedad se conceptuaba las cárceles de deudores, que se destinaba para aquellos sujetos que no cumplían con sus pagos u obligaciones. A través de dicha medida se procuraba el desembolso efectivo del pago de impuestos (p. 673).

La cárcel en el Imperio romano (o *carcer*) servía como albergue y centro de custodia de todos los delincuentes que eran condenados al suplicio. El Derecho Romano tuvo en cuenta la existencia de las cárceles *ergastulum* como penas *per se*, y que consistían en la reclusión o carcelación de los esclavos en una habitación cerrada que existía en casa de sus dueños. En las antiguas escrituras del Digesto, Ulpiano estableció que las cárceles no tenían como propósito el castigo de los hombres, sino su guardia y tutela.

Entre los chinos, en el año del 240 a.C. se estipuló en el Código Penal de China un reglamento carcelario. Asimismo, la historia advierte que durante el reinado del emperador Hiao Ven Ti se aplicaban los trabajos forzados y trabajos públicos para aquellos sujetos condenados por lesiones (Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 676). Asimismo, en el siglo VI imperaba el trabajo rudo en estas cárceles; mientras, en el siglo VII, eran menester las penas de cárcel con azotes o sin ellas. Ya para el siglo XIV se estatuye la pena de cárcel con grilletes que inutilizaban los pies y las manos. Esta, quizá, es la imagen más estereotipada de los presos de la que se tiene datación exacta.

El Imperio Babilónico también preciaba de tener cárceles; sin embargo, la denominaron “Lago de Leones”. Mientras tanto, en la India se llamaba cárceles a todos los lugares donde se ejecutaban penas corporales, donde aguardaban los presos la pena de muerte o la etapa de tormentos a la que serían cruentamente sometidos. En Grecia, por otro lado, la cárcel fungía como instrumento para evitar que los procesados escaparan de justicia.

Sin embargo, las famosas Leyes del Ática daban a la cárcel un sentido disímil del, en ese momento, estipulado: los ladrones, amén de la indemnización abonada por el delito (una especie de reparación civil primitiva), debían cumplir cinco días y cinco noches de presidio encadenados. También se advertía la cárcel para aquellos sujetos que no pagaran impuestos; esto es, para los deudores o morosos del Estado. En Arabia, las cárceles servían como mecanismo para fortificar la moral social imperante; verbigracia, ante la comisión de adulterios por las mujeres, ante los autores que cometiesen delitos con implicancia de agravios religiosos (sacrilegio, excomunión, etc.). Se castigaba en el periodo de gobierno del Califa Omar la falta de pago de impuestos con la pena de presidio o cárcel. Mientras, en Egipto, las penas se dividieron en dos: trabajo público y trabajo en minas. Dentro del Imperio Persona, en épocas del Rey Nuchirban, se utilizaba las prisiones con mayor frecuencia. Así, la gravedad del delito cometido se medía en virtud de la cantidad de cadenas colocadas al ladrón reincidente o al delincuente habitual, con las cuales se le trasladaba a los centros penitenciarios. (Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 676).

La historia nos continúa relatando su acontecer y permite hallar otra muestra de la posible concurrencia de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Disciplinario eclesiástico, que era de estricta observancia para los frailes infractores o que hubieran cometido delito. La forma de sanción consistía en un internamiento en celdas solitarias, donde pasaba el tiempo que se le asignase. En la Edad Media, la cárcel no fungía como

mecanismo material para cumplir una pena, sino para custodiar *stricto sensu* a los delincuentes hasta la imposición de la pena correspondiente, que podía variar entre azotes, mutilación, muerte, entre otras formas deleznales. En esta misma etapa, podríamos afirmar que no existieron cárceles – o al menos no como las conocemos en la actualidad –. En expresión de Cuello Calón, estos establecimientos no estaban acondicionados para albergar delincuentes. Parificando dicha afirmación, podemos colocar a la Torre de Londres, la Bastilla de París, el Castillo de Spielberg de Austria, el Asilo de Alienados en Bicetre y otros, como en Francia, el Gran Chilatelett.

La adopción de la pena privativa de libertad tiene un carácter relegado en el tiempo, ya que, como sostiene Santiago Mir Puig, se tuvo que esperar que la pena brindase una utilidad pecuniaria para que su recorrido histórico pudiese agilizarse. Esto, se entiende, debido a la inversión siempre amplia de implementación de medidas correctivas o impositivas; así, con la creación de las “Casas de Corrección”, en las postrimerías del siglo XVI, se reinicia el devenir de esta institución. La primera de ellas se remonta al año 1555, en Londres, cuyo nombre era “Bredewell”, y que se extiende por territorio europeo (con mayor impacto en Países Bajos) entre los siglos XVII y XVIII. Suele considerársele, según el autor citado, los vestigios modernos de la pena privativa de libertad; así, se recluía al principio a los delincuentes menores, junto a pobres e indigentes, hijos pródigos, etc., con el fin de conminarlos a realizar actividades productivas. Por ende, se

podrían considerarse centros de reclusión y de labores, que generaban un estipendio al Estado y regulación del trabajo. (Mir, 2004, p. 677).

La pena de prisión, relega su aparición a una época más cercana a nuestro tiempo de lo que se cree. De ese sentir es el profesor Bustos Ramírez, quien incide en su surgimiento con la creación del nuevo Estado posterior a la Revolución francesa. Hiende su aplicación sobre la base de una idea utilitarista, humana y resocializadora. La idea humanista consistía en erradicar el contexto de aplicación brutal y deletéreo de tormentos, penas de galería y penas de carácter corporal por unas sanciones con incidencia en desinstrumentalizar al hombre. Con ello, se pretende retirar el aprovechamiento que el Estado cernía sobre el hombre, convirtiéndolo nuevamente en fin y no en medio. Para dichos tiempos se consideraba a los presos como mano de obra pigre, y su proceso resocializador se componía esencialmente de una disciplina para las actividades industriales (semejanza latente entre cárceles y fábricas) que figuraban la crema y nata del novísimo Estado industrial. (Bustos, 1984, p. 438).

Resulta sumamente noticiante lo que expresa George Fletcher sobre el surgimiento de la prisión, ya que él explica la repercusión de su surgimiento: ambigüedad en la sanción y uso medido del poder estatal. El hecho de internar a una persona en una celda con el fin de castigar el delito también proporcionaba la opción de un tratamiento coercitivo (es decir, rehabilitación mediante amenazas) o simplemente excluyendo al individuo para prevenir daños en otras personas. La proclama de estas tres

justificaciones que podían mezclarse o ser independientes entre sí (y que hacían legítima a la prisión) no era suficiente, ya que en ciertos casos era menester aclarar cuál era, en suma, la misión definitiva de la pena. Como vimos que resaltaba Jakobs, algunos fundamentos de cada una de estas justificaciones podían colisionar y gestar una contradicción lógica interna. Fletcher, finalmente, recuerda que es necesario diferenciar los conceptos de pena como actuación legítima del Estado en son de castigo, de otras figuras como la “limpieza” o sacrificio, o de los propios usos socialmente admitidos como el confinamiento, terapia y protección social (2008, p. 307).

Con anterioridad a la Revolución francesa, las penas eran, sin más, inhumanas y tosigantes. Véase dicha premisa confirmada en cuanto no se debatía el estado deplorable e insalubre de las cárceles, que, en conjunto con su halo de desidia, miserabilidad y tratos indignos con que las penas se ejecutaban, propiciaron una corriente de orden renovadora, donde pensadores de todas las ramas (filósofos, antropólogos, sociólogos, juristas, matemáticos, físicos, etc.) llevaron la opinión común de reformar para siempre el modo de ejecutar las penas y anunciar su fundamento para el correcto desarrollo del sistema social. (Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 680).

No es de sobra destacar que los principales reformistas fueron John Howard, Marat, Filangieri y Cesare Bonesana Beccaria; posteriormente, filósofos y enciclopedistas de la talla de Diderot D’Alembert, Montesquieu, Rousseau y Voltaire – entre los franceses – y Sonnenfelds – en Alemania

– (Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 681). Esta época, pues, como denomina Jiménez de Asúa, citado en Enciclopedia Jurídica OMEBA, “la época de las luces”, marcó un antes y un después en la concepción de la pena. Continúa declarando el profesor Jiménez de Asúa, que el derecho penal, al menos, históricamente, se ha bruñido de sangre y adocena en su interior sadismo puro; sin embargo, la naturaleza siempre conflictiva del hombre ha propiciado encauzar los esfuerzos liberales de la humanidad para mejorar el sistema y dignificarlo (p. 680).

Santiago Mir Puig, al respecto, indica que la Ilustración trajo como consecuencia primaria en el sistema penal del Antiguo Régimen una secuencial sustitución de las penas físicas o corpóreas y de muerte por la pena de prisión. Se le consideraba a esta última, pues, como un modo de pena altamente racional y sujeta a las necesidades de un sistema penal humanista y con rasgos de proporcionalidad entre el delito y la pena (esto es, con duraciones variopintas y graduadas según la dañosidad social o gravedad que revestía el delito. (Mir, 2004, p. 678).

Flores Muñoz agrega a estas consideraciones que el origen de la pena privativa de libertad como institución determinada y con cualidades muy pintiparadas a la actual se puede localizar alrededor de los siglos XVI al XVII. No obstante, la idea de “retener” o “recluir” a una persona que ha sido acusado o, de plano, encontrada como culpable de un delito es una práctica de suyo ordinaria; lo que sí ha tenido cambios ha sido la forma en cómo se la concibe. Fentón, en sus famosos trabajos, ha redactado multitud de

información acerca de los conceptos de exposición pública, castigos en mazmorras subterráneas y ocultas, y hasta en las modernas prisiones modelo. En todas ellas, lo que es común es la necesidad social relevante de asegurar a un infractor de las normas de convivencia; sin embargo, la forma de efectuarla no es exactamente la misma. Ellas han de depender de factores de cuño diferente que conducen la realidad de las transformaciones. Desde el siglo XVIII recién se afirma que la pena de prisión es una sanción idónea para expiar infracciones. La pena carcelaria tiene, por ende, tres características peculiares que la revisten: se concibe como pena *per se* a la prisión; su imposición se debe a ciertas garantías de respeto irrestricto, como el que ha de ser pronunciada y dictada por un órgano judicial competente y en observancia conjunta con el principio de legalidad; su intención de humanizar la sanción debe ser estandarte base, de modo que no se convierta en un mecanismo de represión desnuda a los problemas sociales (1994, pp. 21-22).

Sin embargo, además, creemos que debe agregarse una característica adicional: la de ser impersonal. Esto último va a cuenta de que no se trata de una venganza o un castigo de un grupo, sino del ejercicio del deber de un funcionario para aplicar lo que el derecho objetivo establece; en palabras de Fletcher, esto implica que el lenguaje de la condena debe ser impersonal, y no basarse en que el mayor merecimiento del delincuente es justificación válida y suficiente para para la pena o en la “personalización” del Estado sobre la condena de un delito (el Estado no está facultado de azuzar a las masas y crear un sistema de humillación sobre el comitente

del delito. Al realizar ello, pierde, pues, su racionalidad (Fletcher, 2008, pp. 320-321). Profundizando aún más en el surgimiento de la pena de prisión, encontramos que existen dos grandes grupos de opinión: primero, los que esgrimen que la prisión con sus visos modernos tiene lugar de nacimiento en el año 1595, en las casas de corrección de Ámsterdam; segundo, los que asumen con agnosticismo que no se puede demostrar con absoluta certeza el tiempo histórico donde aparece la pena de prisión. Es aún más férreo el debate de quienes encuentran el inicio de la pena privativa de libertad en estatutos medievales italianos o en Inglaterra, antecediendo a Países Bajos, o en los Estados Unidos, en virtud del sistema filosófico de finales del siglo XVIII (Flores, 1994, pp. 21-22).

Después de describirse todas las características principales de las instituciones penitenciarias del Antiguo Régimen, debe indicarse por qué, en una época específica, la utilización de estas fue en declive y creándose algunas de las condiciones o biósfera que haría nacer – y establecerse con vigor – la pena de privación de libertad. Sandoval Huertas aduce, en primer lugar, que la ideología liberal y las teorías contractualistas fueron las que sirvieron como concepto filosófico-político idóneo para reforzar el contenido conceptual del proceso de corrección del comportamiento criminal (1982, p. 68). Dándose cabida a la teoría del contrato social, se puede afirmar que quien infringiera los preceptos de las normas primarias que construyen el Estado habría de estar sobre aviso de que una sanción o castigo iba a recaer como consecuencia lógica. Además, en consecuencia, de que la sociedad se habría creado con base en un consenso de todos sus

componentes (o entrega de una porción de las libertades individuales), esta sociedad era capaz de brindar a sus miembros una friolera de derechos individuales que eran pasibles de resguardarse (propiedad privada, libertad para contratar, etc.). Con ello, el castigo por imponer debía concebir una finalidad dual: corregir al infractor en su propio beneficio y, al mismo tiempo, favorecer a la sociedad con la reinserción del individuo y consolidar los contenidos de confianza de la colectividad misma. Asimismo, habría de ser el nuevo Estado quien fuere el titular de la potestad punitiva (*ius puniendi*) ante los injustos culpables. Así, los fundamentos teóricos del nuevo orden son: corrección de infractores, titularidad exclusiva del Estado para punir y prevención general (Rivera. 1995. p. 39).

Desde un punto de vista de utilitarismo legal, muchos autores sostienen que este tipo de pena se constituye en la más importante, ya que permite extraer al individuo del medio social y aplicar sobre él los métodos y tratamientos necesarios para el cumplimiento de los fines resocializadores de la pena. En tal sentido, los sistemas penales, buscando mayor eficacia, han acudido a la implantación, a veces indiscriminada de esta pena. No obstante, lo dicho, la pena privativa de libertad, contemporáneamente, ha entrado en crisis y perdido legitimidad, dado su evidente e histórico fracaso como instrumento de control social (Hay quienes sostienen que su efecto inmediato, que es la prisión, se ha convertido en el indicador más degradante de las carencias sociales y políticas de nuestro tiempo). Sin embargo, no ha sido posible encontrar hasta la fecha, sustituto efectivo alguno, por lo que su vigencia se ha de mantener inalterable, no obstante

que la tendencia moderna se orienta a aceptar la prisión tan sólo como última ratio y promover decididamente todas las medidas posibles de reduccionismo penal.

Este nivel de orientación legislativa actual se inclina a reconocer actualmente la función criminógena de la prisión. Se considera, entonces, que la pena privativa de libertad conserva su cualidad como respuesta para los delitos que son graves en todos los sentidos sociales posibles. Partiendo de lo anterior, queda de recibo recurrir a medidas sancionatorias variadas para ser aplicados a los delincuentes de menor peligrosidad social o a quienes hayan cometido hechos delictivos de menor ralea gravosa.

2.2.3 La cadena perpetua y sus antecedentes de históricos

Ya en la Edad Antigua se planteaba la noción de “cadena perpetua”. De ese modo se desglosan algunas reflexiones de Platón referente a los presidios. Para este, todo Tribunal debía poseer su cárcel propia, para que los que cometiesen delitos fueren encerrados de por vida. (Enciclopedia Jurídica OMEBA, p. 678).

La cárcel en el Imperio Romano fue supeditada a un uso subsidiario, esto es, a custodiar a los delincuentes que estaban condenados al suplicio; sin embargo, como la fijación del instante en que ha de cumplirse era cosa de la discrecionalidad del magistrado, y no existía plazo de ningún tipo para efectos de limitar su imposición, claro está que de ese modo se podía

obtener que la pena de muerte no se ejecutase, y quedase convertida en una pena de prisión perpetua, por conversión. Asimismo, se lograba arrestar al comitente del delito que hubiese sido reincidente y, por ende, condenado por otros delitos con penas altamente gravosas, cuando fuere latente el temor o riesgo de que intentara fugarse. La aplicación medular que se hace del arresto como pena era solo para los delitos de esclavos.

El *ergastulum* (o trabajo forzoso), tomado de los griegos y que era moneda común en los tiempos más antiguos, se definía como una institución de laya económica y que no tenía el fin de castigar, sino únicamente reforzar la capacidad pecuniaria del Estado; sin embargo, el uso de la reclusión fue empezando a tener amplia aceptación y aplicación por muchos de los grupos humanos hasta esa fecha creados, con carácter disciplinario, sobre todo. Aun excluyendo el uso del trabajo forzoso, no podía prescindirse en alguna de las casas de los más poderosos una cárcel de esclavos o un habitáculo que fungiera con esta labor. Tal hecho, vinculado a que, cuando era necesario castigar a esclavos, la equidad tomaba como exigencia que se dañase lo menos posible al dueño que fuere inocente de los mismos, generó que, a partir de ellos, siempre que fuera menester sancionar el delito por algún esclavo, el magistrado encomendaba al mismo propietario del esclavo la punición de este, entregándole así al delincuente a fin de que fuera recluido de forma temporal o, en todo caso, permanente. Ello se sujetaba, a decir verdad, al hecho de que no fuera más dañoso para el dueño este castigo (de ahí la afirmación anterior de dañar lo menos posible al propietario) (Mommsen, 1991, pp. 591-592).

La prisión fue lugar común, también, en el derecho hebreo, ya que fue utilizada como una sanción o pena, siendo factible una modalidad que podría ser equivalente a la cadena perpetua actual. Por relatos del Marqués de Pastoret, al hombre que era comitente de un delito se le trataba como un sujeto indigno de convivir con todos los demás agentes de la sociedad y se le recluía en un calabozo, cuyas dimensiones eran casi asfixiantes y demoledoramente incómodas; se le mantenía solo con agua y pan, hasta que su enjuto estado físico y debilidad acrecidas anunciaban un perecimiento cercano, pues entonces se le agregaba al alimento un poco de cebada. Angel y Gallardo, 1946, p. 261)

En la Edad Media se propugnaban una privación de la libertad perpetua, la cual se desarrolló con mayor acentuación en Europa, y donde tuvo un papel protagónico la Iglesia católica.

En los reinos de Cataluña y Castilla, en España, cohabitan una retahíla de preceptos de orden señorial, dirigidos a reprimir los delitos de orden feudal y cuando el delito era de altísima gravedad (así cuando el vasallo maltrataba, humillaba o ultrajaba el honor o la integridad del señor, o cuando le quitaba su castillo), solo entonces quedaban la persona y los bienes a decisión discrecional del señor, quien podía disponer de forma absoluta de su vida y fortuna. (Cuello, 1980, p. 132).

En el *Ancien Régime*, la cadena perpetua era valorada por la Iglesia como una pena en sentido estricto; esto es, por sí misma. La pena, podemos

afirmar, partía de un presupuesto ideológico en dicho tiempo: el de rehabilitación o recuperación mediante la condena al pecador, infiriéndole por ello el mecanismo más severo conocido que era el aislamiento perpetuo o eterno, con el fin de expiar sus delitos (Peña, 1999, p. 603).

Transcurriendo el Medievo, toma mayor preponderancia la institución de la cadena perpetua, siendo ahora una alternativa posible a la pena de muerte, gracias a los aportes filosóficos y políticos del Iluminismo.

El gran penalista del siglo XVIII, Cesare Bonesana Beccaria, en su famoso tratado “De los delitos y las penas”, publicado en 1764, tuvo una altísima repercusión en el contexto de las reformas penales practicadas en el siglo XIX y comienzos del XX, pues surgió con ella un espíritu crítico, incisivo y poco conformista con las injusticias inferidas por el Antiguo, al estampar su impronta de humanismo y proporcionalidad como límites de la función sancionadora del Estado. Beccaria propone planteamientos que, aunque para ese tiempo hubieran de ser escandalosos y hasta polémicos, hoy consideramos como pilares inquebrantables de un Estado social y democrático de derecho. Plantea, por ejemplo, que solamente las leyes pueden construir delitos y sancionar con penas, y estas no pueden ser promulgadas sino por quien sea la autoridad competente para ello (el legislador, como representante de la sociedad unida por contrato social. El juez tendrá la labor de imponerlas sobre su letra, y nunca fuera de ella (ello implica no imponer algo que no se halle taxativamente señalado por la ley

y tampoco sobrelimitar los límites establecidos por esta, aun a expensas de invocar el bien público).

Las penas no han de ser atroces o viles, sino adjuntas a una finalidad social; con ello y lo anterior, Beccaria instituye formalmente la concepción moderna del principio de legalidad, que, años después, Feuerbach (en 1801) conseguiría enmarcarlo bajo el apotegma en latín “nullum crimen nulla poena sine lege” (no hay delito, no hay pena, sin ley que la defina) Beccaria creía fervientemente en la conveniencia de prevenir delitos antes que reprimirlos. Así, la prevención era el fin precipuo sobre el cual gestaban las buenas legislaciones. Para realizar ese fin debía consignarse una claridad indubitable en las leyes; no tanto en el concepto semántico (ya que el lenguaje es, de por sí, confuso e incierto para el receptor [y a veces para el mismo emisor]), sino más bien en el campo de lo entendible por la comunidad global o por consensos generales.

Con ello, además, se lograba el temor de los hombres sobre estas. Lo último, decía este autor, aportaba salubridad, como es fatal y feraz en los delitos el miedo entre los hombres. Esparcir el conocimiento, desvelar de los santuarios de las leyes la sombra de la corrupción, brindar obsequios a la virtud y perfeccionar la educación eran otros medios propuestos por Beccaria para prevenir el delito. Por ello, la obra de Beccaria, en una búsqueda impertérrita e inagotable por controlar al sistema penal mediante su enfrentamiento y abierta crítica será la muestra siempre encarecida de todos aquellos quienes se arrojan con fervor a la defensa y resguardo de

los derechos fundamentales del individuo, ya que, siendo agradecidos o no, Beccaria pinceló los planos del principio de legalidad, llevó a cabo una de las más zahoríes bravatas humanistas contra todo mecanismo de tortura y degradación preceptuado para conseguir un testimonio o confesión del proceso, se opuso abiertamente a la pena de muerte, combatió ferozmente la severidad de las penas y, en resumen, enmarcó el sistema penal humanista en toda la reforma penal (Flores, 1994 p. 28-30).

Finalmente, en el siglo XXI, la cadena perpetua consiguió acentuarse, siendo cada vez más recurrente la presencia de esta institución en los ordenamientos jurídicos de varios países del mundo.

2.2.4 La cadena perpetua y sus antecedentes normativos desarrollados en el Perú

La historia de la cadena perpetua en el Perú, contra la observación de muchos, no cuenta con una datación extremadamente larga; en realidad, el principal remontamiento de su implantación la podemos encontrar, incluso no expresamente, en el Código Penal de 1924 – el famoso Código de Maúrtua – que regulaba una pena que, técnicamente, puede ser equivalente a la pena permanente; así, en su artículo 11, expresaba lo siguiente:

La pena de internamiento será absolutamente indeterminada más allá de un mínimo de 25 años. Se cumplirá en una sección de la penitenciaría central, con trabajo obligatorio y aislamiento celular

continuo, durante el primer año. En los años siguientes el trabajo será colectivo entre los condenados a la misma pena.

Como es posible de apreciar, no se hablaba del término “perpetua” ni “eterna”, sino “indeterminada” (una especie de eufemismo igual de infeliz que los términos que lo suceden), y se le supedita a un mínimo de 25 de años, así como vinculándola a los conceptos de aportación económica mediante trabajos “obligatorios” para el Estado.

El Código Penal de 1924 establecía, por otro lado, en su artículo 10, un catálogo cerrado de penas, como se puede advertir: pena de muerte, internamiento, penitenciaría, relegación, prisión, expatriación, inhabilitación y multa. Algunos de estos tipos de pena han quedado en el Decreto Legislativo 635; sin embargo, otros han caído en el olvido, como es la pena de muerte, salvo en casos de traición a la patria en guerra exterior, consonante con el artículo 140 de la Constitución Política del Perú, lo que además tiene correlato con la ratificación y suscripción de nuestro país en la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica). Del mismo modo, la pena de expatriación en la actualidad ha sido derogada, solo admitiéndose la pena de expulsión de extranjeros (restrictiva de derechos, inserta en el artículo 30 del vigente Código Penal de 1991).

De la exposición de motivos del código, puede plantearse que se abole definitivamente la pena de muerte y se la sustituye por su par semejante,

que es la de internamiento a perpetuidad, o cadena perpetua. El legislador previó para la imposición de pena de internamiento un quantum mínimo de 25 años de pena efectiva de duración para, luego de su cumplimiento, solicitarse por parte del interno el acogimiento a la libertad condicional.

Tanto la cadena perpetua como la pena de internamiento excluyen al individuo del goce de su derecho a la libertad de forma indeterminada, por cuanto carecen ambas de un límite máximo a su intemporalidad; sin embargo, la figura del internamiento termina siendo más positiva y resguardante del individuo porque contempla un mínimo de 25 años, después de los que se puede aplicar una medida de aligeramiento de la condena por el resultado satisfactorio de algunos requisitos para reincorporarse a la sociedad (como es, en este caso, la liberación condicional), cosa que no ocurría con la cadena perpetua instalada primigeniamente en nuestro país (o, al menos, antes de la intervención del Tribunal Constitucional), que se diferenció por ser absolutamente voluble en los plazos máximos y mínimos de pena – considerándosele, así, intemporal –.

En opinión de Flores Muñoz, el Decreto Legislativo N.º 25475, vigente desde el 6 de mayo de 1992, que estipula la sanción para los delitos de terrorismo y los procedimientos de investigación, instrucción y juicio, establece en su artículo 3, sección “a) Cadena Perpetua”, lo siguiente:

Si el agente pertenece al grupo directivo de una organización terrorista sea en calidad de líder, cabecilla, jefe, secretario general u otros equivalentes, a nivel nacional, sin distinción de la función que desempeñe en la organización. Si el agente es integrante de grupos armados, bandas, pelotones, grupos de aniquilamiento o similares, de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas o grupos de personas indefensas sea cual fuere el medio empleado.

Así, comenta el profesor Flores Muñoz que la existencia de este decreto en nuestro sistema desnaturaliza el instituto de la pena privativa de libertad, ya que considera, aun cuando la pena es una amarga necesidad, se le debe prestar suma atención por ser la mediadora en la relación entre norma y ciudadano. Así, siendo indistinguible al concepto de pena la cualidad de “retributiva” (que, valga la acotación, fue descartada por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991), la utilización de mecanismos simplemente inocuidadores no cumple con las exigencias que un Estado social y democrático de derecho tiene con las víctimas y los delincuentes en el mismo sentido, ya que no intenta revertir nada, sino fraguar una respuesta de simple narrativa reactiva sin entidad (Flores, 1994, pp. 49-50).

2.3 La cadena perpetua y su visión en el derecho penal

2.3.1 La cadena perpetua y los fines de la pena

La trascendencia que recorre a las teorías de la pena es inestimable, más aún en nuestros tiempos, donde gran parte de los contenidos dogmáticos de imputación de delitos, tipificación y ejecución de las penas se han visto más entrelazados que nunca. En ese tenor, las teorías de la pena también han permitido un debido uso político-criminal por parte de cada Estado, plasmación hecha en el Código Penal peruano de 1991. Sostiene abiertamente Felipe Villavicencio Terreros que todas estas teorías están sujetas a una concepción propia del Estado y, así, cada teoría plantea una nueva definición del derecho penal (2005, p. 45). En concordancia con ello, también, el profesor Enrique Bacigalupo sostiene que la función del derecho penal se relaciona concretamente con las nociones que se conciben de su legitimidad y, en ese sentido, su legitimidad se concentra en el modo de entender la pena (por ello, toda teoría de la pena se convierte en la teoría de la función que ha de cumplir el derecho penal) (Bacigalupo, 1999, p. 29).

Precisa, también, desde una perspectiva histórica del derecho penal el profesor Stratenwerth, al señalar que las teorías de la pena responden a contextos y raíces históricos, siendo así que la definición de sanción es la que marca el hito de cómo debe actuarse en las vías de imputación de delitos o en los procesos de ejecución de penas (Stratenwerth, pp. 29-30). De ese modo, a través de la pena el Estado coloca los límites sobre los que actuará el poder punitivo y configurará medidas o mecanismos para regular el control social formal (de reacción).

La pena de cadena perpetua no solo tiene asidero en el Perú, sino que también esta se ha extendido en diversos países del mundo – incluso, con una familia jurídica distinta –. Véase, por ejemplo, el caso de Estados Unidos, donde su aplicación puede alcanzar incluso a los menores de 18 años, siendo así posible requerirlos en un proceso penal de adultos y aplicárseles las sanciones que a estos últimos pueden imponérseles. Esto, a expensas de las limitaciones que la Corte Suprema de Justicia norteamericana ha tratado de instaurar sobre ella. Debe creerse que esta razón se aduce por cuanto los Estados Unidos no han cumplido, aún, con ratificar la Convención de los Derechos del Niño (estando ya suscritos en ella, hecho que definitivamente impediría procesar como adulto a un menor de edad y, mucho más aún, imponerle una sanción de tanta gravosidad como la cadena perpetua.

En nuestra legislación se hallan debidamente tipificados los fines de la pena, específicamente, en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal nacional, que lo resumen en tres palabras: “preventivo, protectora y resocializadora”. Con ello, determina una conjunción entre la prevención general positiva y negativa y a la prevención general con el contenido de “resocialización”. Quedan dudas de si, realmente, los fines retributivos quedan englobados en el concepto “protectora”, ya que la norma no especifica expresamente de qué es protectora. Sin embargo, de un análisis sistemático del Título Preliminar, se entendería que tiene el encargo de proteger de su lesión ostensible o peligro de lesión a los bienes jurídicos.

Ahora bien, respecto de las teorías de la pena, si consideramos que la sanción únicamente posee su norte en el valor abstracto “justicia” y en la necesidad secundaria de preservar la moral como situación adyacente a la misma, debemos realizar la siguiente inquisición: ¿se justifica la cadena perpetua como pena que ostente su particularidad de ser un mecanismo válido que puede disponer la sociedad para realizar el valor justicia? Por otro lado, al considerar ello, cabe preguntarnos si resultaría posible que tanto el autor como la sociedad acepten a rajatabla que la cadena perpetua es una pena justa debido a la gravedad del hecho y la culpabilidad del mismo autor; o si, por otro lado, es correcta la frase de Hegel que expresa que la propia imposición es justa y se justifica por sí misma.

Debe recordarse que el poder penal tiene un límite racional que la sociedad misma le impone, mientras que la figura de la cadena perpetua no atiende a un límite definido y, al contrario, denota la mayor reciedumbre del Estado y su poder de acción punitiva. Siendo así, la cadena perpetua inutiliza al ser humano convirtiéndolo en algo que no es: cosificándolo; dicho de otro modo, convirtiéndolo en una cosa, por lo que en últimas se le enajena y viola su propia esencia y dignidad. Si se comprende que la moral es el fundamento de la pena, parece ser que la propia pena colisiona con su principio esencial y lo revierte. Sentencia Muñoz Conde que para los partidarios de las teorías retribucionistas, la pena solo es legítima en tanto es justa, por lo que una útil e injusta escasea en legitimidad (1999, p. 211). Encarcelar de forma permanente a un hombre no posee razón de ser en un

valor abstracto y universal como la justicia; mucho menos, busca la equidad manifiesta. Si no tiene otro propósito más que “recluir” a expensas de la víctima que no ve siquiera en un mínimo resarcidos sus intereses, no tiene ninguna razón de ser. Por esa razón, queda preguntarse hasta qué punto la violencia institucional del Estado, reflejada en la cadena perpetua, se halla justificada. Aun con una marcada tendencia moralista y de índole retributiva, Kant se cuestionaba si era necesario y legítimo para justificar la extirpación del crimen (o delito) de la sociedad cualquier tipo de sanción o si en realidad debía ponderarse en cierto sentido la persona (dignidad, entendemos) del delincuente. Así, concluye que la imposición arbitraria de castigos sobre delitos graves – que él llamaba “contra la humanidad” (véase, pederastia, bestialismo, en esos tiempos) – no era propio de una justicia penal. Así, notamos que ni para Kant sería válido establecer penas de cadena perpetua, incumpliendo estas un principio básico del sistema penal (Kant, 2012, pp. 206-207): la *taxatividad* de las sanciones. Las penas se imponen, para el filósofo alemán, en la medida del hombre y no en la medida de las instrumentalizaciones que se haga de ella.

No nos puede llevar a justificar la cadena perpetua solo el hecho de que la disuasión es un elemento necesario para la convivencia social o que la imposición desmesurada de sanciones a tipos penales con cadena perpetua (o sea, su alta severidad) llevará *in fine* a la disuasión, ya que en consonancia con Miró Llinares, realmente el hecho de modificar la sanción mediante incremento del quantum de la pena no tiene incidencia directa sobre la disuasión – y, por ende, debería guiar la actuación de distribución

de sanciones —, sino que la propia estructura del delito (o sea, el establecimiento de una determinada conducta lesiva como tipo penal con una pena) generada por el legislador es aquella que justifica la actuación ciudadana. Siendo así, también se coincide con las ciencias sociales en que el incremento de penas no es la razón válida para reforzar una masificación de la cadena perpetua (Miró, 2017, pp. 148-149).

Tomando en cuenta la finalidad poseída por la cadena perpetua, observamos que su esencia es retributiva o consecuencialista (tendida al pasado), ya que el propósito de venganza es palmario. No expresa una fórmula racional de la pena en relación con el delito cometido y no constituye un medio válido para lograr la justicia; mucho menos, para acallar una necesidad moral. Reflexiona con suma miga Cobo del Rosal y Vives Antón que la retribución es el único fundamento de justificación, cuando con el castigo como con la pena particular, atribuida al delincuente en específico (1999, p. 813). La Ley del Tali3n se constituye en la nueva 3gida con la adopci3n de la cadena perpetua, encauz3ndose una venganza “institucionalizada e impersonal” en pleno siglo XXI, redarguyendo que la pena necesaria es aquella que produce al autor un mal o merma en sus derechos, con el cual se busque compensar el mal que, por su libertad, ha causado (Bacigalupo, 2004, p. 119). Prec3sese el detalle de que tambi3n en el G3nesis cristiano se observa la utilizaci3n de la Ley del Tali3n cuando un delito se ve3a como una manifestaci3n de desequilibrio de la paz, como aconteci3 con los hermanos Ca3n y Abel, cuando este ultim3 a aquel y comet3 el delito de fratricidio. El castigo fue el exilio perpetuo.

Con la pena de cadena perpetua se intenta combatir el mal del delito con la pena, que tiene en sí misma un mal o aflicción. No se llega a igualar, empero, el mal generado al delincuente con el daño o mal provocado por el propio delincuente a la víctima o a la sociedad en general, ya que, según se defiende, no solo se produce una “merma” de derechos, sino su absoluta supresión. Se puede indicar que es mayor la intensidad de negar el derecho. La cadena perpetua es, a plenitud, un medio de venganza institucional (del Estado) contra el individuo, resultando lejanos conceptos como el de la necesidad de graduar la culpabilidad y la gravedad de la pena, así como la ruptura de garantías penales que solo un Derecho penal moderno posee (Villavicencio, 2005, p. 151). Para finalizar, creemos también importante mencionar cuál es el contexto filosófico moral que interioriza las teorías retributivas. Según Moore, la mayor parte de nuestras acciones las hacemos de modos consecuencialistas, es decir, observando en máxima perspectiva qué acciones nuestras generan estados de cosas positivos.

En virtud de ello, se logra advertir que, por ejemplo, si existe una sola persona en posibilidades de fallecer (a la cual puede salvarse) sobre otras cinco que también están en las mismas posibilidades de fallecer (a las cuales también puede salvarse), se decidirá – de modo consecuencialista – salvar a las más de personas porque, según nosotros, hay una obligación consecuencialista de crear un estado de cosas positivo, reflejado en la idea de un mayor número de personas salvadas. Sin embargo, como bien refiere

el autor, se requieren ciertos criterios de actuación: primero, no es menester que esta conducencia de estados de cosas positivos se den todo el tiempo; así, debe existir un *permiso* de no hacer actos maximalistas de cosas buenas permanentemente; segundo, deben establecerse parámetros que proscriban acciones que lleven a estados de cosas positivos maximalista como también prescribirse acciones que no lleven exactamente a resultados positivos (por ejemplo, en el caso de la tortura, cuando se *prohíbe* obtener una declaración mediante este método, ya que de lo contrario se le reputará prueba ilícita [Moore, con posterioridad, efectúa un análisis más profundo de los términos “obligación deontológica” y el carácter de su prohibición]); tercero, la aparición de fundamentos consecuencialistas ante horrores morales, esto es, en términos sencillos, la implementación de cualquier medida válida en caso de un suceso valorativamente catastrófico para la moral, que supera tanto el umbral de lo genérico como de lo individual (definición que el autor defiende en posteriores trabajos) (Moore, 2011, pp. 86-91).

Se trae a colación esto porque, parece ser, la propia medida de cadena perpetua para ciertos delitos no comulga siquiera con la deontología por umbrales de Moore, en virtud de que no se hace con un fin estrictamente de estado de cosas positivo ni mucho menos alcanza el horror moral para actuar con determinada acción lesiva para conseguir resultados aceptables. Por ello, ni siquiera bajo la mirada de un análisis retribucionista consigue desligarse de sus críticas.

Las teorías relativas tienen una similar cantidad de implicancias con la cadena perpetua, en tanto los fundamentos de prevención o utilidad llegan a sustentarlo dogmáticamente.

La cadena perpetua, para las teorías utilitaristas, ha sido asumida como un instrumento favorecedor de la prevención, con el propósito de prevenir delitos en el futuro. No obstante, la mayoría de sus beneficios solo pueden ser vistos desde la perspectiva de la prevención general negativa o intimidatoria, ya que se busca obtener un efecto de persuasión sobre la comisión del delito debido a la estructura coste-beneficio por el delito. Así, mientras la realización de un injusto pueda resultar menos provechoso para el agente respecto de los beneficios que produce su comisión, se podrá hablar de un medio intimidatorio general del poder punitivo (prevencionista de delitos). El segundo momento intimidatorio que, sagazmente, advierte Villavicencio Terreros, es de ser un instrumento de educación de conciencias jurídicas, por lo cual al condenado se le instrumentaliza por partida doble (2005, p. 154). Sin embargo, este medio utiliza a la persona humana como instrumento, olvidándose de que la pena tiene más un contenido personal que global.

El mecanismo al que apela el Estado para darle vigor y potencia disuasoria a la cadena perpetua es el terror. Siendo así, las emociones que genere la pena en los ciudadanos convergen de forma absolutamente relevante.

Demarca la doctrina penal un temor lógico en que esta tendencia puramente intimidatoria sea moneda de cambio para muchos países, con lo que se terminaría adoptando el terror penal, a través de una agravación gradual o, hasta en cierto sentido, desenfrenada, de la amenaza penal con el simple interés de disuasión (Mir, 2004, p. 92). Bacigalupo consigna que esta medida conduce a elevar las penas indefinidamente, hasta llegar a la cadena perpetua como tope máximo, punto del cual – suponen malamente los legisladores – el efecto intimidatorio habría alcanzado su mayor potencial posible. (2004, p. 211). En consecuencia, la intimidación se impone sobre la disuasión con la cadena perpetua, siendo así como formula Javier Villa Stein al indicar que la cadena perpetua tiene visos de poder intimidatorio como mecanismo preventivo-general negativo, siendo ineficaz ante las pretensiones de orden simplemente disuasorias que intentarían buscar otras variantes de esta teoría de la pena. (1998, p. 148).

La cadena perpetua pervierte los fundamentos ideológicos de la prevención, siendo que la mayor parte de los relativistas asumen una postura humanista, racional, social y utilitaria, en la medida que se apuesta por el hombre (como centro del análisis penal) en la edificación de su modificación de su significación del mundo social y, con ello, su reeducación (Villavicencio, 2005, p. 154). La cadena perpetua tiene premisas inhumanas, irracionales y no procura un modelo de reincorporación del individuo a la sociedad. Es plausible afirmar que mientras se encuentre purgando dicha pena, su nivel de capacitación, educación y tratamiento escasos generarán una subcultura de rebeldía y

absoluta disidencia con el sistema social (desocialización). Con dicha premisa resulta grotesco pretender un logro que se consiga con el tratamiento penitenciario.

Siguiendo con el análisis que efectúa otra de las corrientes de la teoría preventivo general, encontramos a teoría preventivo general positiva o de afirmación, que plantea una afirmación y tutela de las normas fundamentales, que logran la confianza y el respeto sobre las normas primarias de conducta que han sido violentadas. Es menester inquirirse en ese sentido si por la necesidad profesada de asegurar las normas es posible justificar una pena tan gravosa como la cadena perpetua. Así, parece que se pone sobreseguro, como bien dice Hassemer, citado por Bacigalupo, que es más importante la confianza en el derecho, la vigencia normativa y la reafirmación de los elementos normativos dispuestos en un determinado sistema jurídico (2005, p. 215). Este planteamiento, sin duda, se refuerza en la teoría materialista de Hegel y en su contradicción comunicativa del delito. Feijoo comenta que los primeros albores de las teorías preventivo generales positivas daban mayor preocupación a la confianza de la población en la norma (psicología social moralizante sobre el ejercicio de fidelidad al Derecho); ello, en virtud de que la mayoría de delitos eran del famoso Derecho Penal nuclear, esto es, delitos clásicos contra la vida, la salud y la libertad, por lo cual al ser de corte más gravoso tanto para el individuo como para la colectividad, se llegaba a crear un ambiente de inseguridad cuando a la comisión de los delitos no acompañaba una respuesta efectiva (o sea, producción de anomia). Los

ámbitos de lesión eran más acotados y se centraban en comportamientos usuales, de generalidad social (Feijoo, 2017, pp. 313-314).

Debemos contrastar la realidad social con la realidad normativa y verificar si realmente existe una mejora ponderable respecto de la actitud ciudadana sobre el respeto por la norma y si se refuerza así la confianza en la institución punitiva y, en general, en el sistema social; además, es de recibo apreciar la influencia efectiva de la cadena perpetua en la disminución de la criminalidad y, además, brindar un apoyo certero a la solución de problemas sociales que determinan de forma abierta el problema de la producción de delitos. Debe tomarse en cuenta un aspecto indesligable de esta problemática, y es que también concurre una co-culpabilidad del Estado por cuanto una de sus misiones fundamentales es la de facilitar y viabilizar los medios adecuados y necesarios para un desarrollo idóneo de las personas que conforman la comunidad; sobre todo, en países del tercer mundo o de desarrollo desacelerado (mejor término que el proclamado “en vías de desarrollo”) como el nuestro, donde el fenómeno de la corrupción ha sido acicate fundamental. Dicha situación fue recogida por el legislador peruano en el artículo 45 del Código Penal Peruano, que señala a la letra: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente”.

Es posible apreciar que existe una facultad judicial para imponer una pena en mayor o menor grado, teniendo en cuenta carencias sociales (educación, cultura, actividad laboral, situación de vulnerabilidad, etc.) que

el autor del delito padecía hasta el momento de la comisión del hecho (como posibles factores criminógenos). Así, el órgano jurisdiccional tiene la posibilidad de atenuar la pena gradualmente. Todo lo recogido por el Código Penal de 1991 tiene su hontanar en las denominadas teorías sociológicas de la criminalidad, que plantean que el delito se puede hallar fundamentado en factores sociales variados. Una sociedad con falencias de desorganización social, por ejemplo, tiene más posibilidades de incurrir en delitos. Émile Durkheim, sociólogo y filósofo francés, acuña el término “anomia” que engloba la situación de desorden social y, como consecuencia de ello, surge un rechazo marcadamente empírico a las normas sociales por verse estas superadas por la propia actuación de individuos que no las respetan.

Por otro lado, de acuerdo la teoría preventivo-general negativa, el individuo recibe el castigo por el delito cometido, como un ejemplo consistente en que su comisión provoca determinados resultados gravosos, por lo que es recomendable no delinquir. Se ha hecho mención de que la cadena perpetua encuentra aquí su fundamento, con todo y las críticas merecidas por una mera búsqueda de la intimidación, más aún si se considera que con esta orientación se propicia riesgosamente una exageración de la pena y la utilización de una política penal de represión exageradamente alta (Villavicencio, 2005, p. 158).

La cadena perpetua con enfoque preventivo-especial tiene su único ámbito aplicativo para los agentes que cometieron delitos a través de una pena

que los conmine a no volver a delinquir; sin embargo, no mediante un proceso disuasorio general, sino bajo la premisa de un proceso resocializador. Con ello, se distingue para Franz v. Liszt entre delincuentes no ocasionales, los habituales (pero con posibilidades de corrección) y los absolutamente incorregibles; siendo así, para el último no cabría otra medida que inocularlo vía aislamiento social permanente.

Tomar la pena desde el fundamento de la peligrosidad del agente (o sea, desde sus cualidades personales) pueden significar argumentos anticuados que tienen su premisa naciente en el causalismo antropológico y biológico del siglo XIX, que lesionan las pretensiones del Derecho penal racional y democrático. La peligrosidad del agente como factor relevante de la pena ha recibido severas impugnaciones, toda vez que, como advierte Reyes Echandía, citado por Villavicencio, no se respeta el derecho penal del acto, sino que se plantea un derecho penal de autor, por lo cual se derruye el principio de proporcionalidad (2005, p. 164); críticas con las cuales se está de acuerdo.

A través del uso de las teorías de la unión, se puede afirmar que la cadena perpetua se ubica en los tres momentos de la sanción: conminación, aplicación y ejecución. Por ende, se aprecian desfases o incongruencias respecto de la aplicación de la cadena perpetua y los fines de la pena (Mir, 1986, p. 100).

En esta fase primaria – que es labor indelegable por parte del legislador – las implicancias de la cadena perpetua se dan desde su establecimiento en el sistema normativo.

Como bien señala Roxin, este bloque tiene una función estrictamente preventivo-general, con acentuamiento en el efecto intimidador y en el aprendizaje social (Roxin, 2016, p. 91). Así, es notorio el uso desmedido e irracional para proteger a la sociedad de peligros desencadenados en hecho delictivos gravosos bajo la regencia de un Estado social y democrático de derecho. No se puede determinar válidamente una compatibilidad entre este y el Estado moderno de protección de derechos humanos, ya que, en la medida de lo relevante para la limitación a la teleología político-criminal, se disponía de la culpabilidad (Bacigalupo, 2004, p. 237).

No obstante, con la cadena perpetua, este límite pierde vigencia ya que, si en la fase judicial es necesario que el operador jurídico determine la pena debido al grado de culpabilidad del agente en el hecho delictivo, la cadena perpetua representaría un grado ilimitado de la misma, encontrándonos con la falacia del *reductio ad absurdum*. Por eso debe considerársele un contrahecho técnico-jurídico que se debe evitar por la ausencia manifiesta de determinación judicial.

El ejecutor de la venganza pública termina siendo el imago del juez, solo siendo menester imponerle una pena tasada o ya determinada por ser una

cualidad de la cadena perpetua la de ser rígida, que no acepta grados o modulaciones; en consecuencia, se atiene solo a reafirmar la conminación psicológica abstracta expresada en la norma y, por ende, solo debe ser aplicada de acuerdo con la razón lógica del legislador para imponerla. Ello es una crítica que desglosa Roxin, ya que ocurre, en últimas, la cosificación del sujeto (instrumentalización para un fin más allá del propio ser humano. En la etapa de ejecución de la pena de cadena perpetua también pueden encontrarse diversas falencias.

En palabras de Flores Muñoz, se indica que la exclusión de cualquier posibilidad de graduar la pena a través de la absolutez de la cadena perpetua (sanción de tiempo indefinido) es una de las contradicciones con el principio individualizador de la pena. Su naturaleza inicua y proterva excluye toda posibilidad de dosimetría competente en virtud de circunstancias atenuantes y agravantes. Que el tipo penal se halle predeterminado de forma tan abstracta en su componente de consecuencia jurídica ocasiona que no se entienda siquiera el porqué de una jerarquización o dimensión de sistematización de protección de bienes jurídicos; hecho en donde, por ensalmo, reposa la equidad penal como componente esencial del proceso penal. La exactitud y perennidad de la cadena perpetua restringe un correcto desenvolvimiento de la proporcionalidad concreta de la pena, así como la individualización de esta, como fue señalado anteriormente. De ese modo, la cadena perpetua no compatibiliza absolutamente al condenado y, mucho menos, a las características del caso concreto (Flores, 1994. p. 54-55).

En la última fase, que es proceso de ejecución de la pena, son dotados de valor los fines de resocialización como manifestación del principio de prevención especial positiva (rehabilitación), hecho innegablemente incompatible con la cadena perpetua. Desde esta perspectiva, la cadena perpetua no posee ninguna justificación, ya que se esquilman todas las posibilidades de recuperación del agente criminalizado para la convivencia social (Bacigalupo 2004, p. 137). Es una ilusión falsaria el que la resocialización debe devolver a sujetos sin alma, sin esperanzas y sin proyecciones de vida; como bien expone Fontán Balestra la finalidad de recuperar al condenado exige como requisito previo una armonía de los tiempos de duración de la pena, por lo cual no es factible conciliar penas de cadena perpetua ni las de duración exagerada con la idea de producir un efecto reparatorio o regenerador del individuo en la comunidad. (1969, p. 564).

2.3.2 Posiciones en relación con la cadena perpetua

Pareciere ser que, aun cuando existe un predominio mayúsculo sobre los fundamentos estructurales del Estado social y democrático de derecho, la cadena perpetua como la pena de muerte siguen teniendo determinada vigencia en algunos países con esta forma de Estado. A pesar de las manifestaciones de contradicción en la doctrina sobre las sanciones neféticas aquí planteadas, cuya radicalidad no provienen solamente del punto de vista del derecho, sino también de ciencias sociales como la

sociología, antropología, la politología, la criminología, y otras ciencias de la salud, como la psicología. Todas ellas imputan el porqué de una permanencia de estas penas en los catálogos delictivos.

La cadena perpetua, a este respecto, ha recibido profusas filípicas, incluso de mayor rango que la pena capital, en virtud de que establecen una similitud a una muerte en vida y suplicio eterno. Esto termina por encallar en razones suficientes para generar conflictos políticos entre gobernantes y la sociedad (o posible discrepancia en el interior de la sociedad).

Parece una faena de realización titánica consensuar sobre este tema, ya que, en efecto, las opiniones a favor y en contra parten de fundamentos filosóficos distintos. Nuestra realidad histórica, en estos momentos, no vislumbra la abolición permanente de la cadena perpetua. Ello se condice con la tendencia legislativa de Europa y América a conservar esta institución jurídico-penal. También se refieren algunas innovaciones, como atender a límites por su intemporalidad, vía mecanismos que dan lugar a la excarcelación, previo proceso revisorio (por ejemplo, el caso de España) luego del cumplimiento de condena que, frecuentemente, divergen entre los 25 y 35 años. Sin embargo, aunque los efectos para mitigarla buscan “justificarla” o “suavizarla”, no es posible desligar su calidad innata, esto es, de ser una pena de presidio permanente. El tiempo es una condición absolutamente sustancial para realizar la libertad que el Estado entrega a los ciudadanos, por lo que su paso es irreversible; así, que se revise luego

de treinta y cinco años no hace palidecer su naturaleza gravosa por encima de otras penas.

En países orientales con sistemas jurídicos distintos, como es el caso de Japón, China e India, la cadena perpetua encuentra vigor trascendente como medida sustitutiva de la pena de muerte. Con ello, en estos sistemas el juez tiene la facultad discrecional de condenar a una persona a la muerte por dos vías: fenecimiento directo y rápido o fenecimiento indirecto y lento.

Las teorías abolicionistas de la pena de muerte efectúan un análisis algo distinto sobre este menester, y precisan que la cadena perpetua es un medio sustitutivo más humano, ya que permite, al menos, vivir, aunque sea en el encierro total, descartando factores personales, sociales y económicos – porque ello demandaría un alto gasto para el Estado –. Ahora bien, este es un argumento que carece de influencia en relación con los derechos humanos, por cuanto no se puede decir que lo “importante” es conservar la vida, aunque esta no se pueda aplicar. Es un derecho humano poder vivir con dignidad; sin embargo, la cadena perpetua pasa de ello, al no poder practicarse ninguno de los derechos subyacentes a este.

Ríos de tinta han sido – y seguirán siendo – desprendidos sobre la pena de muerte. Argumentaciones, críticas, justificaciones, doctrina variopinta, orígenes filosóficos, intentos de conciliación con el orden jurídico predominante, entre más, emergieron; con ellos, también, la aparición de movimientos defensores de la pena de cadena perpetua y abolicionistas de

este, que construyeron los fundamentos decisorios por los que los agentes de criminalización primaria deciden generar sus programas político-criminales de punición exagerada o, por otro lado descartasen sus conceptos (así, son fuentes de gran influencia en el proceso legislativo).

Del mismo modo, para la comunidad internacional también calaron hondas estas discusiones, lo que ha permitido declarar por todas estas que la cadena perpetua es una medida con grandes problemas de aplicación por su contravención a los derechos humanos. No existen corrientes doctrinales sudamericanas, europeas y norteamericanas, a favor o en contra, salvo en sus precisiones iniciales. Actualmente, algunas tendencias políticas han propuesto un sistema de maximalismo penal, expresadas en las leyes o sistemas jurídicos determinados, el punitivismo y el tan controvertido derecho penal del enemigo, como medida de tercera velocidad del derecho penal. Así, se han reflejado endurecimiento de penas (Neuman, 2004, p. 113).

Los paladines de los derechos humanos han hecho eco en la discusión doctrinal europea (alemanes, italianos, franceses, españoles, portugueses, etc.) e, ítem más, en la latinoamericana, que fervientemente profesan un rechazo categórico a la imposición de penas privativas de libertad de duración amplia, planteando sanciones alternativas para esta. Ante todos estos esfuerzos denodados por parte de la literatura jurídica, es más común introducir límites para controlar su duración y, de cierto modo, equilibrar sus planteamientos.

El Perú, en su legislación, contempla la cadena perpetua; sin embargo, a diferencia del contexto en otros países, la cadena perpetua que tuvo inspiración en el pensamiento de sostenida emergencia penal se conserva aún con el mecanismo más poderoso de control social, en desmedro de la posición de sectores victimizados y criminalizados de la sociedad civil, sectores académicos, del garantismo penal y de escuderos de la dignidad humana.

2.3.2.1 Posturas a favor de la cadena perpetua

Así como ya se ha estudiado líneas arriba, el movimiento penal reformador de la Ilustración del siglo XVIII tiene como rasgo más distintivo proclamar un sentido humanizador de las penas, que se puede ver reflejado en el sentido del derecho penal como reconocimiento de los derechos de las personas y en su función, como es la de brindar las garantías al ciudadano y límites al poder penal (Bustos, 2004, p. 56). Los representantes de esta línea son Montesquieu, Romagnosi, Beccaria y Bentham.

El argumento medular por el que se fundamenta esta teoría es el principio de respeto a la persona humana (de orden moral). Flores Muñoz advierte, bajo estas consideraciones, que Luis Jiménez de Asúa, al referirse a la Época de las Luces en uno de los pasajes de su obra, señala que en esta época se configuró de forma absoluta el sentido moderno de las cárceles. Esto se puede encontrar cuando indica que el Derecho penal se encuentra

cubierto de sangre y, en ese tenor, alcanza grados de sadismo preocupantes; por ende, termina siendo un reflejo del trabajo denodado de varias generaciones que instauraron esfuerzos para reforzar la humanidad.

Una renuncia absoluta al sadismo y la venganza no pueden ser cumplidas sin dejar grandes tachas en el alma, hecho que la Psicología ha demostrado de pleno. Solo en esas condiciones pudo tener lugar el Derecho Penal liberal. Incluso cuando Cesare Beccaria y Howard, en sus respectivos tratados de filosofía penal, allá por el siglo XVIII y comienzos del XIX, ya planteaban las bases liberales del Estado moderno y del control punitivo, se podía observar cómo la sociedad conservaba ciertos valores ajenos a la libertad (garantía penal) y la fraternidad (dulcificación de los castigos). Aún en el hito del setecientos al ochocientos, era vista la tortura como medio inquisitivo (modo negacionista extremo de la libertad), así como la incineración de brujas y judaizantes en la hoguera (negación extrema de la humanidad). El estudio que se pudo fraguar en la línea de la humanización de la pena ayuda significativamente a comprender que su vigencia aún continúa en sistemas penitenciarios, en variopintos lugares del mundo (Flores, 1994, pp. 25-26).

Como se presentó anteladamente, los abolicionistas de la pena de muerte son quienes admiten abiertamente la colocación de la cadena perpetua, ya que se considera como una válida opción para sustituir las falencias teóricas que puede surgir de la pena capital, planteamiento compartido en algunas latitudes del mundo.

Jescheck, por ejemplo, indica que la cadena perpetua es absolutamente necesaria si se toma la posición de abolir la pena de muerte, en virtud de conservar una especie de conciencia sobre el respeto a la norma (intimidación pura, aunque esta parezca indirecta) y un sentimiento de seguridad jurídica. A través de su regulación normativa, su imposición y ejecución correspondiente, queda claro que algunos bienes jurídicos, por su naturaleza, son especialmente valiosos para la sociedad y, en consecuencia, su lesión dolosa se convierte en un delito de gravedad altísima que merece una reacción tan dañosa como la de reclusión permanente de la colectividad ejerciente de su libertad (Jescheck, 1993, p. 696).

Aquellos que abogan por la cadena perpetua aducen que determinados delitos particularmente graves lesionan los estratos más sensibles de la sociedad (extendiendo una especie de responsabilidad por el hecho no solo a la víctima, sino a la colectividad entera), y cuya sanción excepcional y lesiva se merece en la medida de la perturbación que el delito ocasiona. Así, se estatuye una política criminal severa y mayúsculamente represiva, en una suerte de compromiso con la protección de la ciudadanía y la prevención general.

2.5.2.1.1 La cadena perpetua frente a la pena de muerte

En los prolegómenos del siglo XVIII, por marcada incidencia del Iluminismo, el mundo jurídico se centraría en el debate sobre la humanización de las penas y, con él, a los cuestionamientos sobre la pena de muerte y, al mismo tiempo, de entronización de la pena privativa de libertad, incluyendo dentro de estas a la pena de cadena perpetua como principal sustituto de la pena capital, en el crepúsculo de la Edad Moderna, por relación con las ideas del movimiento liberal liderado por Beccaria, Howard, entre otros, así como con las ideas defensoras de la libertad de los individuos y la imposibilidad de infundir miedo para controlar a los ciudadanos por parte de un precursor: Baruch Spinoza.

Debido a esa égida, surge una polémica en la literatura jurídica – y con igual intensidad, en la filosófica – sobre la erradicación de la pena de muerte, y la factibilidad de reemplazarla con una pena que cumpla con los mismos fines asignados a aquella, pero sin exigir una ejecución inmediata de la vida del condenado. Por eso, como aviene Bacigalupo, la corriente humanista no pudo lograr que la pena de muerte en un primer momento; sin embargo, con ello, la pena privativa de libertad empezó a tomar protagonismo y se convirtió, en últimas, en núcleo basilar del sistema penal de aquellas épocas (1994, p. 248). Estas ideas revolucionarias – para la época – se juntaron con el alcance teórico del positivismo decimonónico que apostaban por una utilidad social de la pena, planteando así una medida de reclusión indeterminada para los agentes reincidentes. (Bacigalupo, 1994, p. 152). Aunque el tiempo transcurrió y aparecieron múltiples movimientos de reforma modernos – como el abolicionismo penal

-, los criterios clásicos de mantienen. Así, la pena de muerte y la de cadena perpetua aún tienen un espacio en las estructuras normativas de tipos penales en diversos países.

Peña Cabrera, a este propósito, señala que la cadena perpetua se ve definida como un vínculo o conexión de lo antiguo en tiempos modernos; esto, porque se ha entendido siempre a esta figura como una alternativa a la pena capital, ya que los diferentes tratados internacionales no exigen *per se* condenar a alguien de por vida, sino únicamente no llevar el poder del Estado a extremos en los que se prive de la existencia a un sujeto por la comisión de un delito. En contraste con la pena privativa de libertad en el Estado social y democrático de derecho actual, no parece ser una alternativa válida y humanitaria a la pena de muerte. Bentham y Constant, siguiendo los planteamientos liberales, le dotan de características cada vez más viles y tosiganes que la pena de muerte, indicando que su sola imposición desconoce lo ya avanzado en el decurso de la historia sobre cómo enfocar el sistema penal y, a la vez, demuestra una involución a las épocas antiguas donde la esclavitud era sólita (Peña, 1999, p. 608).

Tanto la pena de muerte como la pena de presidio perpetuo resultan inadmisibles en un Estado refractario de la deshumanización de los presos, siendo así que predomina más bien una consolidación de la dignidad humana, en cuya confluencia se avizoran derechos como la vida y la libertad.

Las dos tipologías de pena severa que se ha advertido hasta el momento (cadena perpetua y pena capital) dificultan casi en su totalidad la apreciación de los resultados de la prevención especial que recae sobre el condenado; así, la imposibilidad de reintegrar a un “muerto en vida” a la sociedad, por su sostenida falta de interacción social - personalidad real que no podrá otorgar seguridad cognitiva suficiente en el Estado por su despersonalización y, en consecuencia, no podrá construirse contrafacticamente una expectativa sobre el comportamiento del agente – (Jakobs, 2003, p. 47). Las dos penas no se corresponden con el principio de culpabilidad, ya que son penas especialmente tasadas (no necesitan dosimetría).

Es posible advertir que hay argumentos válidos para aceptar que en la cadena perpetua y en la pena de muerte no existe proporcionalidad; de hecho, parece que se sigue la lógica de la Ley del Tali3n, solo podr3a consignarse como proporcional la pena capital para un delito que ha generado la muerte. Ello implicar3a una regres33n a los tiempos antiguos, donde al que robaba se le cortaba la mano, o al que le asestaba una pu3alada en el ojo le correspond3a arranc3rsele un ojo. Se valorar3a simplemente la pena ya no por la gravedad del hecho, sino por la del da3o (volviendo a premisas kantianas), ya que el proceso de humanizaci3n del derecho penal llev3 dr3sticamente a esquilmarse la pena de muerte y la tortura como m3todos de la reacci3n punitiva, con las que se cuestiona efectivamente la propia naturaleza humana de la prisi3n permanente (Garc3a, 2008, p. 53).

Aun cuando existen similitudes y diferencias entre ambos tipos de pena analizadas *et supra*, quienes son acérrimos contradictores de la pena de muerte alegan que es necesario reemplazarla por otra medida. Atendiendo a las opiniones de Robert Carlo, la cadena perpetua se erige como pena alternativa de la pena capital, por signarse un fósil de un pasado protervo, sin darse con la noticia de que la cadena perpetua concentra justamente la misma calidad nociva y obsoleta que la pena de muerte. Por ello, todos aquellos que se proponen a modificar su postura acentúan el hecho de sustituir esta pena de forma completa: si no un presidio que se podría considerar “eterno” para una persona, sí un periodo lo suficientemente gravoso como el de una pena no menor a treinta años de cárcel. (1995, p. 184).

Es discutible la efectividad y eficacia de la pena capital, dándole comparanza con la cadena perpetua, ya que no tiene resultados óptimos frente a sentimientos de protección o defensa social debido a los actos individuales que poseen una peligrosidad inmanente para el sistema jurídico y para los intereses tutelados por el derecho, así como para quienes son habituales en la comisión de los ilícitos. Se expone, así, una diferencia con la cadena perpetua, que tendría una supuesta mayor eficacia que la pena de muerte.

Finalmente, en palabras de Zipf y Maurach, al renunciar a la pena de muerte, se acepta que la pena de cadena perpetua es el mecanismo más

estudiado y crítico de la política criminal actual (1994, p. 641). Comprende esta una discusión de cajón para gobernantes y políticos, por cuanto no se puede poner en entredicho su maravillosa capacidad de emitir un mensaje presunto de decisión y compromiso con la ciudadanía por parte de los legisladores, así como un medio de hacer respetar a toda costa la norma, mediante el endurecimiento de normas o su aplicación idónea en varias zonas de ausencia de seguridad (resurgimiento del “punitivismo”). Así, parece buscarse un crecimiento del derecho penal, mediante el insistimiento de este tipo de pena, mientras que otras fuentes exigen la posibilidad de conmutar la pena. Estos criterios son acrecidos desde el siglo XIX. Desde ese momento, varios países han puesto en práctica la conmutación de la pena de muerte por la de cadena perpetua, sistema que fue implementado incluyendo tribunales de orden especial.

2.3.2.1.2 La cadena perpetua como expresión amplia del maximalismo penal.

Unas décadas atrás, el Perú se ha mostrado con una inclinación cada vez más punitivista respecto de su “plan” de política criminal. Se ha engrosado alarmantemente la cantidad de delitos que sancionan con la pena de cadena perpetua de forma bastante forzada y mediante el camino del aumento indiscriminado de las penas, que no se sustenta en planteamientos científicos o, más particularmente, metodológicos desde un punto de vista dogmático. Se da mayor protagonismo, en contrariedad con otros sistemas jurídicos, a la pena privativa de libertad, en beneficio de ofrecer mayores armas para combatir a la criminalidad y utilizar a su

máxima expresión la cárcel y el encierro. Sin embargo, si hay algo que la experiencia ha demostrado en países del continente es que el problema del hacinamiento es latente, y el Perú no es la excepción.

Ello, entonces, debe ser un punto preocupante para el Estado antes de fomentar dichas prácticas, porque, como bien indica Ángela Casals, en un análisis de la situación en España, todos estos reclusos que se sometan a la pena de cadena perpetua llegarán a un estado de longevidad donde habrá de procurarse mayores cuidados y muchísimos mayores gastos en infraestructura, que no vean vulnerados los derechos humanos a poder vivir, hasta en las condiciones de ausencia de libertad, dignamente (2019, p. 202).

El vaciamiento del contenido resocializador por profesar una especie de “gran ojo” o “gran hermano” donde el legislador parece estar en una posición tan elevada, desde el que controla todo lo sucedido, pero a la vez también se deja observar (de ahí el postulado de que el codificador agrava las penas para ensalzar su figura, a costa de lo que sea necesario, para apaciguar el reclamo de castigo que la sociedad exige). Por ello infiere Acale Sánchez que la implementación de mecanismos en los códigos penales que entorpecen la rehabilitación social, que pretende renunciar a un sistema de ejecución progresivo de las penas privativas de libertad y que trata al imputable como si fuese un inimputable, trayendo nuevamente a la palestra la cadena perpetua con un término eufemístico como es la “pena permanente revisable” confunde a “ciudadanos” que han infringido la

norma con verdaderos “enemigos” del derecho, volviendo el derecho penal a un “derecho punitivo”. (2021, p. 789)

El Estado, que tiene la función punitiva, da mayor preponderancia a su capacidad de Leviatán para establecer los alcances del sistema jurídico penal con el fin de consignar las conductas punibles y sus respectivas consecuencias jurídicas. Habida cuenta de que el Perú, en su Constitución, se digna de construir un Estado social y democrático de derecho, y bajo el cual se intenta eludir cualquier exceso que fuera parificación palmaria de un Estado netamente autoritario, que disponiendo de un uso tan flexible y líquido del vocablo “emergencia”, justifique la aplicación de una sustitución de la racionalidad válida para el poder penal por una razón temporal de Estado, logrando desviar los fines humanos que debe profesar un sistema penal (Bergalli, 1995, p. 123).

El Perú tomó, como ya se alertó, el camino de la cadena perpetua por cuanto existía, en el momento de la creación del Código Penal peruano, un derecho penal de emergencia, que intentaba combatir el estado subversivo que se gestó en el periodo de terrorismo del grupo Sendero Luminoso, liderado por el nefando Abimael Guzman, durante los ochenta y noventa del siglo XX; sin embargo, aunque dicho contexto coyuntural ya no está presente ni siquiera en la intensidad de los tiempos primigenios del siglo XXI, la cadena perpetua aún persiste con salud rebosante y, hasta, en un símil, parece reproducirse con éxito en la legislación doméstica.

También es vislumbrable el uso indebido de la ley penal como instrumento de control social formal, a través de su magnificación, tanto en la interpretación como en su literalidad, de tipificación de conductas y de sanciones. Es necesario plantear soluciones creativas para combatir a la criminalidad que, como se ha acotado, tampoco es que deba prevalecer por sobre el derecho. Ya las ciencias sociales han demostrado que el delito no es exactamente un problema jurídico, sino que encalla en un lastre con proyección eminentemente social. Pablos de Molina, gran estudioso de estos menesteres señala que el crimen no solo es un problema individual, sino algo que compete a la comunidad, que nace en la comunidad y que debe resolverse al interior de esta y por esta (1999, p. 99).

El Poder Ejecutivo y el Legislativo peruanos consideran – en virtud de sus acciones de lucha contra la criminalidad – que la pena de cadena perpetua es un mecanismo viable y proporcional para lograr un sentido de coexistencia pacífica en el país.

Sin embargo, eso puede llevar a pensar: ¿qué define la diferencia sustancial entre un Perú respetuoso de los tratados sobre derechos humanos y firme a su estructura constitucional de Estado social y democrático de derecho, y un Perú simplemente autoritario, arbitrario y sin perfiles definidos en su respeto a las garantías constitucionales?

Es evidente que no existe una respuesta válida para ello, al menos, objetivamente hablando, ni mucho menos una justificación plausible desde

un punto de vista dogmático creador o corrector. Únicamente, las respuestas que caben son de índole político; sin embargo, para los menesteres de una investigación seria, esto auguraría solamente una bravata sin ton ni son, y una defensa férrea de un concepto que se desconoce abiertamente, así como sus implicancias. Lo que sí es más claro es que el Perú ha iniciado una nueva “velocidad” en el proceso de expansión del derecho penal (hacia el máximo punitivismo); sin embargo, esta posición es abiertamente combatida por censores de la doctrina penal mayoritaria, como por Estados con una cultura jurídica con apertura a la defensa de derechos fundamentales.

En ese sentido, es necesario entronizar con mayor fuerza el principio de intervención mínima (o subsidiariedad), cuyo fundamento radica en que dicha intervención debe ser vista como una figura de uso exclusivo en casos completamente excepcionales, donde sea la medida última a la que debe recurrirse si es que no hay recursos mejores, menos lesivos y con la misma o mayor eficacia para contener el delito determinado. No debe olvidarse en ningún momento que el derecho penal es de *ultima ratio*, y no la *prima* o *sola ratio* del combate contra el delito (Castillo, 2002, p. 221). Así, en dicho sentido concluye Cornelius Pritwitz que el derecho penal es legítimo en la medida de que se aplique ante los delitos más graves y como medida última o final. (2000, p. 454).

La cadena perpetua, como se ha venido deslizando, es un efugio abierto al principio de última ratio del derecho penal; así, es puesto a la medida del

poder político, que tiene como consecuencia la deslegitimación del Estado, siendo antagónico a las bases del propio Estado social, en virtud de su falta de revestimiento de una capacidad de instrumentalización para el logro de los fines constitucionales de la pena (protección social). Es, por ende, un obstáculo para el sistema social en su conjunto y demuestra su calidad retributiva que, si se recuerda lo ya expresado líneas arriba, posee una contradicción interna que ha de ser recalcada en este punto. Consiste, por último, en la asunción de un espíritu de sufrimiento máximo requerido por la sociedad por el grave daño generado a la sociedad (perturbación social) (Pritwitz, 2000, p. 454).

En opinión distinguida del profesor Santiago Mir Puig, la cadena perpetua tampoco puede ser adaptada al sentido del Estado social y democrático de derecho, en tanto que el derecho penal ha de ponerse al servicio del ciudadano, hecho que remarca su característica de ser fuente de límites que se asocian al respeto de principios, como son los de *igualdad, humanidad, dignidad humana y libertad ciudadana*, ya que es una medida de alto potencial lesivo que lesiona la dignidad. Pergeña, finalmente, el profesor español, el menosprecio que la cadena perpetua muestra sobre el individuo, colocando como justificación el carácter nocivo para la sociedad del hecho como único valor relevante. No parece plasmarse la igualdad real y, a la vez, se le excluye de toda forma de participación en la vida social, infringiendo sus propias posibilidades de participación en esta. (Mir, 2004, p. 150).

Esta propensión por mantener la cadena perpetua verifica la marca de la doctrina del derecho penal máximo, que tiene ribetes de prevención general (negativos y con rasgos intimidatorios), así como ser depósito del sentimiento ciudadano de constante inseguridad, dada en virtud de la exigencia de sectores sociales concretos que, a la luz de la criminalidad enraizada y la frecuencia con que se manifiestan un grueso de delitos, demandan penas graves – alegando que también puede constituirse la pena capital –. Así, sucede que un derecho penal con inclinación efectista que tiene como propósito crear un entorno comunicativo de respuesta a la lesión de bienes jurídicos por medio de normas expeditas al día siguiente del mismo acaecimiento del sujeto, denota un rigor o drasticidad en la ejecución de las penas, sin ningún respaldo específico en la intención, o con convicción laxa en la factibilidad de las medidas que se pretenden adoptar (Tocora, 1997, p. 17).

Se distingue de ello que, en palabras de Villavicencio Terreros, que el discurso del derecho penal simbólico advertido por Hassemer engola incisivamente que las tendencias de punitivismo en las legislaciones nacionales modernas son más notorias. Concorre con ello que los agentes políticos encuentran válido para sus intereses de generar un estado de confianza y tranquilidad la configuración de su personalidad como legisladores atentos y decididos. Con ello, se prioriza una función latente por sobre la efectiva o manifiesta. Se termina por construir un derecho penal inoperante para combatir frontalmente la criminalidad, y su efecto

únicamente incide sobre la calma ante los miedos y desconfianzas que la sociedad pueda adocenar. (Villavicencio, 2005, p. 33).

No se discute, entonces, que la cadena perpetua es una forma absolutamente violenta de responder ante la comisión de delitos que se pueden reconocer como igualmente violentos y lesivos por la sociedad; sin embargo, como ya se vino esbozando, no reconoce que la sociedad ha propiciado dicha situación criminal (de ahí el carácter de corresponsabilidad). Villavicencio Terreros concluye que en el Perú existe una inclinación sobrecriminalizadora, esto es, que se ha instaurado en la población una idea de que es correcto solicitar más sanciones con un mayor grado de lesividad en la consecuencia jurídica; empero, no se advierte que ya se ha llegado al tope de lo que un Estado social y democrático de derecho puede soportar de poder penal (Villavicencio, 2005, pp. 33-34)

Es evidente cómo es que este programa político criminal de maximalismo punitivo no concuerda con las tendencias de reducción de la capacidad sancionadora; a la inversa, representa una regresión frente a los intereses garantistas que planteó el Código Penal doméstico de 1991, el mismo que tuvo como hontanar configurador a la Constitución de 1979, de carácter más humanista.

2.3.2.1.3 La cadena perpetua frente al denominado derecho penal del enemigo

La aplicación de la cadena perpetua no tiene asidero en ciertos Estados garantistas. Véase que se adoptan políticas desde las agencias de control del poder para erradicar de modo más eficaz a la criminalidad, priorizando un balance en el control penal, dispensados de prácticas racionales y democráticas. Zahiére a este propósito Silva Sánchez que esto es una destrucción del edificio dogmático en la teoría del delito, así como del avance suscitado respecto de las garantías procesales y sustantivas del derecho penal y procesal penal. (2001, p. 114).

La cadena perpetua tiene como propósito orientador la eficiencia del control punitivo, reservándosele para un cúmulo del grupo delincencial que es considerado de la más alta peligrosidad, hecho que responde a las cualidades del derecho penal del enemigo, normas que están diseñadas para delincuentes de absoluta y permanente contrariedad a la norma y al orden social, así como para los habituales y conformantes de una organización criminal, que son denominados como enemigos del orden social (denominación tripartita de la tipología de delincuentes que asume Franz von Liszt en 1882 (Téllez, 2007).

Si se adentra uno en las circunstancias de imposición, ejecución y tratamiento de la cadena perpetua en el Perú, desde el inicio de su regulación en el ordenamiento jurídico nacional, se puede encontrar que las características básicas que necesita el derecho penal del enemigo – y

que son definidas por Jakobs – se cumplen: esto es, se prevé la cadena perpetua para sucesos futuros (aseguramiento) que pueden acontecer – no como debería normalmente consignarse: por el hecho cometido (hacia el pasado) –, por lo cual existe un adelantamiento de la barreras de punibilidad (Cancio, 2003, p. 156).

Por otro lado, se atisba un incremento comparativo alarmante sobre el derecho penal “ordinario” o “mínimo”: la cadena perpetua es vista, por ende, como una manifestación del proceso sobrecriminalizador y expansionista del derecho penal, por el cual se da una flexibilización o laxitud de la supresión de garantías procesales individuales. El propio Decreto Ley 25475 contenía reglas procesales que vulneraban el debido proceso y el principio de juez natural, por el cual podríase afirmar que existen razones válidas y suficientes para poder contradecir e impugnar las decisiones de cadena perpetua impuestas por tribunales militares y “jueces sin rostro”, amén del contenido simbólico en profusión que esta pena emana. No sorprende por qué, en su momento, este decreto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Alcocer Pavis, comentando el derecho penal del enemigo como concepto, señala que Jakobs elabora un sistema que no adolece de contenido y, a la vez, distingue con este al derecho penal del ciudadano.

Para el eximio penalista alemán, el sujeto que se comporta de forma desviada con el ordenamiento jurídico-penal no puede ofrecer garantías de

actuar conforme a los estatus de una persona. Por ende, no es posible tratarlo como ciudadano, sino que debe declarársele la guerra como enemigo. Con ello se busca establecer que en la sociedad moderna el delito no surge de una especie de apocalipsis de la comunidad, sino como una alteración o modificación irrelevante de esta, que tiene la cualidad de ser subsanable. Por otro lado, Jakobs incide en la distinción entre derecho penal del ciudadano – que está relacionado a los que no organizan con recurrencia su vida en relación con el delito, respecto de los que la pena tiene como principal misión la de contradecir el hecho para asegurar la expectativa normativa y vigencia del derecho – y el derecho penal del enemigo – que se determina para quienes organizan competentemente su ámbito vital respecto del delito, por lo cual mantienen una permanente contradicción hacia la norma –.

Este autor señala que para ciertas teorías, en principio todo delincuente es reputado como “enemigo”; no obstante, eso no podría significar expresamente “enemigo” (parecería ser un argumento circular) según la postura que el autor defiende, ya que de otro modo no podría hablarse del término “derecho penal del ciudadano”. Así, sucede que enemigo será quien persiste gracias al delito, para el delito y por el delito (Alcocer, 2009, pp. 55-56 y 58).

Todas las tendencias atisbadas dan una idea de cómo tratar a quien cometió un hecho delictivo, doctrina que se ve reflejada en las legislaciones nacionales: ora, las que respetan al delincuente como persona, ora, las que

los clasifican como enemigos potenciales o reales (Cancio, 2003, p. 232). Por otro lado, la doctrina de la defensa social tuvo que partir de la peligrosidad del autor, ya que en este punto la sanción por imponer se orienta en la proyección a la peligrosidad social del autor. Por ende, debería renunciarse a la imposición de la sanción (Zipf, 1978, p. 48). La mayoría de las legislaciones como la doméstica resulta antagónica a esas propuestas.

La cadena perpetua, que es instaurada como sucedáneo del Código penal de 1991, a través del Decreto Ley N.º 25475, en 1992, es abiertamente contraria a un glosario de principios; especialmente, el de dignidad. Bajo esas consideraciones, es estimable que no haya pena que sobrelimite la medida de la culpabilidad (como Zipf comenta, proporcionalidad de la culpabilidad) (1979, p. 55).

Es menester recordar que el derecho penal del enemigo ha calado con bastante profundidad en la legislación peruana. Es más, se intenta aplicar la pena de cadena perpetua bajo sus postulados básicos: a quienes son considerados enemigos de la sociedad peruana (terroristas y todos los que vienen de delitos comunes con mayor gravedad, como violadores de menores de edad, secuestradores, sicarios, asaltantes, feminicidas, etc.), ya que se define que no proporcionan una suficiente seguridad cognitiva, por lo que su personalidad no puede ser construida siquiera de modo contrafáctico (o sea, apelando a una premisa de expectativa o ideal de conformidad con el derecho) por concentrar una amenaza siempre latente

para la colectividad, por lo que se busca su exclusión del sistema social o su inocuización.

Por su lado, el profesor José Urquiza Olaechea, mediante cita a Jakobs, aduce que en el derecho penal del ciudadano, la pena es coacción, pero a la vez emisión de un mensaje normativo de imperturbabilidad del derecho o plena vigencia de la norma; así, se trata de un hecho de una persona racional, que ha desautorizado a la norma y, por ende, propiciado un daño a su vigencia, así como la pena, la respuesta de que la norma no se ha puesto en verdadero “entredicho” ni “morigerado” por su ataque. Así, se convierte en irrelevante la afirmación del autor, conservándose la configuración social. Sin embargo, según el profesor de la Universidad de Bonn, con los enemigos se dispone de un trato diferente: con ellos, la pena no es respuesta con un contenido comunicativo, sino simplemente una coacción o respuesta sin mensaje interno, esto es, puro ataque al enemigo. Toda garantía que el ciudadano habría de ofrecer al sistema jurídico se desvanece y el enemigo es visto simplemente como un ente sin “personalidad real” (hecho que luego le vendrá a ser criticado a Jakobs), al cual solo le corresponde una pena anticipada y de gran lesividad para no modificar la confianza de los ciudadanos a una respuesta siempre activa del derecho. (Urquiza, 2006. p. 1037).

La modificación de este paradigma que el Perú adolece, aditado con prácticas de derecho penal de excepción se advierte en otras legislaciones, con lo cual se abandona las premisas del Estado social y democrático de

derecho en pro de un mejor sustento del derecho penal de enemigo para combatir a toda costa la criminalidad.

Alcocer Povis, cuando se pronuncia acerca de las formas de manifestación del derecho penal del enemigo en la legislación peruana, sostiene que en los albores de la República, la sociedad peruana estuvo conculcada por un halo de violencia y puestas constantes en entredicho de la norma, a tal punto que la masificación de conductas punibles y el reclamo constante y fiero de los grupos de poder por reprimirlas. Ante ello, se prefirió optar por la pena de muerte para delitos como el robo que iba por encima de dos reales.

Luego, el Código Penal de Santa Cruz (época de la creación del Estado sur-peruano y nor-peruano), que tuvo vigencia de 1826 a 1838, prescribía que la pena de muerte debía ejecutarse mediante fusilamiento al reo sin miramiento alguno sobre su persona – artículo 51 – y redirigía al Código de Procedimientos judiciales respecto de su correcta aplicación. El reo habría de ser conducido al cadalso con ataduras en las manos, con una túnica blanca y una soga de esparto al cuello – artículo 920 –. Estas parificaciones de la inhumanidad y morbosidad casi sectaria fueron suficientes para entender que se ejercía un excesivo poder punitivo con la pena de muerte a quienes eran hallados culpables de los delitos como el asesinato o el robo. Se le veía, entonces, como enemigo a todo aquel sujeto que vulnerase la seguridad y tranquilidad pública, cometiendo delitos gravesos

o “de sangre”, a quien se le lograba excluir de la sociedad mediante eliminación.

La Constitución de 1860, en una clara forma de limitación de esta pena, relegó los casos de pena de muerte para aquellos que cometían el delito de homicidio calificado – artículo 16 –. Luego, el Código Penal de 1863 delimitó en su artículo 232 los contextos en los que se definía conductas homicidas y que eran merecedoras de la pena de muerte.

También, en esa línea, sancionó a todos aquellos que realizaban actos públicos diferentes del católico (norma que tenía como destinatario principal a una única comunidad de personas: los indígenas). Mediante el artículo 100 del código estudiado se castigaba al que celebraba actos públicos de un culto que no sea el de la religión católica, apostólica o romana (fíjese que esta norma era contextual, habida cuenta de que el Estado era fiel defensor del catolicismo), mediante el castigo de reclusión en primer grado. La reincidencia implicaba expatriación. Ahora bien, queda preguntarse si esto también es una posible manifestación del derecho penal del enemigo.

Es posible vislumbrar que con estas decisiones legislativas se quería atender a los delincuentes que la religión católica era un punto basilar de la identidad del ciudadano (y de la sociedad), por lo que quienes se alejaban de ella configuraban una convicción abiertamente contraria al ordenamiento jurídico, en condición de guerra (exterior al sistema). En el mismo año donde entró en vigor el Código Penal de 1924, se promulgó la

Ley 4891 que respetaba irrestrictamente la tendencia criminalizadora y los planteamientos dogmáticos de aquel entonces. Con esa legislación se criminalizó la “vagancia”, sancionándola con trabajos forzados sociales y expulsión del territorio, amén de plantearla como circunstancia agravante para la determinación de la pena en otros delitos. (Alcocer, 2009 pp. 91-93).

Luego de haberse analizado cronológicamente con suma pertinencia en los Códigos Penales del Perú la importancia que ha demandado para la doctrina y legislación de este país la cadena perpetua se puede concluir – y reflexionar – que la cadena perpetua, cuyo albor se puede identificar en la legislación doméstica mediante una ley penal especial – como lo es el Decreto Ley N.º 25475, dispositivo normativo que se promulgó en el año 1992; esto es, luego de haberse sucedido un año desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991, mediante Decreto Legislativo N.º 635. Asimismo, después de que esta norma adyacente al Código Penal saliera a la luz, otras más empezaron a surgir, con el propósito reconocible de aumentar el catálogo delictivo que recibiría pena de cadena perpetua – tomada hasta ese entonces como una simple pena privativa de libertad intemporal –. No se puede negar, en consecuencia, de que se trataba de una auténtica muestra de derecho penal del enemigo.

2.3.2.2 Posiciones en contra de la cadena perpetua

Del mismo modo en que resulta factible admitir voces a favor de la cadena perpetua, también se encuentran posiciones divergentes que abogan por un proceso de mitigación de esta o de su completo olvido en los sistemas jurídicos. En ese sentido, Ferrajoli es un exponente importante de esta premisa, habida cuenta de que en su libro “Derecho y Razón” expone consideraciones sobre una crisis latente en el sistema penal, y rechaza tajantemente la colocación de penas con gran proporción de tiempo, especialmente en la cadena perpetua.

Plantea, en este sentido, una reducción de los tiempos de pena privativa de libertad, colocando como umbral, para cualquier delito – sin importar especialmente su gravedad – entre 10 años (como plazo mínimo) a 15 años (que podría ser una medida más racional respecto de la cadena perpetua). Ello implicaría, según el jurista italiano, una atenuación cualitativa y cuantitativa a la vez, porque la idea de volver al proceso de libertad luego de un periodo amplio en la reclusión crearía un sujeto más intolerante y alienado a una subcultura por una larga estancia en un penal, siendo lo inverso matizado con resultados distintos. Asimismo, escuda su postura en la defensa de valores como la igualdad, certeza, legalidad y humanidad en las penas (1995, p. 414-415).

El profesor Ferrajoli, indubitavelmente, es uno de los profesores que mayor reciedumbre ante el punitivismo estatal ha profesado, llevándole a consignar una pluma realista y humanista, ya que los plazos que propone con el fin de reducir gradualmente el poder penal hasta abolirlo en la

búsqueda de mecanismos más compatibles con la intención de los seres humanos de vivir en un mundo social, por cuanto su condición es gregaria. Sin embargo, la reflexión es que este pensamiento cada vez es más reducido, y reemplazado por una política de castigo severo y punitivismo irruptor.

Cury Urzúa, profesor chileno, comenta que la idea de combatir contra la pena de muerte se sigue – casi – de forma paralela y transversal a las que profesan una posición abolicionista del derecho penal y, con ello, las penas privativas de libertad, dando cuenta de que la propia reclusión en centros penitenciarios exige resquebrajar la convencionalidad de la vida digna; esto es, parece ser más cruel que la propia muerte (1985, p. 350).

Con esta formulación, el profesor chileno indica que la pena de cadena perpetua tiene una equivalencia bastante ostensible con la pena de muerte, y se puede argumentar que razones no escasean. Así, Cury fundamenta que si castigar mediante un proceso de privación de la vida como derecho no es algo siquiera aceptable en nuestros términos sociales históricos, ni tampoco en nuestra forma de pensar, valorar y percibir la realidad, la pena capital no podría tener existencia fundamentada correctamente y, en consecuencia, debería ser eliminado de las legislaciones actuales, derogándola tanto del derecho ordinario como de los sistemas punitivos con carácter especial.

Justamente, desechar estos postulados que aseguran falsamente que se obtendrán zonas de seguridad inquebrantables con solo el proceso de eliminación e inocuización de los criminales o “cavernándolos” (posicionándolos en zonas parecidas a cavernas) para conseguir una especie de “seguridad cognitiva” en zonas donde no se presente “anomia”. Es un principio común que la violencia genera violencia (aunque esta también haya sido vehículo de los cambios sociales más importantes), y si se adoptan medidas violentas la paz jamás podrá ser un estado alcanzable en ninguna sociedad. (1985, p. 360).

En nuestro medio, el emérito profesor peruano Raúl Peña Cabrera condena abiertamente la cadena perpetua al señalar, *inter alia*, que la perpetuidad se concentra en no agotarse nunca, exigiendo para ello un cambio vertiginoso en la forma de existencia del condenado, sus relaciones personales y con las de su entorno, así como su percepción del mundo, que se ve menguada por su enclaustramiento absoluto. (. p. 609).

Las opiniones que versan sobre este tema son insistentes respecto de eliminar la pena de cadena perpetua. Sus críticas y oposiciones se centran en su forma tan inhumana de aplicación.

2.3.3 La cadena perpetua y su tratamiento en el Código Penal – parte especial

El Código Penal peruano actual, de 1991, posee una sistemática algo difusa y, en cierto sentido, reprochable, ya que el orden sistémico con que fue presentada ha sido extraído, debido a las grandes reformas y contrarreformas legislativas producidas desde 1992.

Téngase en cuenta, además, que se trabaja desde dicha etapa con un código penal de emergencia, ya que no cuenta con el aval de ser una ley orgánica, sino un decreto legislativo (promulgado por el Ejecutivo, sin debate previo en el Legislativo sobre su competencia en una variedad de ámbitos). Habiendo ya pasado buena cantidad de años desde el contexto coyuntural que propició su promulgación, y estando a que el contexto estructural del sistema jurídico peruano ha variado en cierta medida, no se explica por qué no se ha luchado férrea e incansablemente por una reforma global en el código. Claro está que una de las principales incursiones en esta empresa fue el Anteproyecto del Código Penal peruano de 2004 y, el más cercano, el del 2016; sin embargo, ninguno de ellos fue bien visto en la discusión final, y terminaron dejándose en el olvido, así como el interés propincuo de renovar el sistema penal.

Consideramos que el Código Penal de 1991 conserva una posición de alta expansión penal y maximización de drasticidad que se ha adoptado como política penal; ello, por obra del incremento desmedido de penas y su endurecimiento, que se ve reflejado en el incremento del catálogo de delitos que prevén cadena perpetua.

Se ha evidenciado que, con el paso del tiempo, muchos proyectos de ley que pretenden incrementar la pena máxima de algunos delitos han sido aprobados y, en consecuencia, modificado la normativa penal. Además, no es aceptable que la mayor parte de ellos encuentren una irrisoria interpretación del legislador histórico (interpretación subjetiva), manifiesta de una sorprendente ignorancia sobre las instituciones básicas del derecho penal. Obsérvese, ítem más, cómo hay una ausencia en nuestro país de políticas de Estado que intentan ser “mitigadas” (de forma negativa, es claro) con el incremento irracional de los umbrales de pena, llevándonos a una indebida aplicación de la función simbólica del derecho penal, respondiendo con dureza irrefrenada y poco sesuda a las exigencias ciudadanas de “justicia” (en abstracto, ya que, como quedó claro líneas arriba, debemos diferenciar la legitimación de la “pena” de otras manifestaciones como “venganza”, “sacrificio” o “limpieza”). Es un imperativo, por ende, disponer de un idóneo programa político criminal, no de una asignación de rol político al derecho penal. El porqué de esta negativa amplia viene dada porque – como bien anuncia el profesor español Emiliano Borja Jiménez – no se puede demostrar con afirmaciones categóricas que el derecho penal es el mejor instrumento para lograr solucionar los conflictos sociales y, aún peor, subsisten serias dudas de la eficacia de la ley penal en determinados ámbitos para contener la actividad criminal, convirtiéndose así en un mecanismo más demagógico, inmedatista y efectista, con valor simbólico amplio, para calmar la opinión pública y obtener determinados remos positivos. (2011, p. 110)

Lo que actualmente atraviesa nuestro sistema penal demuestra, una vez más, que no contamos con un programa político criminal que tome como ejes fundamentales la prevención y represión. Por ejemplo, la idea de un programa político-criminal con mayor incidencia en la Victimología signaría una forma de demostrar una co-responsabilidad del Estado por los sucesos ilícitos que afecten las posibilidades de participación de individuos, por lo cual existe una incumbencia de toda la sociedad en la reparación del estado de cosas anterior (Borja, 2011, p. 67).

Sin embargo, el sistema penal doméstico no ha considerado siquiera esta posibilidad y propone más bien una indeterminación de actuación sobre los afectados por el delito para arreciar la lucha contra el delincuente mediante fórmulas punitivas exageradas y hasta, en cierto punto, risibles. Nuestro código tampoco se decanta por una teoría determinada maximalista o minimalista y garantista, garantista bajo la égida del Estado constitucional de derecho, respetuoso de la firma y suscripción a acuerdos y tratados de derechos humanos.

Así, el listado de delitos que se contemplan como pasibles de recibir cadena perpetua seguirá en aumento mientras nuestro norte continúe siendo el mismo, amén de crearse tipos penales cada vez más específicos (detalle sobre detalle) cuya sanción también sea, desde el comienzo de su vigencia, la posible cadena perpetua. No solo nuestro Código Penal augura penas de cadena perpetua para ciertos delitos, sino también algunas leyes penales especiales. De este modo, las figuras delictivas contemplatorias de

cadena perpetua son: el delito de terrorismo – regulado en el Decreto Ley N.º 25475 –, el delito de feminicidio – regulado en el artículo 108-B del Código Penal –, el delito de sicariato – estipulado en el artículo 108-C del Código Penal –, el delito de secuestro – tipificado en el artículo 152 del Código Penal –, el delito de violación sexual de menor de 14 años – sita en el artículo 173 del Código Penal sustantivo –, el delito de robo agravado – en el artículo 189 del Código Penal –, el delito de extorsión – artículo 200 –, el delito de sustracción o arrebató de armas de fuego y algunos otros tipos penales del novísimo título I-A de la Parte Especial: explotación sexual de niñas, niños y adolescentes – art. 129-H –, promoción y favorecimiento de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes – art. 129-I – y gestión de la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes – art. 129-L –. Por otro lado, el artículo 177 del Código Penal contempla las formas agravadas de los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A, si estos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever el resultado.

Queda claro que, a la luz del pensamiento de los legisladores, no ha quedado absolutamente preclaro cuál es la verdadera dimensión del principio de proporcionalidad abstracta, en cuanto apunta a graduar la pena en virtud del bien jurídico, la dañosidad social de la conducta y el desvalor de la actitud interna, hecho que genera, con una mala interpretación, agravaciones en la escala de penas. La valoración de las penas que componen el tipo penal no solamente exigen una ponderación entre la pena y el delito (aun cuando sabemos que uno es presupuesto del otro), sino que también impera el comprender la jerarquía y graduación de los bienes

jurídicos (de ahí, la existencia de bienes porosos y sólidos o conductas que no lesionan o ponen en peligro de forma ostensible estos bienes jurídicos), cosa que puede denominarse, en palabras de Castillo Alva, “proporcionalidad interna” o “proporcionalidad intrasistémica” (2002, p. 315).

No cabe duda de la antinomia observable en el supuesto legislativo donde se aplica cadena perpetua ante supuestos de secuestro y robo agravados (por ejemplo, cuando al robo sucede el resultado fortuito muerte), pero no se toma la misma medida ante el delito de asesinato, en cuyo tenor se lesiona el valor “independiente” de la vida (reflejado en la existencia material de un sujeto), siendo este de mayor valor que la libertad y el patrimonio, por ejemplo.

Así, nuestros legisladores han omitido que el Código Penal procura resguardar determinados bienes jurídicos en virtud de su importancia o escala sistemática. Explica con suma claridad Prado Saldarriaga que esta función sistemática del Código Penal responde a una secuencia organizada de ubicación y relevancia, para lo cual se toman criterios como la naturaleza del bien jurídico, la gravedad del hecho descrito en el tipo o la estructura dogmática que este tenga (2017, p. 16). El patrimonio, por más que conforme un pilar relevante del estado de libertades general del individuo en sociedad no puede revestir una mayor gravedad que la propia vida.

Asimismo, se puede apreciar que tratándose de los delitos de violación previsto en el artículo 177 del Código Penal, y en los delitos de robo agravado (artículo 189, último párrafo del Código Penal) y sustracción o arrebató de armas de fuego (artículo 279-B, último párrafo del Código Penal), se sigue utilizando la figura del homicidio preterintencional para considerar la cadena perpetua, es decir, dolo en cuanto a la acción y culpa en cuanto al resultado muerte; situación que no se presenta tratándose de los delitos de secuestro (artículo, 152 último párrafo, inciso 3) y extorsión (artículo 200, último párrafo inciso c), en el que se aplicará la cadena perpetua no solo en los casos de homicidio preterintencional, sino en el caso de muerte a título de dolo, cuando incorpora la expresión “*si se causa la muerte durante el delito*”.

En todo caso, valga la oportunidad para proponer la modificación de los delitos de violación previsto en el artículo 177 del Código Penal, robo agravado y sustracción o arrebató de arma de fuego, para que contemplen la aplicación de la cadena perpetua, en el supuesto de que la muerte se produzca “durante” la comisión del delito, ya sea violación (contemplado en los diversos tipos penales), robo agravado o sustracción o arrebató de arma de fuego.

Debe considerarse, según Vicente Martínez (2000), que el Código Penal peruano no parece ser demasiado respetuoso con el principio de proporcionalidad de las penas, toda vez que se demuestra de una simple

lectura la incongruencia que por efecto de la marcada tendencia al expansionismo y a la punición desmesurada existe. (p. 324).

Abanto Vásquez, por su lado, también critica que, desde la perspectiva del principio de igualdad y de los bienes jurídicos como centro de protección, la agravación de sanción de los delitos no responda *per se* a un injusto mayor (o dañosidad en la conducta), sino a finalidades de orden extrapenal: político-económicos (1998, p. 115). Castillo Alva aduce, además, que, en razón de la medida de penas asignadas para el robo y el homicidio, parece que no hubiere una diferencia exacta entre ambos. De ese modo, violar sexualmente es mucho más grave para el legislador que asesinar. (2002, p. 318).

2.3.4 Legislación internacional

La legislación internacional no se queda atrás con el modo de tratar el tópico de la cadena perpetua; es más: en algunos puntos, sus tratamientos pueden servir como fiel reflejo de lo que se podría adoptar en nuestro sistema jurídico-penal: así, por ejemplo, si es menester optar únicamente por la cadena perpetua tradicional o si es más humanista y garantista defender una cadena perpetua revisable. Del mismo modo, también es importante reconocer qué factores sociales o culturales abogaron para la instauración del régimen de cadena perpetua o su ausencia.

2.3.4.1 A nivel de América

Se informa que, con fecha 11 de noviembre de 2020, el Congreso de la República advierte que los países latinoamericanos que regulan penas de cadena perpetua en su normativa penal son Argentina, Chile, México, Honduras y Perú, siendo que también son aplicadas en algunas zonas de Centroamérica, como Cuba, en posible sustitución de la pena de muerte.

Realizando un mapeo comparado en otros países de nuestra latitud, en Argentina se contempla las penas de reclusión y prisión perpetua para determinada clase de delitos graves, como es el homicidio agravado (art. 80), abuso sexual con resultado fortuito de muerte de la víctima (art. 124), desaparición forzada de personas con circunstancia agravante (art. 142 ter), torturas en las que se causare la muerte (art. 144 ter) y traición a la patria (art. 214). Se estipula el tiempo máximo de condena en este país en cincuenta (50) años. El que fuere condenado a prisión permanente o perpetua que hubiera cumplido cuarenta años de condena efectiva, en estricto respeto de los reglamentos penitenciarios podrán acceder a libertad condicional por resolución judicial bajo determinados puntos que estipula el artículo 13 del Código Penal argentino. Para ser usuario de este beneficio, los requisitos se establecen en la norma: no ser reincidente – de acuerdo con el artículo 14 del Código Penal), y una vez revocada la “libertad condicional” no es posible volver a recuperarla, por lo que es sumamente excepcional – art. 17 del Código Penal –.

En Chile, son admisibles dos formas de cadena perpetua: la de presidio perpetuo calificado y la de presidio perpetuo simple. Para el primero de los casos, es posible obtener la libertad condicional después de cumplir cuarenta años de condena, mientras que para el segundo caso es posible manifestar la intención de cumplir libertad condicional a los 20 años de presidio efectivo.

En los Estados de Chihuahua, Puebla, Quintana Roo y Veracruz, en México, la prisión perpetua es admitida, siendo estas excepciones de la regla en el país mencionado. Únicamente se castiga con este tipo de pena los delitos de altísima gravedad como es el tipo de secuestros, homicidios – tanto de oficiales de orden como de periodistas –, extorsiones y asesinatos múltiples. Su incidencia se debe al marcado índice de delincuencia y con el narcotráfico, por lo que es una medida con acicates político-criminales.

Cuba también es un depositario de la cadena perpetua para los delitos de asesinato.

Respecto de Honduras, se señala una reforma penal publicada en el año 2014 donde se incorpora la pena de presidio perpetuo para los injustos de asesinato, en los cuales los sujetos pasivos sean ciertos funcionarios públicos.

Otros países que adoptan las mismas medidas son Puerto Rico, Belice y Jamaica. Como Puerto Rico es un Estado que se encuentra asociado a los Estados Unidos toma algunas de sus premisas y concibe la prisión permanente para los casos de comisión de homicidio agravado y violación. Así, mediante una ley promulgada en 1980 se establece como pena para este delito los 99 años, que materialmente implican cadena perpetua (en virtud de que, biológicamente, es sumamente complicado que una persona pueda sobrevivir casi un siglo, incluso si ingresare a prisión a los 18 años. En el caso de delitos de violación se hace referencia a agravantes, que pueden variar, por ejemplo, como cometer este ilícito en el hogar de la víctima, etc. En el caso de Jamaica, la cadena perpetua está reservada para algunos tipos de asesinato. Finalmente, en Belice, se permite imponer esta pena a menores de 18 años, y hasta también puede ser afectada la persona comitente del delito de aborto ilegal. Asimismo, se regula aún la pena de muerte, que puede ser sustitutiva en grado recíproco con la cadena perpetua.

Canadá establece como obligatoria la cadena perpetua en caso de asesinato (siendo esta una primera exigencia normativa hacia el juez – como norma secundaria o de mandato al aplicador de la ley –. El periodo mínimo que debe cumplirse para solicitar la libertad condicional depende del grado en que los delitos de asesinato se hayan ejecutado; así, para los de primer grado se requiere el cumplimiento efectivo de prisión de 25 años; para los de segundo grado, de 10 a 25 años. Asimismo, en algunos casos, para los menores de edad, la pena máxima por imponerse será de 10 años

o también es factible la colocación de prisión perpetua, con las indicaciones de libertad condicional ya explicadas.

Tanto en Nicaragua como en Colombia se precisa de la posibilidad de imponer cadena perpetua. La prioridad que se asigna para colocar penas de alta drasticidad se da luego de producida la violación y asesinato de dos menores de edad, cosa que generó alarma social y un cúmulo de desaprobación, que llevó a la exigencia ciudadana de castigar en un grado “proporcional” al daño cometido. Colombia, por su lado, aprueba la cadena permanente para asesinatos y violación sexual de menores de edad; sin embargo, la medida aún carece de reglamentación y ha sido puesta en entredicho por una posible inconstitucionalidad.

Para los Estados Unidos de América, se calcula que, en el año 2009, unos 140 000 presos cumplían cadena perpetua. Dicha cifra no consideraba a todos los que cumplían 200 años de prisión o montos que significaban una muerte tras rejas tácita.

2.3.4.2 A nivel Mundial

En algunos países europeos se precia de aplicar la cadena perpetua condicionada, siendo el caso de Italia, Reino Unido, Suiza, Francia, Alemania y España (esta última, con la modificación nominal de “revisable”), exceptuando a Portugal y Noruega.

Para la legislación francesa, la revisión solo es admitida a partir de los 30 años de pena debidamente cumplida; ello, desde el año 1994, a raíz del ultraje sexual y posterior homicidio de una niña. Esta revisión es de muy marcada excepción, habiéndose aplicado, por ejemplo, en una sentencia contra el terrorista conocido como Carlos, “El Chacal”.

Tanto para Suiza como para Alemania, la cadena perpetua solo es factible de revisión al cumplirse quince años de pena efectiva.

En Italia, por su parte, la cadena perpetua se considera el castigo más lesivo que se puede aplicar, siendo, aun con ello, que en la práctica el preso puede solicitar la revisión de esta condena y solicitar la libertad condicional solo después de haber cumplido 26 años de prisión. Esta posibilidad se encuentra proscrita por razones personales a algunos sujetos, como son los capos de la mafia, ya que los jueces tienen vedada la posibilidad de conceder beneficios de buena conducta o de revisión de la sentencia; de allí que su prisión sea, en efecto, totalmente indefinida.

En España, al condenado se le brinda la posibilidad de la revisión permanente desde el año 2015. Así, un precedente creado en un caso por ser la primera vez en que se aplicaba dicha pena es el caso de David Oubel, quien confesó haber asesinado a sus dos hijas de cuatro y nueve años con un tarjado en el cuello, con cuchillo y utilizando también una sierra eléctrica, luego de exigirles el consumo de ciertos fármacos. Así, esta prisión permanente revisable es aplicada en algunos casos de homicidio agravado

o asesinato, amén de violaciones en serie o a menores de edad. El tiempo de ejecución de pena efectiva para lograr la revisión oscila entre los 25 o 35 años de condena.

En países de oriente, que se rigen sobre otro sistema jurídico distinto del occidental – como en los casos de China, Japón o India –, la cadena perpetua conserva siempre su carácter de “eviterna”, ya que se le reputa como una pena sustitutiva a la pena de muerte. Así, en estos ordenamientos jurídicos se puede apreciar la equivalencia de la cadena perpetua a una “pena capital extendida en el tiempo”, ya que los jueces también pueden impeler a la condena por muerte instantánea.

2.4 La cadena perpetua y su connotación en el campo de los derechos humanos

2.4.1 La cadena Perpetua en contraposición con los llamados derechos humanos

Al analizar el estado actual de la cadena perpetua y la repercusión que ha presentado en las diversas legislaciones del mundo, siempre han existido diversas posiciones en torno a su relación con los derechos humanos. Lo mencionado cobra importancia porque los derechos humanos juegan un papel fundamental en todo Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, se debe entender que: “[...] Los derechos humanos están constituidos por el conjunto de facultades, prerrogativas y libertades fundamentales que atienden el conjunto de necesidades de las personas,

permitiendo una vida más libre, racional y justa” (Consejo Nacional de Derechos Humanos, 2008, p. 13).

En otra línea, como menciona Carpizo (2011), la conceptualización de los derechos humanos es muy variada y discutida; por ejemplo, se considera que son aquellos que el ser humano posee por su propia esencia y dignidad, por ser inherentes a toda persona, antes de su relación en la sociedad y no después de ella; que son aquellos donde se concreta la dignidad, la igualdad y la libertad de toda persona en todo contexto histórico; que son todos aquellos derechos esenciales de la persona y cuyo respeto ha de ser imperativo para toda autoridad, pero sin afectar el bien común; que son aquellos derechos vitales para lograr la dignidad humana y un auténtico Estado social y democrático de derecho (p. 13).

Resulta pertinente considerar a los derechos humanos en sus diversas dimensiones, tanto la fáctica como la axiológica-valorativa, ya que ambas relacionan valores fundamentales como la igualdad y la libertad. Gracias a ello, el Estado toma decisiones y métodos frente a la sociedad, respetando tales valores inherentes a la dignidad de todo ser humano (Aguirre, 2011, p. 195).

El Estado al acudir a su potestad de hacer uso del *ius puniendi*, de la cual es el único titular, en palabras de Luzón Peña (2016), debe fundamentarse, en primer lugar, en la absoluta necesidad de garantizar la protección de los bienes jurídicos más preciados contra los ataques más inaceptables por la

sociedad. Es decir, el derecho penal interviene en la medida que sea estrictamente necesario para la protección de las libertades y derechos de los seres humanos, ya que, con ello se podrá alcanzar la tan anhelada paz social (p. 19). Además, tiene que ubicarse a primera vista, bajo la armonía de los principios rectores que tienen como finalidad la no vulneración de los derechos humanos; también se debe pretender que las normas, en materia penal, al establecer la sanción correspondiente, instituyan una debida y racional graduación punitiva (Aguirre, 2011, p. 196).

Al no existir una fecha límite de la cadena perpetua, ya un sector de la doctrina considera que ello no solo atenta contra el espacio temporal que toda pena debe presentar, sino que; menoscaba el contenido esencial de la libertad humana. Por lo mencionado, si bien la libertad humana puede limitarse con la imposición de una pena restrictiva de libertad, ello no significa que producto de tal imposición se vaya a vaciar el contenido mismo de la libertad humana, como sucede en el caso de la cadena perpetua. Con ello, tal medida ultrajante, atenta contra el lado resocializador que toda pena debe presentar y; suprime todo anhelo de la persona encarcelada de poder recuperar su libertad (Carpio, 2006, pp. 36-37).

La cadena perpetua en sentido estricto está yendo contra la inherencia de los derechos humanos, quitando vigencia a uno de los valores más importantes de la sociedad, como es la libertad humana. De esta manera, como menciona Aguirre (2011), se puede observar que la cadena perpetua presenta un carácter absoluto, drástico, inhumano y sumamente cruel,

donde resulta curiosa su calificación como “pena privativa de libertad”, cuando está más a la par con la “pena de muerte” (p. 45).

Toda pena que determina el Estado para una conducta que atente contra los bienes jurídicos, máspreciados de la sociedad, debe de estar a la par del respeto a los derechos humanos, como expresión de un Estado democrático de derecho. Esto, en la medida que, el Estado al hacer uso del derecho penal, no es un verdugo sin razón; mucho menos una maquina arrolladora de derechos inherentes al hombre, sino un ente que busca la paz social sin hacer uso de medidas absolutistas ni arbitrarias, ya que de lo contrario supondría admitir, como Menciona Alexy (2002): “[...] un derecho de libertad sin supuesto de hecho de libertad” (p. 335).

La política criminal, aparece en este contexto, y no puede desligarse de los principios que buscan la protección de los derechos humanos. Como menciona Roxin (2013), la política criminal, que se presenta en todo Estado democrático, no puede combatir la criminalidad con cualquier medio. Solo se puede combatir la criminalidad, con aquellos medios capaces de adaptarse a un Estado de derecho, donde se respeten los derechos humanos (pp. 50-51).

Renunciar a penas tan abrumadoras y crueles, como la cadena perpetua, en un Estado social y democrático de derecho, como el peruano, se convierte en un gesto alentador de acercamiento a un verdadero derecho penal democrático, donde se fijen límites coherentes a los principios que

guían el camino de los derechos humanos. (Aguirre, 2011, p. 202.). En este sentido, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado señalando que el poder punitivo que presenta todo Estado no puede ser excesivo ni absoluto, sino que presenta límites expresamente reconocidos por la Constitución. Por ello, debe ser respetuoso con los principios constitucionales y actuar de manera razonable con el hecho punible. (Expediente N.º 005-2001-AI/TC. 15 de noviembre de 2001. F.J. 2.).

En otra línea, el Tribunal Constitucional considera que, el derecho a la libertad personal está expresamente reconocido por la Constitución. Donde se garantiza que todo ciudadano no sufra de algún atentado contra esa libertad. Lo mencionado, si bien es correcto, no es absoluto, ya que existen límites a la propia libertad. Es decir, se presentan restricciones a su ejercicio, provenientes del propio Derecho o de su interacción con otros bienes protegidos por el ordenamiento. Además, las restricciones deben ser realizadas en los casos previstos por la ley y respetando su debido procedimiento; una restricción se considera arbitraria cuando, no obstante, se haya realizado en un supuesto permitido por la ley y con el debido procedimiento, esta sea desproporcionada e ilógica en su propia configuración. (Expediente N.º 003-2005-PI/TC. 9 de agosto de 2006. FF.J.J. 96, 97.). Lo mencionado, se convierten en pautas, que deben guiar al legislador de una norma penal, al momento de implementar una sanción que afecte la libertad humana.

Como menciona Bustos Ramírez (1994), la necesidad de una pena es un desafío para la política criminal y para los legisladores en los países latinoamericanos, ya que la gran colectividad de personas que comenten hechos ilícitos, son aquellos que pertenecen a los sectores más olvidados por el Estado; por ello, se necesita que los legisladores al momento de implementar cualquier sanción penal tomen en consideración la realidad concreta y el contexto de la propia sociedad, donde se busque un derecho penal más humano y consciente de su medio (p.18). Con lo mencionado, se debe buscar tomar medidas que reemplacen la cadena perpetua, tomando en consideración los criterios mencionados.

En el caso peruano, al haberse establecido por mandato del Decreto Legislativo N.º 921, la revisión de la condena a los 35 años, ilusoriamente se habría cumplido con los criterios para su constitucionalidad; por ende, ya no se estaría menoscabando el sentido intrínseco de la libertad humana. Se dice que es aparente, ya que la realidad es otra, por cuanto la extensión de tan largo plazo para acceder a la revisión determina innegablemente una afectación a la libertad individual e imposibilita su reinserción a la sociedad. En la misma línea, De León (2016), asegura que tal medida conlleva la limitación del correcto desarrollo de la personalidad, transformando al reo en un ser sometido a un menoscabo permanente de cada uno de los rasgos inherentes a su propia esencia como ser humano. En general, lo mencionado generará la muerte social del reo y la imposibilidad de desarrollar el correcto manejo de los afectos, con respecto a su relaciones amicales, familiares y amorosas (p. 97).

2.4.2 La cadena perpetua en colisión con el principio de humanidad de las penas

En la doctrina penal, existen diversas opiniones en torno al fundamento de la cadena perpetua; se discute el excesivo tiempo de encarcelación que sufre un ser humano al recibir tal sanción punitiva y atentar contra su dignidad. Por ello, dicha sanción iría en contra de uno de los principios más importantes de las ciencias penales; es decir; el principio de humanidad de las penas. Sobre ello, siguiendo los fundamentos del mencionado principio se rechaza, por inhumana y cruel, toda sanción punitiva que sea atroz en sus consecuencias contra el reo. Además, se debe evitar aplicar aquellas penas que buscan mantener encarcelado al reo hasta su muerte (cadena perpetua); por lo que, se debe buscar una sanción que sea compatible con los lineamientos de los derechos humanos, de esta manera, se evitarán sufrimientos innecesarios para el ser humano. Ir en contra de este principio, significaría considerar a la persona encarcelada como una persona innecesaria e inservible para la sociedad. (Villavicencio, 2014, p. 107). Por lo mencionado, se debe evitar hacer uso de una sanción tan abrumadora como la cadena perpetua, ya que sería tan nociva como la misma pena de muerte, donde se menoscaba al ser humano como ser eminentemente social y gregario; además, se estaría afectando los derechos a la dignidad, al principio de proporcionalidad y sobre todo al principio de individualización de la pena.

Una de las características democráticas, que todo Estado contemporáneo

debe presentar, es la de considerar a la persona humana como el eje central de protección; el ordenamiento jurídico, en especial el derecho penal, debe tomar en consideración los límites que se imponen para no ir en contra de su total afectación. De igual forma, Camacho (1998), menciona que el sistema punitivo, manejado por el Estado, tiene como límite el respeto a los derechos humanos, en donde el principio de dignidad de la persona se erige como el pilar sobre el cual debe asentarse el ordenamiento jurídico (p. 127)

El principio de humanidad de las penas se presenta en este escenario, como incompatible a la cadena perpetua; en tal sentido, la discusión se remonta a muchas décadas atrás, donde los principales fundamentos serían, los efectos atroces que se producen en el aspecto psicológico y social del reo, producto de internamiento prologando; debido a que, se pulveriza toda esperanza de una posible libertad. Los reos, en muchos casos presentan pensamientos suicidas, ya que padecen de una tortura lenta y un agravio a su psique; por ello, la principal crítica a este tipo de sanción penal vendría a ser su total contradicción a la dignidad humana, donde prácticamente se estaría considerando a estas personas como incapaces de tener un proyecto de vida; negándoles la tan anhelada “segunda oportunidad”. (De la Cuesta, 2009, p. 216). De esta manera, el Estado peruano al implementar la cadena perpetua, lo único que está demostrando es la aplicación de medidas populistas y crueles; además de inclinarse a mantener en vigencia tal medida deplorablemente inhumana.

Al tener un panorama tan desalentador, como el mencionado en líneas anteriores, es necesario tomar en consideración lo propugnado por Ferrajoli (1995), quien recordando a dos grandes ilustres pensadores como Kant y Beccaria, menciona la importancia de recordar el respeto a la persona humana, donde ningún ser humano debe ser considerado como un medio o cosa, sino siempre como fin o persona en sí mismo (p. 395). Lo mencionado, incluye tanto a la persona libre como al reo, ya que ambos son seres humanos y merecen el mismo respeto.

La cadena perpetua, hasta este punto no vendría a ser una medida adecuada para un Estado de derecho, ya que su única justificación vendría a encontrarse en fines populistas para aclamar la sed de venganza de la población. El común de las personas considera que la cadena perpetua o la pena de muerte, son medidas justificadas, ya que han cometido delitos atroces contra la sociedad; ello no significa que por criterios subjetivos se tenga que seguir permitiendo tales penas, ya que es incompatible con lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, donde se respeta la dignidad y la defensa de la persona humana. De igual forma, Castillo (2002), comparte la idea de que ninguna pena puede ser instrumentalizada para alcanzar fines que afecten el respeto y la dignidad de ser humano; por ende, se debe prohibir la cosificación de la persona, a pesar de existir muchas justificaciones, que vendrían a ser meros espejismos sin ningún sustento de verdadero significado jurídico (p. 345.).

2.4.3 La cadena perpetua y su vinculación con los principios constitucionales y penales

La cadena perpetua no respeta; por el contrario, subvierte los principios constitucionales de protección a la persona humana y sus derechos fundamentales, entre los cuales destaca el de la dignidad humana, toda vez, que al imponerse la misma y no existir la posibilidad de egresar del establecimiento penal hasta después de 35 años, se anulan definitivamente todo proyecto de vida profesional o familiar; máxime si nos encontramos ante un caso de procesados primarios.

En la actualidad se habla de las corrientes minimalistas del derecho penal, como menciona el maestro Silva (2001), dichas corrientes propugnan un derecho penal mínimo o básico, donde se establecen criterios restrictivos para las sanciones penales, ya que tienen su fundamento en la protección a los derechos humanos. Según estas teorías, las penas que son muy extensas o largas, como la cadena perpetua, no presentan ninguna utilidad social, al contrario, fomentan relaciones de dominio y pisoteo con los sectores más vulnerables (pp. 18-19.). Por lo mencionado, esta posición minimalista colisiona abiertamente con la cadena perpetua.

La vigencia de la cadena perpetua en algunos Estados, como el peruano, configura un grave retroceso para el derecho penal moderno. Este derecho penal moderno, que en teoría debe ir en contra de estas nefastas penas, que solo deterioran el Estado democrático y social de derecho. Lo que se

estaría estableciendo en criterio estricto, vendrían a ser propósitos retributivos y un gran menoscabo a los derechos humanos.

Bajo lo mencionado, resulta oportuno tomar en consideración la configuración de un Estado democrático y social de derecho, que en teoría debe proteger las libertades y derechos de todos los ciudadanos; por lo que, la configuración de la cadena perpetua no tendría sustento lógico. La configuración de este tipo de Estado requiere de dos aspectos básicos; por ejemplo, la necesidad de presentar los elementos óptimos para lograr satisfacer los anhelos teleológicos y axiológicos de la sociedad, para lo cual se exige una participación permanente de los ciudadanos, donde se haga manifiesto de la soberanía popular; la relación del Estado con los fines que hagan posible la justicia social, de manera tal, que se puedan crear criterios coherentes; justificando el accionar del Estado y evitar ser un problema para la sociedad (García, 2005, como se citó en Aguirre, 2011).

Ante lo escrito, queda claro que todo Estado social y democrático de derecho debe buscar lograr sus objetivos, de manera tal, que logre crear un puente comunicativo entre la sociedad y las diversas instituciones del Estado; todo ello para poder alcanzar la paz social. Ahora, el propio sistema penal debe adecuar sus acciones al Estado social y democrático de derecho y no hacer como si no existiese una relación armónica entre Estado y sociedad; de esta manera, sanciones penales como la cadena perpetua rompen esta relación armónica al momento de tratar al reo como un ser que no pertenece a la sociedad. Ninguna sanción penal debe

menoscabar la participación del ciudadano con sus semejantes de por vida, ya que, ello supondría atacar uno de los pilares del Estado social y democrático de derecho.

La legislación penal en el Perú, al considerar a la cadena perpetua dentro de sus tipos de pena privativa de libertad, atenta contra los aspectos teleológicos de lo que debe ser una verdadera política criminal, que busque ante todo una disminución de la criminalidad, pero de manera inteligente, no recurriendo a lo más sencillo que es imponer penas sumamente draconianas que tienen como principal objetivo generar temor a efecto de disuadir al potencial autor, es decir, a aquellos en los que puede surgir la idea criminal.

Como precisa Mir Puig (1982), toda aplicación de una sanción penal no puede deslindarse de las fuentes de legitimación constitucional, es decir, de los principios de proporcionalidad, culpabilidad, necesidad, entre otros. Dejar de lado, tales principios, supondría considerar a la pena como un mecanismo meramente retribucionista; como una herramienta que cause el temor en los ciudadanos (p. 40).

En el caso peruano es manifiesto que la implantación de la cadena perpetua va en contra de la propia Constitución, de manera particular con el artículo 1, donde se propugna la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad. De esta manera, tal medida lo que provoca es la

lenta destrucción y deterioro de la dignidad humana al momento de alejarlo de por vida de la sociedad.

Seguir haciendo uso de penas tan degradantes, como la cadena perpetua con o sin límites, significa que el Estado avala un alejamiento de los principios constitucionales, donde el sistema penal garantista, solo sería una mera apariencia e ilusión. Como sostiene Laura Zúñiga (1998), “[...] la eficacia del sistema penal implica una legislación penal conforme a las garantías constitucionales” (p. 129).

A nivel internacional, es muy abierta la discusión en torno a la cadena perpetua por ir en contra de los derechos inherentes a todo ser humano. Como menciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el encarcelamiento de por vida, deja al ser humano sin ninguna expectativa de libertad; vulnera la dignidad humana; destruye la autonomía personal; produce padecimientos psíquicos y el deterioro de la personalidad. (Lascuraín et al, 2016, pp. 28-30). Con lo mencionado, se aprecia que la cadena perpetua menoscaba los principios constitucionales, que son reconocidos por todo Estado democrático y social de derecho.

En concordancia a líneas anteriores, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, señala con respecto a la cadena perpetua a través de uno de sus pronunciamientos, que la misma es incongruente al principio constitucional del régimen penitenciario peruano, donde se busca la reeducación, rehabilitación y la reincorporación del reo

a la sociedad. De esta manera, el tribunal considera que toda pena tiene un carácter rehabilitador, donde de ninguna manera puede ser negado el anhelo de libertad en un tiempo determinado. De ello, resulta evidente que de ninguna manera se puede restringir la libertad para siempre, ya que se estaría atentando contra uno de los principios sobre el cual se construye todo Estado constitucional de derecho (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC. 3 de enero de 2003. FF.JJ. 184, 188.).

El preso es un ser humano como cualquier otro, aun cuando haya vulnerado un bien jurídico o haya ido en contra del deber negativo de no dañar a otro, no se le puede dar un trato cruel e inhumano. Permitir sanciones penales como la cadena perpetua, significa en sentido estricto reconocer al reo como un ser sin ninguna esperanza de rehabilitación ni salvación.

El Código Penal Peruano, a lo largo de la historia, ha sufrido una serie de modificaciones, una de las más gravosas que ha atentado de manera íntegra a la sistemática penal peruana es la cadena perpetua. Dicha sanción penal menoscaba los principios penales como el de proporcionalidad de las penas, principio de humanidad, principio de taxatividad, de culpabilidad, entre otros. (Aguirre, 2011, p. 213)

El principio de proporcionalidad, que presenta un carácter jurídico-penal garantista, colisiona con la cadena perpetua. El uso de la mencionada sanción penal demuestra el carácter retribucionista, que es incompatible

con el principio de proporcionalidad, donde se busca evitar el uso abusivo y arrollador del poder punitivo del Estado. En dicho principio, se busca ante todo, valorar la libertad humana, en el sentido que una pena solo puede ser aplicada si es proporcional a lo que busca proteger. (García, 2019, pp. 183-186). Con lo mencionado, cuando el juez hace uso de la cadena perpetua, en los delitos donde está prevista, se afecta de una manera “permitida” un principio tan importante y fundamental en todo Estado de derecho.

Se debe precisar que el principio de proporcionalidad busca ser un principio rector de la intervención penal; además trata de relucir el interés de proteger a la sociedad al momento de imponer una sanción penal. El interés superior del individuo no es compatible con penas que hagan uso del extremo ejercicio del ius puniendi, como se da en el caso de la cadena perpetua. Así, la pena justa se configura como la guía central de todo sistema penal garantista y respetuoso de los derechos humanos (Fuentes, 2008, p.19).

El Principio de proporcionalidad se encuentra previsto en el artículo VIII del título preliminar del Código Penal, según la cual “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No admitiéndose igualmente la misma para los casos de reincidencia y de habitualidad. En ese sentido, la cadena perpetua mantendrá una posición contraria al principio de proporcionalidad. Cabe agregar, que todo Estado puede sancionar las conductas que vulneren bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal, pero siempre es fundamental tomar en consideración los efectos

sociales de toda sanción penal. No se pueden usar medidas que sobrepasen lo estrictamente necesario y primordial; es decir, el Estado debe evitar usar penas que pongan en tela de juicio las propias bases democráticas; en el caso de la cadena perpetua no se observa ningún efecto positivo, por lo que, se debe cambiar por una pena que sí presente un límite temporal (Bramont Arias, 2008, pp. 88-90).

En el Código Penal se puede apreciar cómo la cadena perpetua violenta el principio de proporcionalidad de las penas. Ello se constata si en primer lugar se considera que las penas, previstas por el Código penal, deben ser más gravosas según el grado de afectación del bien jurídico tutelado; en segundo lugar, dentro de esa graduación también se debe tomar en consideración a las acciones que con más ahínco afectan dichos bienes. A pesar de ello, tales consideraciones no se han tomado en cuenta al momento de configurar a la cadena perpetua en delitos como el robo agravado, secuestro agravado, explotación sexual, entre otros. De ello, se observa que el legislador no ha colocado en la misma balanza a bienes tan preciados como la vida humana, que en teoría vendría a ser más valioso que bienes tutelados como el patrimonio. Se observa una total contradicción, al momento de considerar que bienes jurídicos son los más importantes y por ende gozan de mayor reprochabilidad al momento de vulnerarlos. (Aguirre, 2011, pp. 214-215). Así, la cadena perpetua, demuestra ser un claro y rotundo ejemplo de contradicción al principio de proporcionalidad de las penas.

Se advierte que la cadena perpetua se ha venido aplicando para delitos preterintencionales, como es el caso del secuestro, robo agravado, extorsión, entre otros, donde según Mir Puig (2016) el delito preterintencional se configura cuando el sujeto activo del delito quiere realizar un hecho ilícito doloso, pero el resultado tiene una diferente significación social. Es decir, la acción dolosa abarca mucho más que la mera intención; por ejemplo, cuando Mario solo quería lesionar a Pedro, pero el resultado es la muerte (p. 310). De lo mencionado, la aplicación de la cadena perpetua a este tipo de delitos ha traído consigo un fuerte debate en torno a su fundamento jurídico, ya que no se hace una correcta ponderación de los bienes jurídicos más importantes para el ordenamiento jurídico penal.

2.4.4 La cadena Perpetua y su relación con la jurisdicción supranacional a nivel regional y europeo

El Perú ratificó el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos el 9 de setiembre de 1980, aceptando de esta manera la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la primera con sede en Washington y la segunda ubicada en San José de Costa Rica; organismos supranacionales a donde se podrá acudir agotada la jurisdicción interna. En ese sentido, es importante mencionar que la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución de 1993, mediante la cual se establece taxativamente lo siguiente: “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.”. (Constitución Política del Perú [Const]. Cuarta. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

La cadena perpetua fue incorporada a la legislación nacional con el Decreto Ley N.º 25475 que tipifica el delito de Terrorismo (dispositivo que hasta la actualidad está vigente en el Perú); asimismo también fue considerada dicha pena, de larga duración, en el Decreto Ley N.º 25659 que tipificó el delito de traición a la patria; que con ulterioridad sería declarada inconstitucional en todos sus extremos por el propio Tribunal Constitucional, lo que posteriormente originó que todas aquellas personas condenadas en base al Decreto Ley N.º 25659 fueran materia de un nuevo juicio; debiendo precisar que frente a estos Decretos Leyes que se expidieron para contrarrestar el avance terrorista, también han sido materia de pronunciamiento por parte de los organismos supranacionales.

La cadena perpetua, como menciona Lascuraín (2016), presenta cuatro componentes que demuestran su carácter altamente inconstitucional: es una pena inhumana, indeterminada, desproporcionada y contraria a la misión resocializadora de la pena. Con respecto al componente inhumano, es claro que se afecta la dignidad humana, en todo el sentido de la palabra, ya que al perder la libertad de por vida, produce, según los estudios científicos, un deterioro brutal en la personalidad y en el normal desarrollo social. El preso, prácticamente, se somete al populismo penal donde solo

desarrolla sus actividades para morir algún día, sin ninguna esperanza de liberación; si bien, en el caso peruano, la cadena perpetua es revisable a los 35 años, ello solo es una mera formalidad, ya que el preso prácticamente hasta ese tiempo ya ha “muerto en vida”. En lo referente al componente indeterminado, se parte de la idea de que todo Estado de derecho no debe permitir las penas indeterminadas, ya que se debe hacer prevalecer la seguridad jurídica para todos los ciudadanos. En este sentido, la cadena perpetua revisable a los 35 años vendría a constituir un carácter altamente indeterminado, ya que no existe la seguridad de que efectivamente van a liberar al reo, sino tan solo un “ya veremos”. Con respecto al carácter desproporcionado, se parte de la idea de que toda pena sirve para la utilidad social y el carácter resocializador; por lo que, una cadena perpetua no sigue ninguna utilidad social, más bien, solo evidencia su afán extremadamente punitivo. Por último, el carácter contrario a la misión resocializadora de la pena, se puede fundamentar con la premisa de que ninguna resocialización se puede hacer efectiva, si una persona pasa el resto de su vida en prisión o después de 35 años queda libre gracias a la revisión. Lo mencionado queda claro porque la persona al estar en aislamiento con la sociedad llega a perder su personalidad gregaria (pp. 119-123). Los mencionados componentes van en contra de lo estipulado en los incisos 2, 3 y 6 del artículo 5 de la Convención Americana de Derechos humanos; por lo que, el Estado peruano ha ido en contra de sus obligaciones frente al presente tratado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, establece lo siguiente: “[...] el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano” (Lori Berenson Mejía vs. Perú. Caso No. 119. Sentencia. Parágrafo 103. 25 de noviembre de 2004). Lo mencionado se ha convertido en un importante criterio jurisprudencial, que permite establecer con claridad la posición que maneja, el mencionado organismo internacional, respecto a la cadena perpetua.

Es importante considerar que la Convención Americana o Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 5.2 ha establecido que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. A su vez, el inciso 6 del mismo artículo establece un aspecto enjundioso: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; es decir, este artículo coincide plenamente con el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú, en el que se indica que: “[...] el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, lo que a su vez guarda concordancia con el artículo IX del Código Penal de 1991, en el que se establece: “La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora [...]”. Asimismo, se tiene el artículo 10.3 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos que señala que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. Es decir, la prevención especial, que en palabras de Mantovani (2015), es una teoría que valora la vida del hombre en sociedad y busca el retorno del reo junto a sus congéneres, de la cual ha sido relegado al recibir una sanción penal. Lo mencionado, es posible gracias a la resocialización del reo a la vida social con la supresión de las circunstancias que patrocinaron la comisión del delito (p. 551). La mencionada teoría constituye el común denominador, no solo de la legislación peruana, sino a nivel internacional; siendo que, en caso se expidan normas internas que contravengan los dispositivos supranacionales, también puede recurrirse al llamado “control de convencionalidad”; en similar forma como ocurre cuando los jueces, en virtud del artículo 138 segundo párrafo, recurren al control difuso inter partes; en el caso submateria se podrá recurrir al control de convencionalidad amparados, como ya se mencionó, en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú.

Otro aspecto, que merece mención es lo establecido en el artículo 4 de la Convención referente al derecho a la Vida, específicamente en el inciso 3, donde se indica que “No se reestablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. Al respecto, ya se ha dicho en concordancia con la opinión de diversos juristas que la cadena perpetua puede llegar a ser más cruel que la pena de muerte; ya que se considera como una muerte en vida, lo que se agrava en nuestro país, si a ello le sumamos nuestra realidad

carcelaria, que es penosa y caracterizada por un hacinamiento extremo. En ese sentido resulta necesario efectuar una revisión de la misma, como además es la tendencia mundial.

Los pronunciamientos, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; dentro del marco de su competencia, respecto al caso peruano, afecta en gran medida a la legislación interna, concretamente la legislación penal de emergencia; en este contexto, la regulación del delito de terrorismo, donde destaca como máxima sanción la cadena perpetua rechazada por la Comisión por su connotación meramente retributiva. En este sentido, la cadena perpetua solo llega a menoscabar a la persona humana por su marcada desproporcionalidad; provocando sufrimientos morales, perturbaciones psíquicas, aniquilamiento físico, entre otros.

Como menciona Landa (2015), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el año 2013, dictó una sentencia fundamental sobre el control de las cadenas perpetuas, donde se puede apreciar el enfoque que está siguiendo el alto tribunal sobre la cadena perpetua. El caso en materia se centra en tres reos (Vinter, Bamber y Moore); ciudadanos británicos condenados a cadena perpetua, que presentaron recursos a la autoridad competente para la reconsideración de su penalidad; de forma simultánea, los recursos fueron rechazados por la legislación inglesa vigente. Se debe recordar, que el presente caso es muy controversial y paradigmático, ya que los tres

sujetos representan claros ejemplos de la criminalidad más gravosa, por los delitos que cometieron (asesinato sádico múltiple y parricidio) (pp. 6-7).

El Tribunal Europeo de Derechos humanos no discute la imposición de la cadena perpetua, por alguna causal de desproporción, sino cuestiona la mirada de la legitimidad, donde debe existir la posibilidad de puesta en libertad y de la revisión de la pena. En este sentido, el mencionado tribunal, se basa en que toda cadena perpetua debe desarrollarse, de manera que, valore el derecho a una posibilidad de liberación, que debe ir a la par de un mecanismo de revisión de la sentencia. Además, agregan que, si una regulación niega absolutamente al reo, condenado a cadena perpetua, la posibilidad de una revisión de la sentencia en un tiempo determinado significaría que no se está respetando el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos humanos donde se manifiesta que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (Landa, 2015, pp. 8-9). Por lo mencionado, se entiende que todo ser humano, aun cuando haya cometido el peor de los delitos, merece un trato digno, ya que dejarlo sin la posibilidad de revisión vendría a ser catalogado con un atentado inhumano.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en su artículo 110 lleva por rótulo o epígrafe “Examen de una reducción de la pena”, en su inciso 3 establece: “Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a

cabo antes de cumplidos esos plazos” (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículo 110.3. 17 de julio de 1998). Como se puede advertir la Corte Penal Internacional también admite la posibilidad de una cadena perpetua, siempre y cuando sea revisable.

Esta situación llevó al Tribunal Constitucional a dictar una sentencia exhortativa, con la finalidad de que el poder legislativo introduzca mecanismos de ejecución penal que resuelvan el problema de la intemporalidad de la cadena perpetua, lo que generó posteriormente que se dictara el Decreto Legislativo N.º 921, que incorporó el artículo 59-A al Código de Ejecución Penal y que en su inciso 1 establece la posibilidad de revisión de la cadena perpetua a los 35 años.

2.5 La cadena perpetua y su visión dada por la ciencia penitenciaria o penología

2.5.1 La cadena perpetua y su connotación a nivel de la etapa de ejecución penal

Se debe entender, que, no solo a través de la Constitución y del Código Penal se pueden encontrar causales para considerar a la cadena perpetua como arbitraria. En ese sentido, aparece el Código de Ejecución Penal; en su título preliminar, específicamente en el artículo II se establece lo siguiente: “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad [...]”.

El Estado peruano sigue la corriente de insistir en penas de larga duración, que encuentran su máxima expresión en la cadena perpetua. Orientación que entra en contradicción con las más contemporáneas tendencias internacionales, que buscan alternativas a la pena privativa de libertad por considerarla una pena anacrónica e incompatible con los cambios que demanda la sociedad del siglo XXI. Al respecto, Prado (2000), menciona que uno de los principales intereses de la política criminal contemporánea se basa en la exigencia de humanizar las sanciones penales, es decir, se busca reducir las penas para hacer valer límites racionales y no tratar al ser humano como un ser sin perdón (p. 82). Ya el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú menciona cuales son los objetos del régimen penitenciario, pero lamentablemente, ello se queda como una ley muerta al momento de aplicar la cadena perpetua.

Es evidente que la cadena perpetua no armoniza con los propósitos de resocialización que pregonan la Constitución, por el contrario, presenta serias contradicciones con los fines de la pena; fundamentalmente respecto a la prevención especial. Su revisión prevista en el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, dispositivo incorporado por el Decreto legislativo N.º 921, para combatir la sanción penal sin fin, no constituye en la práctica, un verdadero cambio respecto al principio de la resocialización, que como menciona Matos (2009), engloba a la reeducación, rehabilitación y reincorporación, como fines del sistema penitenciario. Donde el fin de dicho principio no es someter al reo con la aplicación de una sanción penal, sino,

velar por el mejor destino posible para su futura reintegración en la sociedad (pp. 318-319).

En el Perú, no existe en teoría la cadena perpetua para siempre, sino; existe una revisión cuando el preso haya cumplido los 35 años de cárcel. Ante ello, un gran sector de la doctrina penitenciaria considera que de esta manera la cadena perpetua ya no presentaría el carácter inhumano, de la cual ha sido catalogada por otro amplio sector de la doctrina penitenciaria. Ello, en teoría es cierto, pero en la práctica es una mera apariencia de benignidad hacia los reos porque el reo, si es que logra salir después de 35 años, ya no tendría ningún propósito social, producto del estancamiento de su proyecto de vida. En este sentido, como menciona, Acale (2016), desde la experiencia española, la cadena perpetua revisable no garantiza la efectiva salida de prisión del reo, ya que su eventual liberación va a depender, en mayor medida, de su comportamiento en prisión. Por ello, resulta curioso la confianza que se le está brindando al reo, de quien se espera que se vuelva un ser colaborador del propio sistema que lo encarceló. De esta manera, se aprecia que el sistema penitenciario no toma en consideración lo complejo de la vida en prisión, donde existe un gran índice de infracciones disciplinarias. Por ello, se considera que el carácter de “revisable” es un mero accesorio del sistema penitenciario, donde se le exige al reo poder demostrar su efectiva predisposición a la reinserción social (pp. 163- 167). Todo lo mencionado, tiene una amplia similitud al caso peruano, donde se exigen los 35 años de prisión y además de una evaluación de sí se han cumplido con los fines del tratamiento penitenciario.

La cadena perpetua, como parte del sistema penal, merece una reflexión y un mejor análisis a la luz de la doctrina penal penitenciaria, que cuestiona el discurso resocializador cuando se trata de penas de larga duración. Estas posiciones defienden la cárcel como el mejor instrumento de control social, al margen de apreciar la eficacia o ineficacia en relación a los fines de la prevención especial. Por tanto, la prisión perpetua, así como las penas privativas de libertad de larga duración son incompatibles con la idea de reintegrar al condenado al consorcio humano o a la sociedad.

La cadena perpetua no cumple la función resocializadora, que en teoría debería cumplir, ya que se presenta como una mera apariencia de dicha función. En ese sentido, García (1986), menciona lo paradójico de considerar que la cadena perpetua cumple la función resocializadora de la pena, ya que ningún ser humano puede volver a la sociedad de manera óptima, si es que es alejada de la misma de manera coactiva por un largo periodo de tiempo (p. 32). No tendría sentido considerar que el preso, bajo cadena perpetua, muestre predisposición a mejorar cuando sabe que por lo menos pasará 35 años en prisión. Por ello, resulta lógica la afirmación de Peña Cabrera (1999), quien considera de “utopía” o “mera ilusión” al carácter resocializador de la pena en la cadena perpetua, ya que se niega la capacidad de autodeterminación del reo (p. 343).

Para Muñoz Conde (1998), hablar de la resocialización del reo mediante la aplicación de una sanción penal, es algo incongruente, más aun, cuando

se presenta en este panorama la cadena perpetua. Lo que se está presentando abiertamente, es una total hipocresía del sistema penal, donde bajo argumentos de mero populismo penal buscan hacer creer que mediante la cadena perpetua se está logrando una verdadera justicia penal. De la misma manera, agrega que la resocialización solo vendría a constituir para los marginales o inadaptados de la sociedad, pero no para los que supuestamente viven en armonía con la misma (p. 558).

Cada vez es más común que los legisladores aumenten las penas, producto del clamor popular, sin tomar en consideración el verdadero significado que debe presentar una sanción penal. Todo ello, resulta contradictorio cuando “supuestamente” se busca la resocialización de una persona a la cual se le ha interpuesto la peor de las sanciones penales (cadena perpetua), donde ello jamás ocurrirá de manera efectiva, ya que el reo solo vive para cumplir con las expectativas del sistema penal; el reo ya no vive por su propio anhelo de vivir ni tampoco por alguien más (familiares, amigos, etc.). De esta manera, el reo vive con la única seguridad de morir en prisión o de ser libre pasando los 35 años; si lo segundo ocurre tampoco es nada motivador, ya que su proyecto de vida ha sido menoscabado sin ninguna posibilidad de arreglarlo.

De otro lado, como menciona Mir Puig (1982) hay un sector de la doctrina que señala la crisis actual de las cárceles, y que sus problemáticas son cada vez más latentes y preocupantes. Bajo esta premisa, resulta totalmente ilógico pensar en un optimismo resocializador de la pena, ya que

actualmente, la cárcel se presenta como un ambiente hostil para el reo, donde no se resocializa; por el contrario, se desadapta y se acostumbra a ese ambiente degradador; por lo que, la política penitenciaria debe buscar la verdadera humanización y resocialización de la pena (p. 119). Lo mencionado, es un claro ejemplo del caso peruano, donde las cárceles no brindan las herramientas necesarias para la verdadera resocialización de los reos; al contrario, en muchos casos los reos se vuelven personas mucho peor desadaptadas y potencialmente peligrosas para la sociedad. Ello demuestra la absurda idea de que, a mayor penalidad, mayor será la seguridad de la sociedad; lo único que se logra con sanciones penales tan largas, como la cadena perpetua, es un carácter meramente retributivo de la pena, en el sentido, de que a mayor daño causado mayor será el castigo para el sujeto infractor de la norma penal.

Por parte del sector crítico de la función resocializadora de la pena, Zúñiga (2001) plantea diversos problemas, en torno a su contenido y utilidad práctica. Parte de la idea o pregunta cuál es el sentido de la resocialización; debido a que, los reos al volver a la sociedad se encontraran ante la misma sociedad que los llevo por el camino del crimen. La segunda idea que plantea, es lo referente a sí es posible resocializar a sujetos que nunca se sintieron parte de la sociedad o no tuvieron la posibilidad de una verdadera integración por diversos motivos contextuales. Todas esas premisas, no pueden ser resueltas de manera efectiva por las teorías de la prevención especial, donde se busca la resocialización del reo. En ese sentido, se puede observar, que la resocialización es prácticamente imposible cuando

las penas son muy largas o duran toda la vida. Ante ello, resulta contraproducente considerar resocializar a criminales que se han desarraigado de toda esperanza de libertad o de un cambio en su futuro (pp. 190-191).

Para Peña Cabrera (1999), la integración del reo a la sociedad es una mera ilusión, en el sentido que, existe un gran vacío entre lo que dice la norma y lo que sucede en la realidad peruana; todo ello hace prácticamente imposible una verdadera resocialización producto de que no se maneja una correcta política penitenciaria y reformadora en el Perú (p. 600). Así, en el mismo sentido, no es nada fuera de lo común, señalar la realidad de las cárceles en el país, donde objetivamente y en base a datos registrados, se sabe que no son los mejores establecimientos para una verdadera resocialización. En este sentido, Solís (2008), de una manera muy eficiente logra explicar la problemática de las cárceles peruanas. Menciona que actualmente hay una sobrepoblación penitenciaria en el Perú, lo que genera un gran deterioro de las condiciones básicas de vida que todo ser humano debe tener. Lo mencionado, se evidencia en la insuficiencia de alimentos, tasas de salubridad bajas y la alta violencia sistematizada. Todo ello demuestra las condiciones precarias a las que son sometidos los reos y es preocupante, ya que hasta la fecha no se han tomado medidas eficaces para resolver esa problemática (pp. 39-40).

Por su parte, buscando lo que debe ser el ideal de una verdadera resocialización, Cano (2016), señala que la Constitución Política del Perú

protege de manera clara la asistencia y cuidado que debe tener todo preso en el régimen penitenciario. De esta manera, el régimen penitenciario peruano debe velar por el respeto a la dignidad humana en concordancia a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del reo a la sociedad. Tales preceptos no solo deben guiar el régimen penitenciario, sino también a los demás poderes públicos, ya que de alguna manera están relacionados a la administración del poder punitivo del Estado; por ejemplo, el legislador al momento de crear o modificar una pena privativa de la libertad, debe tomar en consideración que las sanciones penales no solo buscan la mera punición del reo, sino; buscan un fin mayor, es decir, la reincorporación del reo a la sociedad para poder cumplir con el fin preventivo especial de la pena (p. 219). Así debería ser, y no se debe claudicar en ese anhelo para beneficio de toda la sociedad.

Hasta este punto, hablar de la cadena perpetua en el Perú, resulta sumamente preocupante, después de haber mencionado todos los graves problemas que trae consigo su aplicación. Por ello, resulta curioso, como el propio Estado peruano, en teoría, le dota una apariencia de temporalidad a la cadena perpetua, cuando en la práctica, no hay mucha diferencia con la cadena perpetua indefinida, ya que, en ambas, el reo no logra reincorporarse a la sociedad de manera efectiva. En este sentido, lo que se estaría pregonando, sería una forma meramente retributiva de combatir el alto índice de criminalidad que se presenta en la región.

Como menciona el maestro Silva Sánchez, el derecho penal con el paso del tiempo se ha orientado a disminuir progresivamente la carga repercutida de las sanciones penales, pero gracias a la inseguridad ciudadana y las nuevas formas de criminalidad, se observa una tendencia de los Estados de reprimir tales males con un incremento de la pena. De lo mencionado, quedaría claro un pequeño abandono a las teorías resocializadoras de la pena producto del contexto criminal actual (2001, p. 121). De la misma manera, no se estaría tomando en consideración, como ya se ha dicho precedentemente, el principio de humanidad de las Penas. Por ello, Ferrajoli (1995), entiende que las penas privativas de libertad deben reducirse de manera proporcional y especialmente la cadena perpetua, que, según sus palabras, debe suprimirse de todo Estado de derecho (p. 419).

La cadena perpetua en el caso peruano, pese a no ser absoluta, ya que se da la posibilidad de revisión a los 35 años, sigue siendo incompatible con el criterio resocializador que debe presentar toda sanción penal. La mencionada pena, despoja un elemento fundamental de todo ser humano; es decir; el elemento resocializador, por lo cual se clarifica que el Estado no está respetando la dignidad de los reos en los centros penitenciarios, ya que en la práctica no se está buscando rehabilitarlos ni reinsertarlos a la sociedad (Aguirre, 2011, p. 273).

El inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el límite de

la pena; en efecto, cualquiera sea la regulación de ese límite o las condiciones en la que esta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En este sentido, ya el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este precepto, en el cual, considera que las exigencias de la reeducación, rehabilitación y reincorporación son los fines que debe perseguir el régimen penitenciario peruano; por ende, existe una obligación por parte del legislador, de incorporar sanciones penales con un tiempo de duración determinado, de esta manera, se podrá lograr que el reo pueda volver a la sociedad. Además, agrega que el establecimiento de la cadena perpetua, aparte de ir en contra del inciso 22 de la Constitución, también afecta los principios de dignidad y libertad; donde nunca puede ser negada la esperanza de algún día poder volver a la vida gregaria. (Sentencia STC-0010-2002-AI/TC. 3 de enero de 2003. F.J. 180, 184.).

2.5.2 La cadena Perpetua y el fenómeno de la Prisionización o Prisionalización

Después de analizar el carácter absolutamente nulo del efecto resocializador de la cadena perpetua y ver las contradicciones que presenta con los derechos humanos, el Estado de derecho y el régimen penitenciario. Existe una problemática, en torno al fenómeno de la prisionización, que padecen todos los reos.

El encierro prolongado de los reclusos, dentro de la prisión, provoca todo un clímax propio de las cárceles, de la cual, todo reo participa voluntaria o involuntariamente. Desde el enfoque criminológico, ese clímax carcelario influye de manera decisiva en la manera de pensar y comportarse de los reos; además se ve influenciada por el grado de peligrosidad, la sexualidad, los problemas narcóticos y la disciplina (Vizcardo, 2011, p. 145).

Entre las principales consecuencias que trae la reclusión se presentan la estigmatización y la prisionización. La prisionización o prisionalización, determina el fenómeno por el cual el preso sufre un proceso de adaptación al submundo carcelario. En virtud de ello, es posible apreciar como el ser humano internaliza o adquiere los “valores” (desviados), usos y costumbres de la subcultura carcelaria, y las asume, en un proceso de aprendizaje continuo por todo el tiempo que debe permanecer en prisión (Solís, 1999, p. 209). Esta consecuencia tan gravosa en la personalidad de los reos, que se incrementa cuando las penas son largas, como la cadena perpetua, es uno de los argumentos más utilizados por un sector de la doctrina que está en contra de esta clase de sanciones penales (Scheerer, 1985, p. 208).

La vida carcelaria también ha sido estigmatizada; por ejemplo, en la antigüedad, las personas que cometían algún crimen eran sometidos a recibir una marca con hierro incandescente para que puedan ser reconocidos como criminales frente a la comunidad; de esta manera, sentirían la vergüenza y el rechazo por haber cometido un crimen. Actualmente el preso sigue siendo estigmatizado, pero ya no con marcas

tan crueles, como en antaño, sino con su propia imagen frente a los demás. Toda persona que ha experimentado una vida penitenciaria lleva consigo una carga que lo acompañará por el resto de su vida. En este sentido, los reos aun al recuperar su libertad siguen siendo rechazados y estigmatizados por la sociedad; por lo que, no pueden volver a tener un desarrollo social adecuado. El reo, de esta manera, internalizada que la sociedad jamás lo aceptará; por ello, en muchos casos, se conforma a vivir con esa imagen criminal e incluso vuelve a la reincidencia criminal (González, 2001, pp. 7-8).

Un sector de la doctrina considera que, el sistema penal se ha convertido en un instrumento altamente coactivo; que produce miedo y pavor en la población. Todo ello, a través de la ejecución de la pena, donde hay una tendencia a aumentar la carga punitiva de esta. Entonces, este medio de coacción no hace más que provocar dolor físico y psicológico en los reos y en sus familiares. Las penas excesivas, no provocan una resocialización en el reo; todo lo contrario, producen efectos irreparables en la vida de estos hombres. Desde este panorama, se observa que actualmente no se está buscando la verdadera resocialización del reo; sino, se observa una relación de poder entre el Estado y el reo, donde el primero somete al segundo a un entorno hostil y perjudicial. El estado no se preocupa por saber cuáles fueron los factores que llevaron a cometer el ilícito, sino solo se preocupa en reprimir la criminalidad, sin importarle el medio empleado (Ruiz, 2007, p. 1)

Muñoz Conde, desde una posición humanitaria de las penas, aboga por la necesidad de una sanción penal que solo sea usada en los mínimos imprescindibles; entendiendo que la pena no debe provocar efectos perjudiciales en el ser humano; sino, un verdadero cambio para el beneficio de la sociedad (Muñoz, 1998, p. 561). Con lo mencionado, queda claro que la cadena perpetua no estaría respetando el criterio de imprescindibilidad, ya que solo se estaría buscando la mera retribución para calmar el clamor popular. Los legisladores, no se han puesto a reflexionar sobre el carácter altamente inconstitucional que representa la cadena perpetua en un Estado de derecho. Por ello, en palabras de Mir Puig (1986), se entiende que las sanciones penales, de larga duración, terminan por destruir la personalidad, la dignidad, la salud psicológica y corporal; así también las relaciones interpersonales y la posibilidad de reinserirse de manera adecuada a la sociedad (p. 56). En el mismo sentido, Cano (2016) menciona que actualmente, el tratamiento penitenciario se está generando en condiciones insatisfactorias para el reo, ya que, al prolongar las penas, lo único que produce es generar una cultura marginal de odio y rencor hacia el Estado. Por ello, se deben buscar las penas más benignas y necesarias para lograr la efectiva resocialización del reo (p. 223).

Un tema interesante por tratar es lo referente al llamado “sicoseo”, que en pocas palabras es toda situación donde una persona, de forma obsesiva, piensa demasiado en algo hasta llegar a un punto de profunda aflicción. El preso, una vez que ingresa al centro penitenciario, se ve inmerso en un ambiente hostil, contra su persona, lo que genera una enorme presión

psíquica debido a la impotencia de no poder resolver dichos problemas que lo aquejan. Todo ello genera una obsesión para poder salir de esa situación, donde el preso reflexiona sobre los factores que lo llevaron a ello, y sobre sí, tendrá una segunda oportunidad en la vida. Esta obsesión, obstruye el correcto raciocinio y provoca conductas violentas o autoagresiones, que pueden acabar en el propio suicidio. Entonces, el reo presenta un profundo grado de desesperación, que se va acumulado en el transcurso de los años; por lo que, se podría considerar a ello como un castigo adicional por parte de la sanción penal, que al final solo termina degradando al ser humano (Romero, 2019, p. 52).

En efecto, la cárcel no resocializa; por el contrario, aleja de ese fin al reo cuando el Estado impone sanciones penales sin la temporalidad adecuada. Tampoco rehabilita, por su efecto pernicioso; más bien, inhabilita al ser humano de una segunda oportunidad en la vida. Por ello, muchas personas tienen temor de terminar en prisión, ya que, la cárcel en la práctica no es un lugar para resocializar ni arrepentirse. La cárcel, en regiones de alta carga criminal, como la peruana, se convierte en un lugar donde el preso se destruye como persona. En muchos casos, el reo termina convirtiéndose en una persona mucho peor desadaptada de lo que era antes; dentro de la cárcel, la propia cultura penitenciaria, incentiva al interno a aprender nuevas formas de criminalidad. De esta manera, el reo se ve excluido de toda esperanza de cambiar y se conforma seguir viviendo en el estigma social de ser un peligro para la sociedad (Tocora, 1997, p. 125).

El maestro Zaffaroni, refiriéndose al tema de la excesiva estadía en prisión, concluye que el preso no llega a cumplir con los fines de la resocialización de la pena, ya que, solo es una mera ilusión del legislador y solo sirve como un consorte para las esferas políticas que reclaman mayores derechos para los presos. La prisión sería, en pocas palabras, una jaula para el criminal, donde lastimosamente en la mayoría de los casos internaliza la cultura criminal que encuentra en el centro penitenciario (Zaffaroni, 1990, p. 107).

Por su parte, Gorra (2008), desde un enfoque criminológico sobre la realidad de las cárceles, considera una simple utopía a la resocialización. Señala que no es nada novedoso saber la realidad penitenciaria, ya que, la mayoría de la población es consciente de la dura vida que pasan los reos en estos establecimientos. Prácticamente, las cárceles se han convertido en almacenes de seres humanos relegados de la sociedad; además, señala la preocupación de observar el día a día de estos seres humanos privados de su dignidad humana al ser sometidos a tales condiciones extremas. Las penurias, la violencia, el desprecio, la soledad y sobre todo la falta de esperanza tienen efectos irreparables en los reos; por ello, se considera que bajo estas condiciones es prácticamente imposible una correcta resocialización del reo. La realidad es dura y cruel, pero además está muy lejos de poder cumplir con los fines de la resocialización, ya que el reo no presenta las condiciones mínimas para un verdadero cambio de pensamiento; ante ello, el futuro parece nulo para estas personas, que además de convivir con ese ambiente tan hostil, muchos de ellos perfeccionan nuevas formas de criminalidad (p. 72).

Visto de esta manera, la realidad penitenciaria nos demuestra que, es prácticamente absurdo creer en su eficacia y capacidad rehabilitadora, sobre todo en sanciones penales de larga duración. Es notorio, que la subcultura carcelaria se impregna en todos los reos con el paso del tiempo; donde resulta ser una mera ilusión, el poder resocializar al reo sometido a cadena perpetua de manera eficaz. El condenado es sometido a no volver a su naturaleza gregaria, por el excesivo tiempo transcurrido en el penal; además se rompen los nexos familiares, los amigos desaparecen, los lazos sentimentales se convierten en nulos, etc. El centro penitenciario termina por convertirse en una mera jaula para un ser que ha sido desechado por la sociedad (Aguirre, 2011, p. 291).

2.5.3 La cadena perpetua en el marco de la prevención general

Como ya se ha mencionado, el fin de la cadena perpetua, sería meramente retributivo, en tanto, revela un propósito de venganza para calmar a las masas populares; además, no expresa una medida racional de la sanción penal, ya que el fin de toda pena sería la resocialización. Por lo mencionado, la cadena perpetua, no constituye en sí misma un medio adecuado para el logro de la verdadera justicia penal.

Con la adopción de la cadena perpetua, como sanción penal se estaría retornando a sanciones tan antiguas como las estipuladas en la ley del

tali3n, es decir, el famoso “ojo por ojo, diente por diente”. De esta manera, se estar3a aplicando la mera venganza p3blica y social en el siglo XXI, todo ello fundamentado en que la cadena perpetua es necesaria para que se compense el gran mal que ha causado libremente el criminal en la sociedad (Bacigalupo, 2004, p. 119). En el mismo sentido, al analizar el car3cter retributivo de la pena, Mañalich (2007), sostiene que permitir propuestas de justificaci3n retributivas para la imposici3n de una pena, ser3a aceptar la retribuci3n de un mal con otro equivalente (ley del tali3n); es decir, ha mayor daño causado es mayor la sanci3n penal. Aceptar este tipo de argumentos ser3a tan il3gico como considerar como justo los siguientes ejemplos: si alguien comete un asesinato debe ser asesinado; si alguien comete una mutilaci3n debe ser mutilado, etc. Por ello, aceptar el car3cter retributivo de la pena carecer3a de todo sentido (p. 83).

Con la aplicaci3n de la cadena perpetua, se da una sumatoria entre el mal de la pena y el mal del delito, pero no se llegan a equipar; en realidad, lo que existe es una desproporci3n, ya que, no solo se da una disminuci3n de los derechos del reo, sino; una neutralizaci3n abrupta a los mismos. Por ello, la cadena perpetua se presenta como el mayor ejemplo de la venganza punitiva y social, quedando relegada a segundo plano, la idea de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena (Villavicencio, 2005, p. 151).

Ante este panorama, entran a tallar las teor3as relativas, donde es posible encontrar diversas implicancias entre la cadena perpetua y los

fundamentos prevencionistas que doctrinariamente las sustentan. Las denominadas teorías relativas o preventivas de la pena se diferencian rotundamente de las teorías retributivas, ya que, justifican la sanción penal por su función o finalidad, que abarca mucho más que el propio castigo. Tales teorías, fundamentan la sanción penal en la necesidad de la prevención (general o especial); se tratan de enfoques relativos por su naturaleza contextual, variable y divergente, que se adecuan a diferentes tipos de sociedad y diferentes momentos históricos; además estas teorías tienden a mirar al futuro para evitar que los seres humanos comenten hechos delictuosos (Peñaranda y Basso, 2019, p. 169).

Desde este enfoque, la cadena perpetua sería compatible con los fines de las teorías relativas, al menos, en el enfoque de prevenir futuros delitos. Para ser específicos, su compatibilidad se enmarcaría en la prevención general, en su variante intimidatoria o negativa, ya que, se estaría usando al reo bajo cadena perpetua, como instrumento disuasorio para que la población no cometa hechos ilícitos. (Villavicencio, 2005, p. 154). El Estado estaría haciendo uso de maniobras disuasivas para causar miedo en la población. Si bien, tales medidas son cuestionables, ya que, atentan contra la dignidad de las personas, en ello radicaría su relación con la prevención general negativa. Como menciona, Polaino Navarrete (2017), las teorías de la prevención general negativa dotan a la pena una finalidad disuasiva de la comisión de hechos ilícitos por el miedo a recibir una sanción penal; miedo que se refuerza con la carga gravosa que presentan las penas; por ejemplo, la cadena perpetua, donde el reo es privado de su libertad para

siempre o con la posibilidad de una revisión después de un largo paso del tiempo (p.170). Cabe acotar, que la finalidad de esta teoría, aparte del efecto disuasivo, es la intimidación de las personas. Donde el reo no solo es castigado por el delito que ha cometido; además de ello, sirve como ejemplo para que las demás personas no comentan los mismos ilícitos. La cadena perpetua, desde esta contextualización, aparentemente encontraría su fundamento; ello ha traído consigo numerosas críticas en cuanto a su orientación, donde los Estados pueden llegar a un hiperpunitivismo de las sanciones penales (Villavicencio, 2005, p. 158).

Por lo acotado en líneas anteriores, en la doctrina penal, existe una preocupación por la tendencia que tienen algunos Estados hacia sanciones penales basadas en una prevención general meramente negativa o intimidatoria. Todo ello, porque los Estados, al ser los portadores del *ius puniendi*, podrían caer en el grave error de hacer uso de sanciones penales que tengan por finalidad causar el mero terror penal en la población. (Mir Puig, 2004, p. 92). En esta línea, Bacigalupo (2004), menciona que la prevención general negativa, permite a los Estados elevar las penas sin un límite temporal adecuado; por ejemplo, la cadena perpetua, donde se da a entender que mientras más grave sea el hecho ilícito, más grave será la sanción penal (p. 211). La cadena perpetua, desde el enfoque de la prevención general negativa, resulta ser una sanción penal para causar temor, por ello, Villa (1998), afirma que el temor absorbe al efecto disuasorio de esta sanción penal, donde la población es consciente de las

consecuencias de cometer hechos ilícitos, pero, aun así, en la realidad las tasas de criminalidad no han disminuido (p. 148).

Por otro lado, aparece la prevención general positiva, que según Heiko Lesch (1999), esta teoría se basa en una prevención prospectiva del hecho ilícito, a través de un aprendizaje social, que no genera terror en la población; por el contrario, lo que se busca es una toma de consciencia colectiva en el reconocimiento del orden jurídico imperante. En este sentido, el reo recibe una sanción penal, no para servir de ejemplo de lo que sucede si alguien comete un delito, sino para generar confianza en el Derecho (pp. 28-30). En la misma línea, Roxin (2013), acota que el destinatario de la función de la prevención general positiva sería en mayor medida, el sujeto fiel al ordenamiento jurídico, a quien se debe tratar de transmitir, una visión de confianza y seguridad en las normas penales (p. 79).

De lo mencionado, queda claro que, la prevención general positiva, busca un aseguramiento de las normas penales, donde se refuerce la confianza y el propio respeto a estas normas. Ante ello, surgen algunas interrogantes respecto a la aplicación de la cadena perpetua frente a la finalidad de la mencionada teoría; por ejemplo, ¿tiene mayor importancia la confianza en el derecho que la vida de un reo que perderá su libertad para siempre?, la respuesta a ello debe ser negativa, ya que, si un Estado justifica la imposición de una pena en tales pretensiones, se mostraría como un Estado arbitrario que hace uso de penas desproporcionadas para mantener

la confianza en el derecho (Bacigalupo, 2005, p. 215). Ante ello, es importante tomar en consideración las diversas consecuencias de la cadena perpetua en un Estado de derecho para poder tener una visión panorámica de su verdadera utilidad social; además, también se necesita reconocer que la cadena perpetua no cambia la confianza de los ciudadanos en el derecho, ya que, aun con este tipo de penas, la criminalidad sigue aumentando a pasos agigantados.

2.5.4 La cadena perpetua y su incidencia en la prevención especial

La cadena perpetua, toma una consideración particular, desde el enfoque de la previsión especial. Donde la mencionada teoría, a diferencia de la prevención general, señala que, efectivamente la pena debe evitar la realización del delito, pero dicho enfoque preventivo debe estar referido al delincuente; ya no en la sociedad. En este sentido, la pena ya no se aplicaría por el mal cometido, ni tampoco para que la sociedad tome consciencia; por el contrario, la prevención debe estar centrada en el criminal (García, 2019, p. 87). El objetivo principal, que se le asigna a la pena, sería el poder evitar que el criminal vuelva a realizar hechos delictuosos. Esto se logrará, tomando en consideración a los diferentes tipos de criminales, además, existen dos variantes de la prevención especial; la positiva y la negativa (Villavicencio, 2014, p. 64).

Ante el panorama soslayado, se debe mencionar que, esta teoría hace una diferenciación entre los tipos de delincuentes y las medidas diferenciales

para cada uno de ellos. La corrección sería aplicable para el delincuente capaz de corregirse y reinserirse en la sociedad; la intimidación sería aplicable para el delincuente que ya no necesita una simple corrección, es decir, los criminales habituales; por último, se encuentra la inocuización, que es aplicable para los criminales que ya no tienen ninguna posibilidad de reinserirse en la sociedad (Bacigalupo, 1999, p. 35). En este último caso, un sector de la doctrina ha tratado de fundamentar la aplicación de la cadena perpetua, ya que, los criminales que comenten hechos tan perjudiciales para la sociedad no tendrían una capacidad de corrección; por lo que, es adecuado su aislamiento social para siempre.

En la actualidad, existen muchas naciones que siguiendo la lógica de la inocuización, optan por sanciones penales como la cadena perpetua para alejar al criminal de la sociedad; se busca aislar a los delincuentes más peligrosos e incorregibles, ya que, los consideran un peligro latente sin capacidad de resocialización. De esta manera, se observa un criterio arrollador de los derechos humanos, donde no se brinda la posibilidad de la resocialización; es ilógico sostener que las personas que comenten hechos atroces no pueden readaptarse a la sociedad. Como menciona Quintero (2016), aceptar la aplicación de la cadena perpetua para mantener la seguridad de la sociedad, a través del aislamiento definitivo del reo, significa sacrificar no solo la esperanza de libertad de los reos; también significa sacrificar la democracia de todo Estado de derecho, que se basa en el principio de humanidad de las penas (p. 86).

Se debe tomar en consideración que la pena siempre debe ser aplicada en *ultima ratio*, donde solo es aplicable, en cuanto, se considere imprescindible. Como menciona, Carnevali (2008), siempre es preferible aplicar las sanciones penales menos graves, ya que, se debe buscar el mayor bienestar general con un menor costo social. Es decir, las penas en sí mismas ya cumplen un papel intimidatorio; por lo que, aplicar penas de extensa duración no tendría ningún fin práctico ni esencial (p. 14). Nadie objeta que el violador de una menor de 14 años goce del mayor reproche penal; por tanto, acreedor de una pena rigurosa, sin embargo, la inhumanidad de esta pena es, a nuestro entender, una verdadera involución en el Derecho penal peruano, el mismo que según Código Penal de 1991 intenta sentar las bases de un derecho penal garantista. La duración de la pena tiene que ajustarse al principio de humanidad de las penas y sobre todo a la idea de la resocialización, meta inescapable a la pretensión punitiva estatal. La cadena perpetua adquiere la significación de una venganza incompatible con el Estado de Derecho, aceptada por todos los Estados organizados jurídicamente dentro de un marco democrático. La mencionada pena, contradice radicalmente los principios liberales y democráticos de nuestro ordenamiento, ya que no es una pena asimilable a la privativa de libertad; la cadena perpetua es cualitativamente diferente, muy similar a la pena de muerte (Flores Muñoz, 1994, p. 51).

Por todo lo dicho hasta ahora, pensamos que la cadena perpetua, como parte de nuestra sistemática penal, merece una reflexión y un mejor análisis a la luz de la doctrina, que cuestiona el discurso resocializador cuando se

trata de penas de larga duración. Estas posiciones defienden la cárcel como el mejor instrumento de control social, al margen de apreciar en eficacia o ineficacia de los fines de prevención especial.

2.5.5 La cadena perpetua y su problemática a nivel de ejecución penal

Se puede observar que en el artículo IX del título preliminar del Código Penal se menciona que la pena tiene una función preventiva, protectora y resocializadora; por lo que, la Corte Suprema considera que dicho artículo se basa en la teoría de la unión. (García, 2019, p. 91). Dicha teoría, justifica la imposición de la pena, combinando los fines de las teorías existentes (relativas y retributivas), logrando rescatar lo mejor de cada una de ellas, pero a la vez, incorporando sus críticas.

Partiendo de ello, esta teoría se basa en la propuesta de Roxin, quien centra la problemática del fin de la pena en las tres fases de existencia de la misma; es decir, la creación de la sanción penal, la imposición de la pena y la ejecución de la condena. De ello, se puede encontrar algunas consideraciones contradictorias con la aplicación de la cadena perpetua y los fines de la pena (Mir, 1986, p. 100).

En la fase inicial, es decir, en la creación de la sanción penal, el legislador al hacer uso de la cadena perpetua demuestra la incorporación de un arrollador *ius puniendi*, donde no se respetan los derechos humanos ni los

principios constitucionales. La creación de este tipo de penas demuestra la violencia irracional e ilimitada para supuestamente proteger a la sociedad de criminales que no tienen una segunda oportunidad en la vida. Lo mencionado, resulta contradictorio, ya que se estaría haciendo uso de penas que no ayudan en nada a disminuir la tasa criminal. Ahora, en las etapas de la imposición y ejecución de la pena, se observa que los fines preventivos de la pena, son nulos, en la medida de la culpabilidad penal. (Bacigalupo, 2004, p. 237). El mencionado criterio, no presenta una adecuada fundamentación, ya que, en teoría, es el Juez quien para determinar la pena del reo primero debe apreciar su culpabilidad. Bajo este enfoque, el juez al hacer uso de la cadena perpetua se convierte en un simple ejecutor del populismo penal, donde prácticamente, impone la pena de manera automática, ya que no se admite la graduación de la sanción penal. El juez solo se limita a aceptar lo establecido por la ley; por lo que, debe aplicar la cadena perpetua en los casos expresamente establecidos. (Aguirre, 2011, p. 91).

En la última fase, es decir, en la ejecución penal, un amplio sector de la doctrina considera que es en esa fase donde se deben observar y respetar los fines resocializadores de la pena. Lo mencionado, no es compatible con la ejecución de la cadena perpetua, ya que, su ejecución no garantiza ningún fin resocializador; ello porque el reo jamás recuperara su naturaleza gregaria. (Bacigalupo, 2004, p. 137). Ante esta problemática, es utópico y absurdo considerar el fin resocializador de la pena en la cadena perpetua; incluso si se realiza una revisión de la mencionada sanción penal a los 35

años, el ser humano hasta ello, se convertiría en un ser inerte y sin ninguna utilidad para la sociedad; por ello, la duración de las penas siempre debe guardar concordancia con el fin que se persigue con su imposición. La cadena perpetua, por lo mencionado con anterioridad, no busca restituir al criminal a la sociedad; sino, busca alejarlo para siempre por considerarlo un peligro inminente (Fontán, 1969, p. 564).

Como afirma Prado Saldarriaga, la cadena perpetua no cumple con ningún fin resocializador de la pena; por el contrario, se observa un fin meramente retributivo que solo ayuda a calmar el clamor popular. En ningún momento se aprecia algún mecanismo de resocialización, ya que, lo que se está buscando es el alejamiento total de la sociedad. De esta manera, la cadena perpetua sería utilizada como un simple instrumento de intimidación, sin ningún fin de resocialización (2000, p. 89).

2.5.5.1 Cuadros estadísticos.

El siguiente cuadro se evidencia el incremento de sentencias de cadena perpetua en la población penal, a nivel nacional.

Cuadro 1

AÑO	MES	PENA 30-35	CADENA
PERPETUA			
2017	ENERO	808	560
2017	FEBERO	841	569

2017	MARZO	852	589
2017	ABRIL	859	599
2017	MAYO	853	600
2017	JUNIO	880	609
2017	JULIO	874	622
2017	AGOSTO	889	625
2017	SETIEMBRE	909	636
2017	OCTUBRE	925	631
2017	NOVIEMBRE	948	636
2017	DICIEMBRE	951	650
2018	DICIEMBRE	1155	819
2019	DICIEMBRE	1388	1084
2020	ABRIL	1442	1152
2021	ENERO	1506	1273

Fuente. Unidad de registros penitenciarios - INPE

Al respecto, se puede apreciar que durante el año 2017 se fue incrementando paulatinamente el número de condenados a cadena perpetua, es así que, en enero del 2017 había 560 personas condenadas a cadena perpetua; sin embargo, en diciembre del mismo año se culminó con 650 condenados, es decir, 90 condenados más en un solo año. Asimismo, en los años posteriores no se redujo la cifra; por el contrario, se incrementó, así tenemos a diciembre de 2018, la cantidad de 819 condenados a cadena perpetua, es decir, 169 condenados más en comparación con diciembre del 2017. En el 2019, la cifra siguió incrementándose vertiginosamente a 1084 personas condenadas a cadena

perpetua, es decir, 265 condenados más en relación con diciembre del 2018. Hasta enero del 2021 se presentaban 1273 condenados a cadena perpetua, siendo que, en relación con el mes de diciembre del 2019, se incrementó en 189 personas condenadas a esta pena. De donde se concluye que la aplicación de la cadena perpetua, desde el año 2017 hasta enero del 2021, viene experimentando un crecimiento gradual y permanente.

El siguiente cuadro se aprecian los proyectos de ley presentados por diversos congresistas relacionados con la Cadena Perpetua, en el que se acentúa la motivación de aplicar esta pena a más tipos penales.

Cuadro 2

1.- N.º de proyecto: 05051. **Fecha de presentación:** 22/04/2020.

Título y sumilla: Propone modificar los artículos 384, 387, 389 y 399 del Código Penal y establece cadena perpetua para funcionarios o servidores públicos que cometen ilícitos penales en Estado de Emergencia, pandemias, fenómenos o desastres naturales.

Último estado procesal: Orden del Día.

2.- N.º de proyecto: 05134. **Fecha de presentación:** 07/05/2020.

Título y sumilla: Propone sancionar con cadena perpetua y muerte civil a los altos funcionarios públicos por la comisión de delitos de corrupción.

Último estado procesal: En la Comisión de Justicia y en la Comisión de Constitución.

3.- N.º de proyecto: 05159. **Fecha de presentación:** 11/05/2020.

Título y sumilla: Propone modificar el artículo 108-B del Código Penal a fin de aplicar la cadena perpetua por la comisión del delito de feminicidio cuando concurra cualquiera de sus agravantes.

Último estado procesal: Aprobado en primera votación.

4.- N.º de proyecto: 05389. **Fecha de presentación:** 01/06/2020.

Título y sumilla: Propone establecer la cadena perpetua para delitos de corrupción de funcionarios y otros delitos contra la administración pública cometidos durante el Estado de emergencia.

Último estado procesal: Orden del día.

5.- N.º de proyecto: 05744. **Fecha de presentación:** 09/07/2020.

Título y sumilla: Propone aumentar las penas a cadena perpetua para los delitos de violación y homicidio contemplados en los artículos 107, 108, 108-B, 108-C, 170, 171, 172 y 177 del Código Penal.

Último estado procesal: En la Comisión de Justicia.

6.- N.º de proyecto: 05940. **Fecha de Presentación:** 11/08/2020.

Título y sumilla: Propone modificar el artículo 108-B del Código Penal referido a la aplicación de sancionar con pena de cadena perpetua a quienes cometan el delito de feminicidio cuando concurren una de sus agravantes.

Último estado procesal: En la Comisión de Justicia.

7.- N.º de proyecto: 06564. **Fecha de presentación:** 27/10 /2020.

Título y sumilla: Propone modificar el artículo 170 del Código Penal (Decreto Legislativo N.º 635) y establece la aplicación de la cadena perpetua en casos de violación sexual grupal o cuando concurren dos o más agravantes.

Último estado procesal: En la Comisión de Justicia.

8.- N.º de proyecto: 06617. **Fecha de presentación:** 05/11/2020.

Título y Sumilla: Propone establecer la pena de cadena perpetua para criminales altamente violentos que cometen graves delitos contra la vida y la libertad sexual de múltiples víctimas o son reincidentes en estos delitos u otros delitos graves.

Último estado procesal: En la Comisión de Justicia.

Fuente. Congreso de la República (periodo parlamentario del 27 de julio del 2016 al 26 de julio del 2021)

Como se puede apreciar, la tendencia o proyección por parte de los legisladores es a presentar proyectos de Ley, no para desaparecer la cadena perpetua o reducir los años de su revisión, sino para incorporar esta sanción gravísima a otros delitos, como son los de corrupción de funcionarios, delitos contra la administración pública, etc. A primera vista, resulta popular presentar este tipo de proyectos; en ese sentido, suelen escucharse incluso voces que plantean la aplicación de la pena de muerte

para diversos delitos, sin reparar que de acuerdo con nuestra Constitución se encuentra proscrita o vedada, restringiéndola únicamente para la traición a la patria en caso de guerra exterior. Dicho sea de paso, aplicar la pena de muerte para otros delitos en el Perú, exigiría previamente renunciar a la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

2.5.6 La cadena perpetua, su revisión y los llamados beneficios penitenciarios

El Estado peruano, conforme a un derecho penal garantista, establece en el artículo II del título preliminar del Código de Ejecución Penal, lo siguiente: “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad [...]” (Código de Ejecución Penal, 1991). En tal enfoque, el régimen penitenciario peruano, establece guías y criterios adecuados, que permiten regular los derechos y obligaciones, que debe tener todo reo, mientras permanece en prisión. De esta manera, aparecen los beneficios penitenciarios, enmarcados dentro de los criterios que sigue el régimen penitenciario, para poder cumplir con los fines ya señalados.

Es por medio de los beneficios penitenciarios, que la Ley puede ofrecer a los reos, ciertos estímulos beneficiosos a fin de conseguir una mejora positiva en el comportamiento de los encarcelados. Además, se ha comprobado que la presencia de los beneficios penitenciarios es uno de los mejores criterios para mejorar las condiciones de vida de los encarcelados;

de esta manera, los reos pueden seguir un patrón de buena conducta, con el fin de alcanzar la tan anhelada reintegración a la sociedad por medio de tales beneficios. Estos beneficios se realizan porque el sistema penitenciario no puede esperar que el reo se resocialice por cuenta propia; esto sería muy inocente por parte de las autoridades, ya que, los criminales son personas que necesitan de una guía para volver a reinsertarse a la sociedad. De esta manera, a los reos se les debe brindar ciertas posibilidades de acortamiento de la condena o de otros intereses que ayuden a forjar un camino a la reeducación (Gallego, 2011, pp. 262-263). En la misma línea, Sanz (2006), menciona que la idea de los beneficios penitenciarios resulta beneficiosa para hacer surgir la voluntad de cambio en los internos; de esta manera, surgen los anhelos de esperanza de poder salir lo antes posible (p.14).

En el régimen penitenciario peruano, se puede observar una duda respecto a si los beneficios penitenciarios, constituyen o no derechos de los penados. Ante ello, el Tribunal Constitucional ha señalado a través del expediente N.º 2196-2002-HC/TC lo siguiente: “[...] los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, [...]”.

El sector mayoritario de la doctrina se inclina en comprender a los beneficios penitenciarios como premios o estímulos, que están comprendidos dentro del régimen penitenciario para cumplir con sus fines propuestos. En este sentido, el propio artículo 165 del reglamento del CEP, señala su característica de “estimulo”; por lo que, no podrían ser derechos. Si tales beneficios fueran considerados como derechos, entonces, los reos podrían exigir al ordenamiento jurídico su efectiva realización, pero como no lo son, entonces no tienen esa capacidad de exigibilidad. Para reforzar lo mencionado, en el propio artículo 166 del reglamento del CEP, menciona lo siguiente: “Los internos procesados o sentenciados, podrán acceder, según el caso, a los beneficios penitenciarios siempre que reúnan los requisitos correspondientes”. De ello, se desprende el carácter meramente facultativo, donde queda a discrecionalidad del juez el aplicar tales beneficios o no. De esta manera, los beneficios penitenciarios, constituyen herramientas muy importantes del régimen penitenciario para lograr un mayor bienestar y seguridad de cada uno de los internos.

Actualmente, existe un amplio sector que está cuestionando los medios que usan los beneficios penitenciarios para lograr la llamada “resocialización”. Medios que se refieren fundamentalmente a los beneficios como la redención de la pena, la semilibertad, entre otros. La crítica, fundamentalmente se refiera al carácter benefactor y permisible con criminales que han causado daños irreparables en la sociedad; por lo que, al reducir el tiempo de la condena, regresarían muy rápido a la sociedad sin evidenciar una efectiva resocialización en los condenados. Ante ello, se

exige un adecuado enfoque de los beneficios penitenciarios, donde se encuentre un término medio, que logre alcanzar los fines resocializadores y calmar el clamor de una verdadera justicia penal, por parte de la sociedad. Esta sociedad, que se siente impotente y olvidada frente a sus autoridades, que perciben que, en la mayoría de los casos, los criminales no llegan a ser sancionados como se merecen. (Vizcardo, 2003, p. 103)

Teniendo como fuente normativa las disposiciones legales ya referidas, nuestro vigente Código de Ejecución Penal en el artículo 47, legisla sobre los siguientes beneficios penitenciarios:

- 1) Permiso de salida.
- 2) Redención de la pena por el trabajo y la educación.
- 3) Semilibertad.
- 4) Liberación condicional.
- 5) Visita íntima.
- 6) Otros beneficios.

En este contexto, el Perú ha aceptado la revisión de la cadena perpetua, transcurrido 35 años, con el propósito de poner fin a la llama intemporalidad de la cadena perpetua. En este sentido el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia N.º 010-2002-AI/TC, manifiesta lo siguiente: “[...] el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una

ley en los términos exhortados, [...], los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias”. De lo mencionado, se entiende que el Estado peruano prevé que la cadena perpetua no puede ser intemporal, sino que, se necesita de una revisión a los 35 años; lo mencionado, si bien en teoría sería un beneficio penitenciario para evitar que el reo sea encarcelado toda su vida, en la práctica, es todo lo contrario, ya que, el reo si es que llegara a salir después de 35 años, se encontraría ante una sociedad que ya no lo necesita; por lo que, su resocialización sería nula.

En lo referente a la revisión de la cadena perpetua, el Estado peruano, en concordancia con lo exhortado por el Tribunal Constitucional, reaccionó oportunamente expidiendo el Decreto Legislativo N.º 921, para establecer la “revisión de la pena de cadena perpetua”. De esta manera, es de apreciarse que el legislador nacional no optó por el mecanismo de insertar una nueva modalidad de “beneficio penitenciario”, sino el de instituir un procedimiento de excarcelación que denominó “revisión”, insertado en el Título II “Régimen Penitenciario”, artículo 59-A del Código de Ejecución Penal.

A este mecanismo de revisión, algunos especialistas de la materia consideran que en el fondo se trataría de un beneficio penitenciario, pero se debe reconocer que tiene una naturaleza jurídica muy diferente. El Tribunal Constitucional a través de un pronunciamiento en el Expediente N.º 003-2005-PI/TC también hace referencia al transcurso del tiempo purgando para que se cumpla con el requisito previo establecido por el art.

59-A del Código de Ejecución Penal. Por otro lado, otro sector especialista en la materia considera que la revisión de la cadena perpetua no es un beneficio penitenciario, ya que, sería solo un mecanismo procesal para gestionar la revisión de la sentencia. De esta manera, la segunda fundamentación tiene mayor asidero, ya que, dicha revisión no se encuentra dentro de las modalidades de los beneficios penitenciarios establecidos en el artículo 47 del Código de Ejecución Penal.

Por todo lo señalado, los beneficios penitenciarios no son derechos de los internos, sino más bien, premios o estímulos para lograr una buena conducta y la futura resocialización. En consecuencia, la naturaleza jurídica de tales beneficios es solamente premial y facultativa; por ello, dicha naturaleza entra en contradicción con la llamada “revisión de la cadena perpetua”, ya que, el único fin que persigue dicha revisión es la excarcelación del reo por fines humanitarios.

2.6 Cadena perpetua y política criminal

2.6.1 Aspectos generales

La política criminal se ha presentado en la actualidad, como un instrumento para luchar contra las manifestaciones del delito; de esta manera, ayudar a calmar la tasa de criminalidad y proteger las expectativas sociales. Por lo dicho, constituye un conjunto de conocimientos, tanto prácticos como teóricos, para garantizar la seguridad de las personas.

Con respecto a la idea de lo que ha de entenderse como “política criminal”, en la doctrina penal se han vertido diversos conceptos; por ejemplo, el maestro Luzón Peña, considera a la política criminal como aquella ciencia autónoma de la dogmática penal que, con criterios jurídicos y políticos, busca determinar que conductas deben ser consideradas como delitos; a la vez, encontrar los mejores medios para prevenirlos (2016, p. 32). Por otro lado, Según Zipf (1979), la política criminal “es un sector objetivamente delimitado de la política jurídica general: es la política jurídica en el ámbito de la justicia criminal” (p. 173). En opinión de Silva Sánchez, los principios que rigen la política criminal se materializan en la estructuración de diversos modelos preventivos para combatir las figuras delictuosas (2000, p. 122). Por lo mencionado, el Estado al hacer uso de la política criminal, no solo debe basarse en criterios jurídico-penales, sino también en criterios sociales para poder establecer los mejores mecanismos preventivos y combatidos de la criminalidad.

Desde este enfoque, la cadena perpetua sería incompatible con los fines que persigue la política criminal, ya que, la mencionada sanción penal es una medida abrupta que no refleja ningún fin adecuado para combatir la criminalidad. En este sentido, la política criminal debe ser respetuosa de los derechos humanos para poder establecer criterios que, de manera adecuada, hagan un verdadero cambio en la sociedad.

2.6.2 La cadena perpetua y fines de la política criminal

La política criminal, como menciona el profesor Borja Jiménez, debe optar por elaborar estrategias fundadas en criterios normativos, con la finalidad de aplicarlos a la realidad social para combatir la criminalidad; por ello, dichos criterios deben estar relacionados a la búsqueda de una solución a un caso específico. Gracias a lo mencionado, se podrá visualizar el real funcionamiento de la realidad social para encontrar las mejores soluciones a los conflictos humanos; además, la política criminal se erigiría como el mejor camino para aplicar las ideas del derecho penal en relación al saber criminológico. Como teoría, la política criminal está decidida a luchar contra cualquier manifestación del delito, pero siempre debe hacerlo de forma racional; buscando usar los mejores medios para combatir al delito (2003, pp. 149-150). Por lo mencionado, la orientación que siga la política criminal va a depender del enfoque que maneje cada Estado para combatir la criminalidad; pero, toda estrategia que se use debe ser respetuosa de los derechos humanos; además de, orientarse en los fines de la prevención y resocialización.

Partiendo de lo mencionado en líneas anteriores, el Estado al hacer uso de la política criminal, debe encaminar sus decisiones al control de la criminalidad; pero, sobre todo al respeto y vigencia de los derechos humanos. Este imperativo del respeto a los derechos humanos se aprecia de mejor manera al momento de la creación de normas penales; las cuales deben estar dotadas de los principios de necesidad y proporcionalidad.

Se sabe que la política criminal es teoría y práctica, por lo que, el legislador peruano, al momento de crear alguna herramienta para combatir la criminalidad, no puede dejar de lado tales preceptos. Ante ello, la cadena perpetua se presenta como una sanción penal que arrasa con los preceptos ya mencionados. Pareciera que el legislador peruano ha dejado de lado la teoría para aplicar criterios político-criminales sin alguna proporcionalidad; ya que, ha dejado de lado los derechos humanos para establecer la cadena perpetua como máxima sanción penal. De lo mencionado, se desprende una aplicación mal desarrollada de la política criminal; por lo que, tales medidas son consideradas ilegítimas en todo Estado de derecho (Aguirre, 2011, p. 309). El mayor perjudicado de medidas tan desproporcionadas, como la cadena perpetua, es el propio encarcelado; medidas que no resultan estrictamente necesarias, ya que solo sirven como expresión de un hiperpunitivismo. Lo mencionado, en términos de Silva Sánchez (2000), sería algo ilógico y absurdo, ya que la pena debe aplicarse en la medida que no cause un mayor daño del que se pretende evitar (p. 225).

La aceptación de la cadena perpetua, como instrumento de la política criminal para contrarrestar la criminalidad, trae como consecuencia una incongruencia total con la preservación de los derechos humanos; en la medida que, toda aplicación de la política criminal debe ir acompañada de una finalidad respetuosa de la dignidad y el respeto de todos los seres humanos; ir en contra del tal precepto, genera arbitrariedades y un menoscabo en los derechos esenciales (Zúñiga, 2001, p. 144).

Es primordial, observar y analizar con detenimiento los fines de la política criminal, para poder aplicar criterios de racionalidad y proporcionalidad, que estén en la línea de protección a los derechos humanos. Lastimosamente, las decisiones político-criminales muchas veces no siguen los criterios de proporcionalidad y racionalidad; por el contrario, se observa una tendencia ideológica que busca calmar la justicia popular, es decir, se basan en mecanismos populistas para generar calma en las exigencias sociales relacionadas a la criminalidad.

Los Estados deben procurar aplicar una política criminal que abarque mucho más que el derecho penal o la criminología; es decir, su enfoque debe estar dirigido también a analizar las consecuencias, el contexto y los costos económicos del delito. La política criminal, no puede hacer uso de instrumentos meramente retributivos como la cadena perpetua; por lo que, es preciso que se enfoque en criterios preventivos y resocializadores para poder alcanzar una verdadera justicia penal garantista. Como menciona Zúñiga (2001), se debe preferir la prevención que la retribución; se debe buscar políticas criminales contextuales y no solamente penales; se debe buscar una promoción funcional de la política criminal y no la mera sanción (p. 239).

La severidad de la cadena perpetua pone en peligro la finalidad primordial de la política criminal, ya que, se está atentando indiscriminadamente contra los derechos del reo. De esta manera, se generan costos sociales

muy altos con la aplicación de un medio desproporcional y sin alguna finalidad que lo justifique; problemáticas como el estigma social, la soledad, la depresión y sobre todo el atentado a la dignidad, forman parte de las consecuencias de medidas tan severas como la mencionada.

El Estado al aplicar sanciones penales tan severas e inhumanas, como la cadena perpetua; en cierta manera, se olvida de la llamada corresponsabilidad social que es importante en todo proceso de criminalización. La propia sociedad presenta problemas muy graves, como, por ejemplo: la pobreza, la falta de oportunidades, problemas de salud mental, violencia internalizada, entre otros. En este sentido, el fenómeno criminal surge en medio de tales problemas, que, de alguna manera influyen en su desarrollo (Aguirre, 2011, p. 312). Ante lo mencionado, para Laura Zúñiga Rodríguez, toda política criminal que sea respetuosa del Estado de derecho debe a la vez, asumir que la criminalidad es producto de la sociedad. En este sentido, de nada sirve aplicar diversas sanciones penales, si primero no se ha tomado en consideración los criterios sociopolíticos que influyeron en la tasa de criminalidad (2001, p. 165).

2.6.3 La cadena perpetua y su relación con una política criminal inspirada en un Estado Social y Democrático de Derecho

La concepción de “Estado de derecho” fruto del triunfo del liberalismo frente al absolutismo, según el maestro Elías Díaz, vendría a ser todo Estado sometido a un ordenamiento jurídico o al Derecho propiamente dicho; es

decir, es todo Estado donde su actividad está regulada y establecida por la ley, cuestión que no sucedía en los Estados absolutistas. Entonces, se habla de un imperio de la ley, entendida como la aceptación de la voluntad general (1998, p. 29). La conceptualización de Estado de derecho ha sufrido números cambios con el paso del tiempo; se ha extendido tanto que en la actualidad también se habla de un “Estado social de derecho”, el cual, según Blancas Bustamante, busca garantizar la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y el cumplimiento de las necesidades vitales para el adecuado funcionamiento de la sociedad (2017, p. 44).

Ante lo mencionado, el Perú sigue una línea integradora de preceptos en la Constitución; de la cual, se puede observar una dimensión democrática, social y jurídica. Lo mencionado se aprecia en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, en la cual se establece lo siguiente: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”. De ello, se entiende que el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho, donde tanto las autoridades como los ciudadanos comunes, deben someterse a las leyes; además, de ser social, donde se garantiza la protección de la persona humana para alcanzar sus objetivos. El Estado, también debe garantizar la participación ciudadana, pero dicha participación no solo debe enfocarse en el aspecto político; ya que, la democracia abarca mucho más que la sola elección de autoridades. Ante ello, la democracia debe buscar que, a través de la participación, el ciudadano puede adquirir una satisfacción plena de lo que exige; por lo que,

cada uno de los integrantes de la sociedad se encuentran en las mismas condiciones para alcanzar que se escuche su voz.

El incremento de la tasa de criminalidad es uno de los problemas más graves que afecta al Estado social y democrático de derecho, donde los ciudadanos son los mayores afectados, quienes aparte de convivir con problemas económicos, culturales, sociales, entre otros; deben afrontar la criminalidad. Ante ello, de manera lógica se puede entender que la criminalidad y los problemas sociales van de la mano con una inadecuada toma de acción de parte del Estado.

El Estado, frente a la criminalidad, solo ha considerado pertinente aplicar cada vez más, sanciones penales desproporcionadas como la ya famosa cadena perpetua. En este sentido, la cadena perpetua, no constituye un medio eficaz para la lucha contra la criminalidad; ya que, aparte de no bajar la tasa de criminalidad, tampoco es un medio respetuoso de los derechos humanos.

Por todo lo mencionado, la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente N.º 351-2005, menciona que: “[...] las tendencias del principio del Estado de Derecho tienen que conciliarse con las exigencias de un Estado Social, porque nuestra Constitución lo acoge, donde se incluye la exigencia de que el condenado no sea expulsado de la sociedad, sino que conserve la posibilidad de su reintegración social [...]”. Se entiende que, el llamado Estado social y democrático de derecho presenta una naturaleza dialéctica

en cuando a sus fines. En este contexto, Roxin (1997), considera que incluso el peor de los criminales, condenado a cadena perpetua, tiene que tener la posibilidad de una futura reincorporación a la sociedad. De esta manera, el mejor manejo de la política criminal se da a través de criterios que busquen la verdadera integración social y la limitación de penas desproporcionadas (p. 331).

2.6.4 Tendencias político criminales actuales en el Perú

El Estado peruano en su afán de controlar la tasa de criminalidad, cada vez más latente en nuestra sociedad, ha promovido diversas estrategias político-criminales, que significan un total retroceso a los lineamientos garantistas. En ese sentido, es muy común que los legisladores hagan uso de su potestad legisladora para crear proyectos de ley o modificaciones meramente populistas; todo ello, para supuestamente bajar la tasa de criminal, cuando en la realidad es todo lo contrario.

Como señala el maestro Villavicencio Terreros, en el Perú, se presentan diversos hechos altamente criminológicos, que representan un peligro latente a la sociedad; que si bien, es necesario aplicar sanciones penales graves para estos sujetos infractores de la norma penal; también es necesario analizar sí realmente la aplicación de una sanción penal grave va a disminuir la criminalidad. Por ello, al analizar la cadena perpetua, muchos están conformes con ella, ya que, es aplicada a delitos muy reprochables (violación de menor de 14 años); por lo que, su aislamiento

es aplaudido por el común de la sociedad. Agrega, que el tema discutido, no es la sanción penal en sí misma, sino el procedimiento que se utiliza para reprimir a estos criminales altamente peligrosos; de igual manera, alude la existencia de un aumento de delitos altamente graves como, por ejemplo: homicidios calificados, violación sexual, tráfico ilícito de drogas, entre otros. Ante ello, resulta claro que, se deben reprimir tales conductas criminales; pero las sanciones penales deben ir enmarcadas dentro de un verdadero programa de justicia penal para no solamente reprimir, sino también reformar (2005, p. 196).

La Comisión Especial Revisora del Código Penal en la Ley N. °27837, sobre el Anteproyecto de Ley del Código Penal, se señala lo siguiente: “La cadena perpetua podrá imponerse por unanimidad de la sala, de lo contrario se impondrá la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad. La cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 25 años de pena privativa de libertad, o 35 años en los casos de terrorismo, conforme a la ley de la materia”.

Ante ello, queda claro la tendencia a seguir haciendo uso de sanciones penales tan graves, como la cadena perpetua. Es decir, si bien hacen una consideración especial, respecto a la revisión a los 25 años de pena privativa de libertad; ello tampoco es nada alentador para el reo, ya que, vivirá a la derivada de si realmente le concederán la tan ansiada libertad o no. Se puede apreciar, como la posición mayoritaria está favor de mantener la cadena perpetua, a pesar de todas las contradicciones que presenta

respecto a los derechos humanos; por lo que, ello evidencia que en el caso peruano hay una tendencia a no cambiar de paradigma respecto a la mencionada sanción penal.

La tendencia a la aplicación de la cadena perpetua revela una preocupante orientación a favor del hiperpunitivismo penal, que anima a nuestros legisladores y a los representantes de nuestras instituciones gubernamentales a seguir haciendo uso de sanciones retrogradas e inhumanas. Ante ello, se debe cambiar el enfoque meramente retributivo, para poder encontrar soluciones reales al problema de la criminalidad; ya quedó demostrado que, la tasa de criminalidad no disminuye a pesar de existir sanciones penales graves, sino todo lo contrario, se observa un aumento de la criminalidad.

Es importante hacer referencia al Decreto Legislativo N.º 982 que en virtud de su artículo 2 llega a introducir nuevos supuestos para la aplicación de la cadena perpetua, como son: En el delito de secuestro y extorsión. Dichas decisiones reflejan un carácter sobrecriminalizador de las sanciones penales, donde no resulta nada raro, la posibilidad de aplicar el mismo criterio a más tipos penales del Código Penal.

Finalmente, se llegó a publicar el “Anteproyecto de Ley del Código Penal”, por parte de la Comisión Revisora de dicho cuerpo normativo, cuyo contenido trae consigo varias modificaciones al Código Penal vigente con una propuesta innovadora en muchos institutos jurídico-penales. Sin

embargo, dentro del tratamiento de la pena privativa de libertad en el artículo 29 se advierte un cambio, no real, sólo aparente, ya no figura la “cadena perpetua”, en su lugar se ha colocado una pena “indeterminada”, no menor de 35 años; con lo que se evidencia que la intención del legislador y específicamente de la Comisión no fue eliminar la pena de cadena perpetua. Ergo, no se advierte el deseo de desaparecer efectivamente los efectos perniciosos de la cadena perpetua.

Por su parte, Baratta (1989) señala que, solo se podrá sustituir el derecho penal por algo mejor cuando la propia sociedad se convierta en un espacio de paz social. No se puede dejar de lado una política criminal alternativa y su ideología política que la acompaña; se deben desarrollar estrategias que tengan su foco de acción en la propia sociedad para buscar mejores soluciones que la sola imposición de sanciones penales (p. 221).

De otro lado, Martínez (1990), señalaba que el sistema de justicia penal actual no reconoce sus propias falencias y adversidades; por lo que, ello trae numerosas consecuencias en el afán de combatir la criminalidad. Además, señala la necesidad de hacer prevalecer un derecho penal mínimo, donde solo se apliquen sanciones penales graves, cuando sea estrictamente necesario (p. 155).

Neuman (1995), al analizar sobre la prisión y la muerte, señala la hipocresía de los sistemas penales y las estrategias políticas criminales que siguen para combatir la delincuencia. De este modo, alegan proteger a la sociedad,

pero la realidad es que lo hacen a costos muy altos e inhumanos; ello porque al aplicar sanciones penales tan altas, provoca en los reos una muerte en vida, donde viven resignados a su realidad y de la cual no podrán escapar (pp. 279-281).

CAPÍTULO 3. CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

3.1 COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS FORMULADAS

Luego de desarrollar el estudio teórico de la problemática de la aplicación de criterios de perpetuidad en la respuesta punitiva del estado, como presupuestas instrumentales para fundamentar los fines de nuestra investigación y poder constatar así la veracidad de nuestras hipótesis, resulta necesario apreciar los criterios y métodos empleados para llegar a comprobarlas empíricamente.

3.5.1 Corroboración o comprobación de la Hipótesis Principal

H. La cadena perpetua, como pena incorporada en la legislación peruana, no cumple los fundamentos político criminales garantistas que orientan la finalidad de la pena en un Estado social y democrático de derecho.

Para este efecto se realizó entrevistas a abogados, catedráticos especialistas y público en general, proponiendo la siguiente pregunta:

¿Considera usted que en nuestro medio la inclusión de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado, distorsiona los fundamentos político criminales garantistas que orientan la finalidad de la pena en un Estado Social y democrático de derecho?

Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 220 abogados litigantes en la Corte de Lima, Cono Norte y Cono Sur.

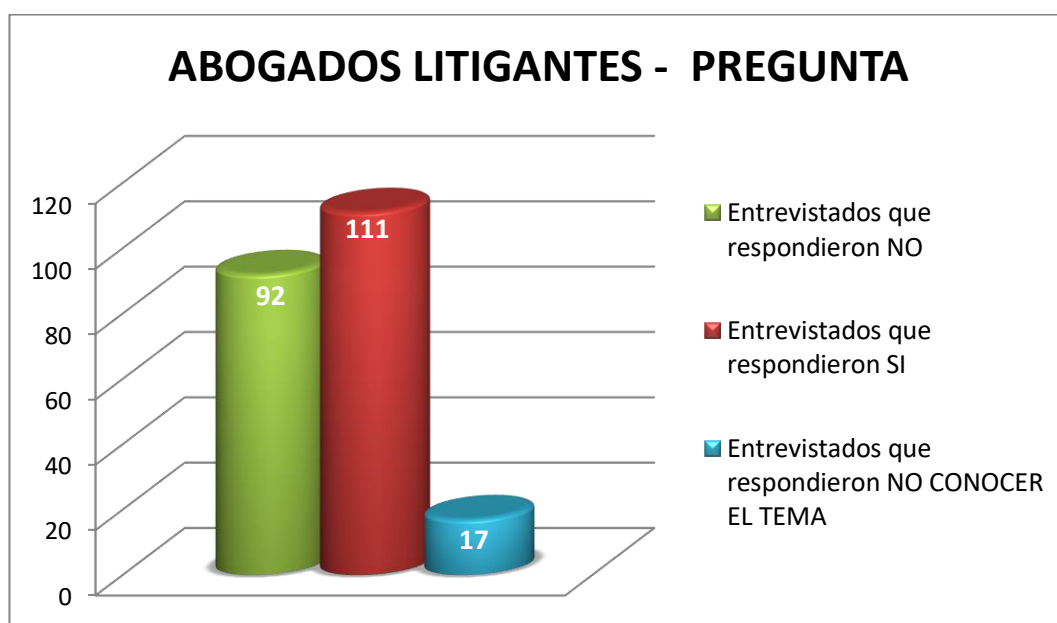
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

Pregunta: 111 entrevistados respondieron que sí.

92 entrevistados respondieron que no.

17 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Universo de la muestra correspondiente a FISCALES DEL DISTRITO

FISCAL DE LIMA CENTRO

UNIVERSO: 52 Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro.

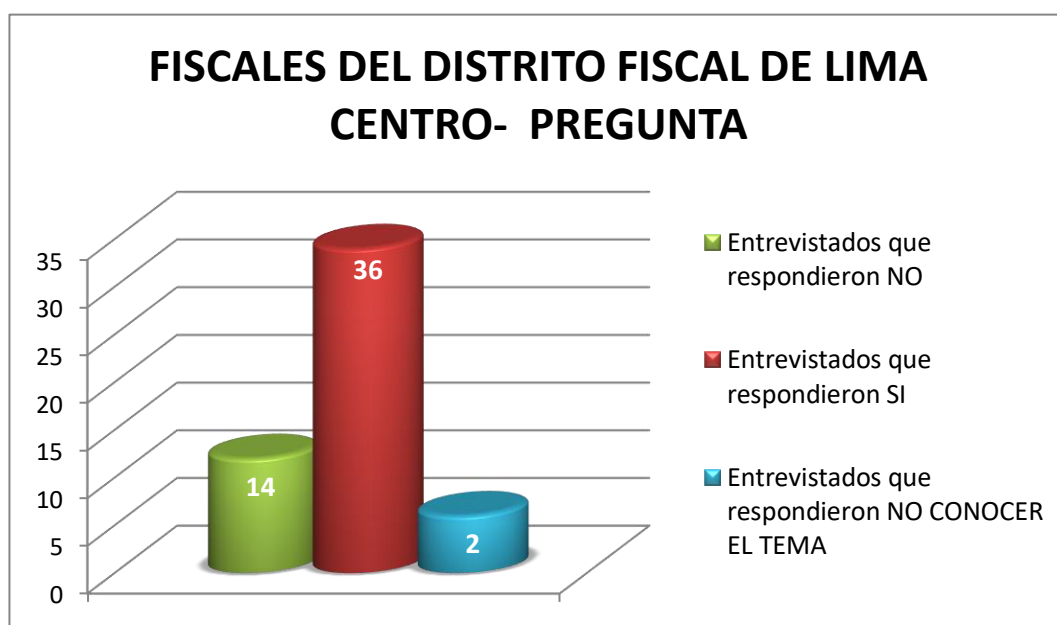
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

Pregunta: 36 entrevistados respondieron que sí.

14 entrevistados respondieron que no.

2 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Universo de la muestra correspondiente al PUBLICO EN GENERAL

UNIVERSO: 250 personas adultas entre hombres y mujeres de diversos distritos de la ciudad de Lima.

PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

Pregunta: 123 entrevistados respondieron que sí.

112 entrevistados respondieron que no.

15 entrevistados respondieron no conocer el tema.



3.1.2 Corroboración o comprobación de las Hipótesis específicas

1.- Primera Hipótesis específica

H.1. En el Perú no se ha realizado un adecuado desarrollo histórico, teórico, doctrinario e interdisciplinar de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado social y democrático de derecho.

Para CONSTAR ESTA PERCEPCIÓN realizamos entrevistas a abogados litigantes, Fiscales del Distrito Fiscal de Lima y público en general, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

¿Considera Ud. que en el Perú existe un adecuado desarrollo histórico, teórico, doctrinario de la cadena perpetua como respuesta punitiva del Estado social y democrático de derecho?.

Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 220 abogados litigantes en la Corte de Lima, Cono Norte y Cono Sur.

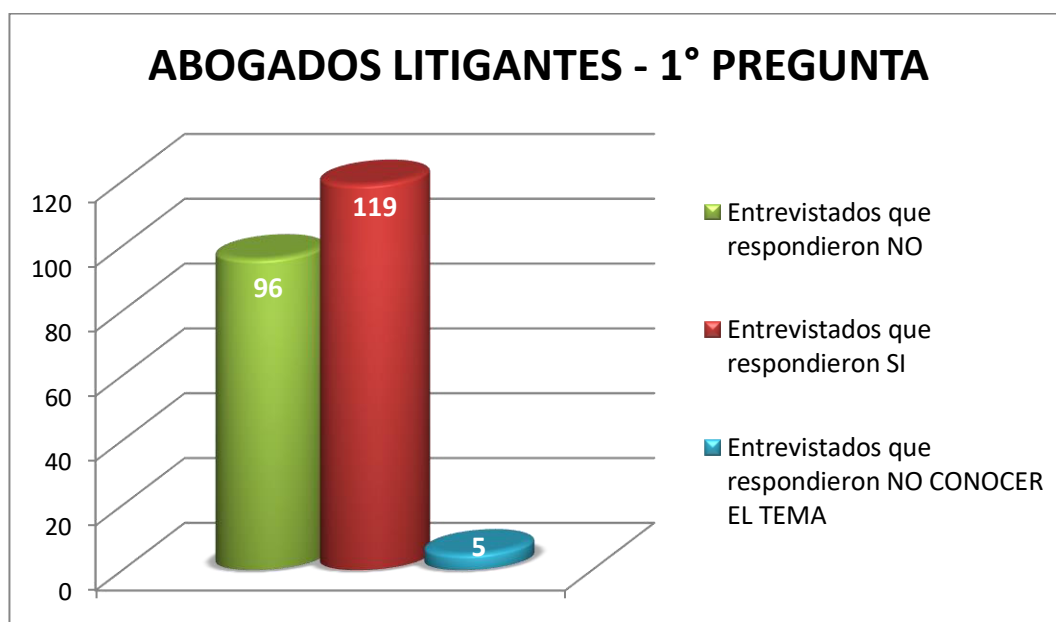
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 119 entrevistados respondieron que sí.

96 entrevistados respondieron que no.

5 entrevistados respondieron no conocer el tema.



**Universo de la muestra correspondiente a FISCALES DEL DISTRITO
FISCAL DE LIMA CENTRO**

UNIVERSO: 52 Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro.

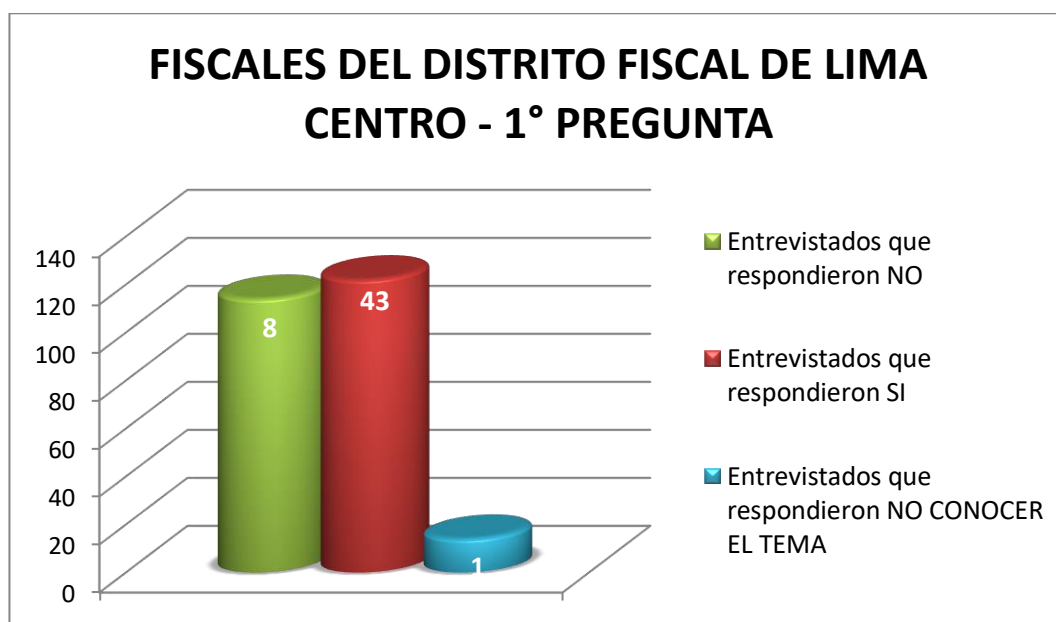
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 43 entrevistados respondieron que sí.

8 entrevistados respondieron que no.

1 entrevistado respondió no conocer el tema



Universo de la muestra correspondiente al PÚBLICO EN GENERAL

UNIVERSO: 250 personas adultas entre hombres y mujeres de diversos distritos de la ciudad de Lima.

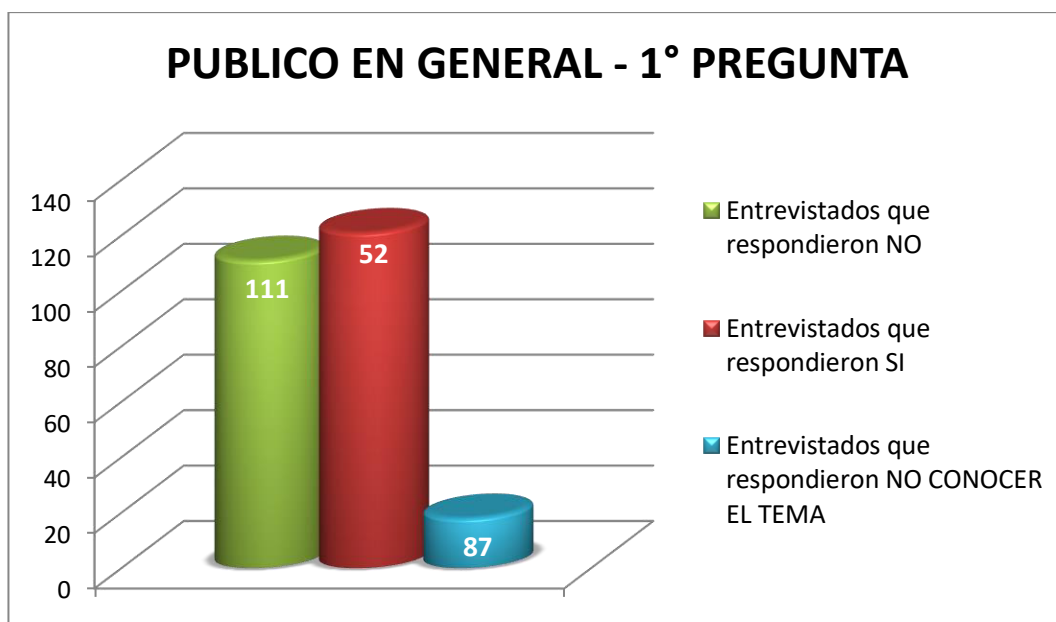
PERIODO: Abril a Mayo de 2017

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 52 entrevistados respondieron que sí.

111 entrevistados respondieron que no.

87 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Segunda Hipótesis específica

H.2. Con la instauración de la cadena perpetua en nuestro sistema punitivo, se afectan los postulados humanitarios y resocializadores de la aplicación de la pena.

PARA CONSTATAR ESTA PERCEPCIÓN, realizamos entrevistas a abogados litigantes, Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro y público en general, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

¿Cree usted que con la instauración de la cadena perpetua en nuestra legislación, se afectan los postulados humanitarios y resocializadores de la aplicación de la pena, que orientan nuestro sistema penal?.

Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 220 abogados litigantes en la Corte de Lima, Cono Norte y Cono Sur.

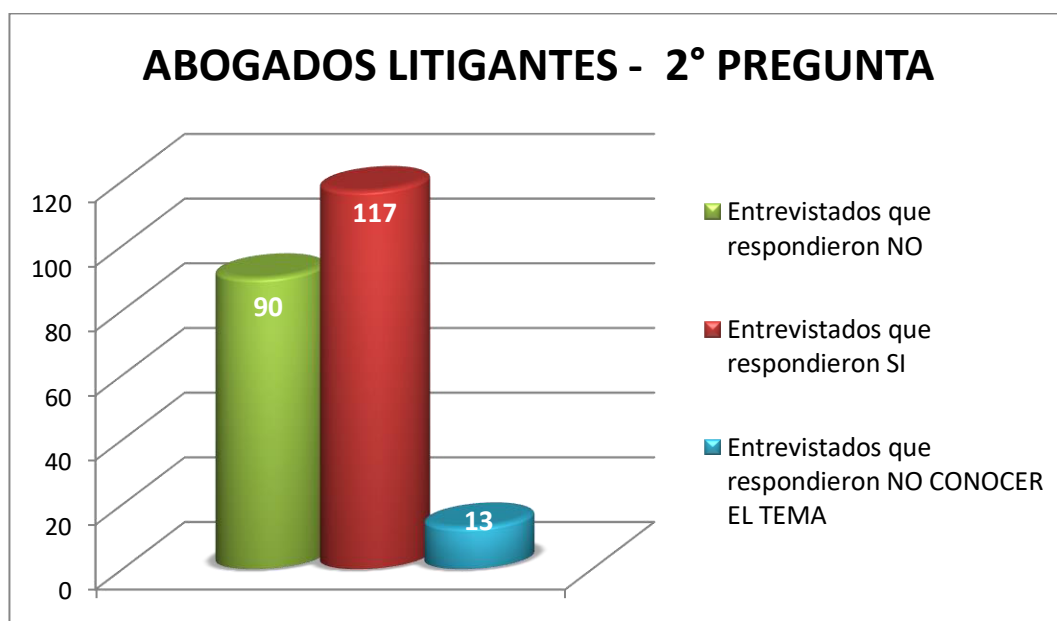
PERIODO: Abril a Mayo 2017.

RESPUESTAS:

2º Pregunta: 117 entrevistados respondieron que sí.

90 entrevistados respondieron que no.

13 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Universo de la muestra correspondiente a FISCALES DEL DISTRITO

FISCAL DE LIMA CENTRO

UNIVERSO: 52 Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro.

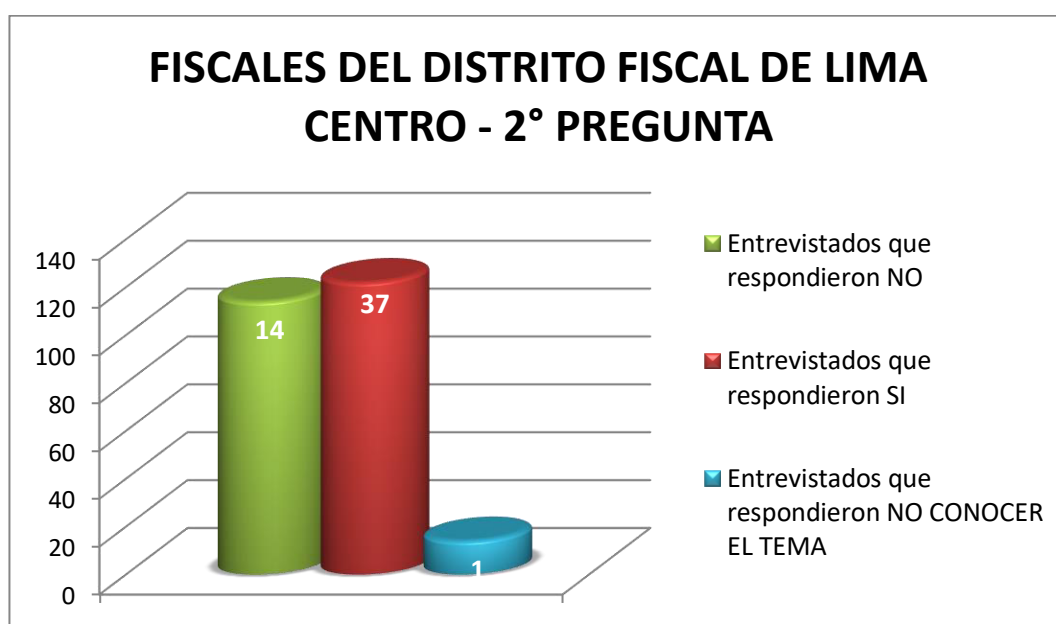
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 37 entrevistados respondieron que sí.

14 entrevistados respondieron que no.

1 entrevistado dijo no conocer el tema



Universo de la muestra correspondiente a PÚBLICO EN GENERAL

UNIVERSO: 250 personas adultas entre hombres y mujeres de diversos distritos de la ciudad de Lima.

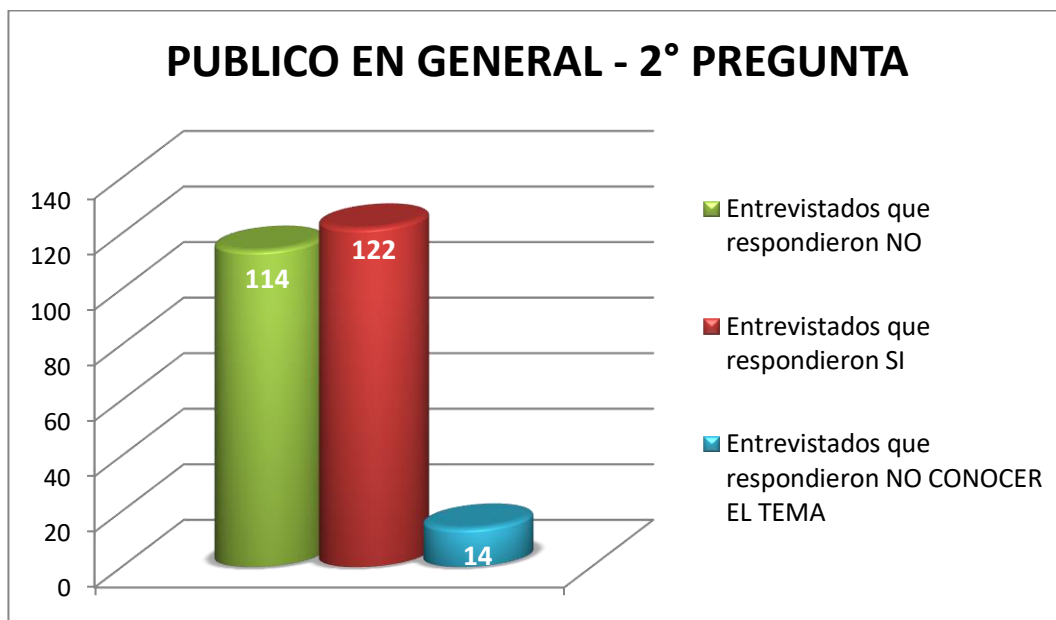
PERIODO: Abril a Mayo 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 122 entrevistados respondieron que sí.

114 entrevistados respondieron que no.

14 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Tercera Hipótesis específica

H.3. La propuesta que sobre la cadena perpetua debe tomar en cuenta nuestro modelo de Estado social y democrático de derecho, será la revisión de la misma.

PARA CONSTATAR ESTA PERCEPCIÓN, realizamos entrevistas a abogados litigantes, Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro y público en general, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

¿Considera usted que la propuesta sobre la cadena perpetua en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe implicar una revisión de la misma?

Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 220 abogados litigantes en la Corte de Lima, Cono Norte y Cono Sur.

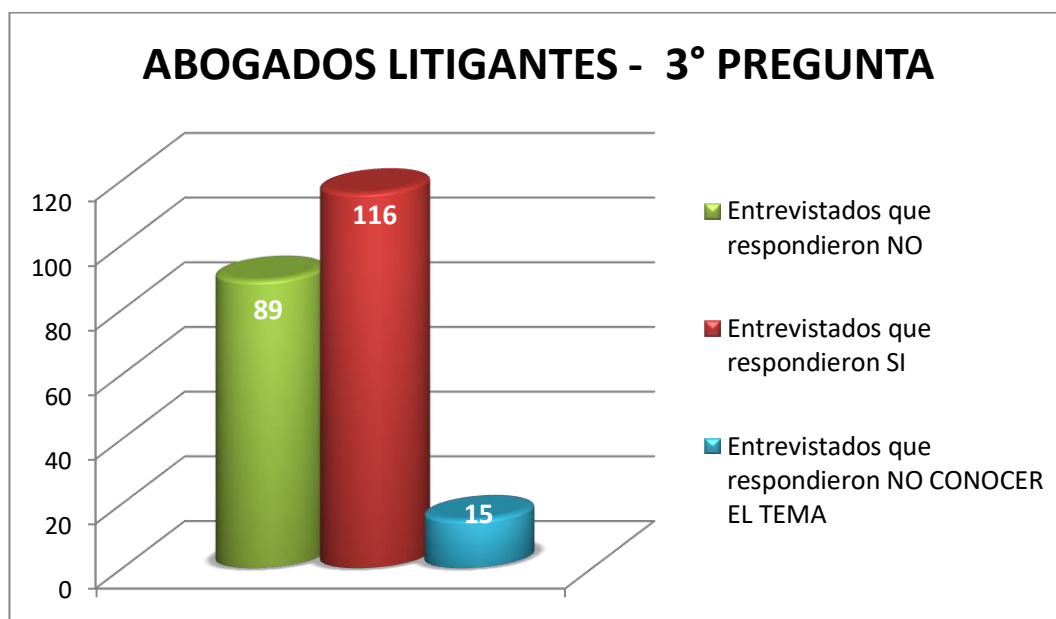
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 116 entrevistados respondieron que sí.

89 entrevistados respondieron que no.

15 entrevistados respondieron no conocer el tema.



Universo de la muestra correspondiente a FISCALES DEL DISTRITO

FISCAL DEL LIMA CENTRO

UNIVERSO: 52 Fiscales del Distrito Fiscal de Lima Centro.

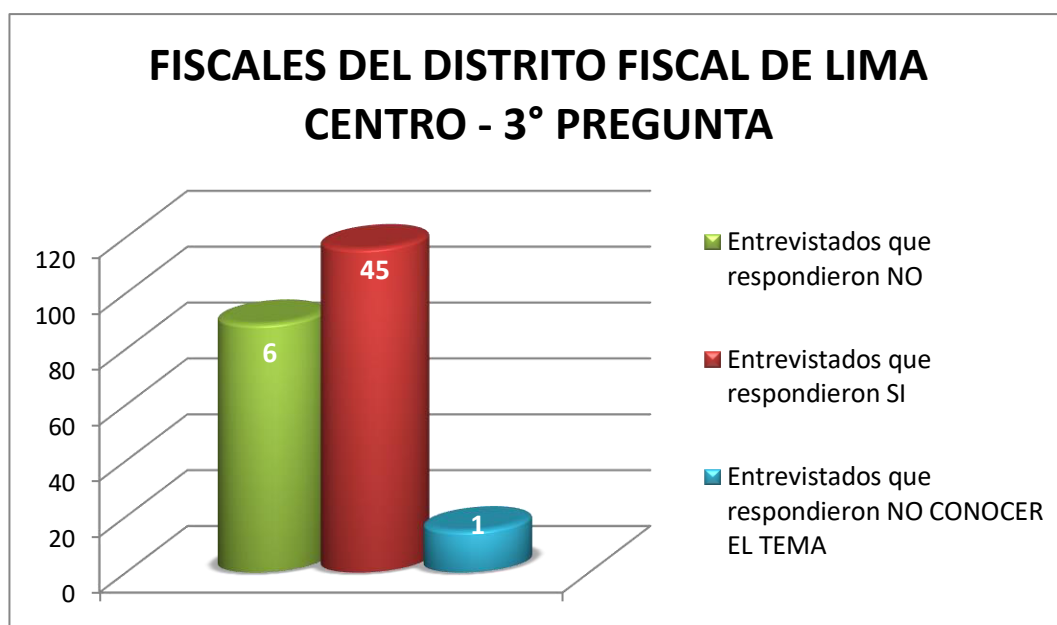
PERIODO: Abril a Mayo de 2017.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 45 entrevistados respondieron que sí.

6 entrevistados respondieron que no.

1 entrevistado respondió no conocer el tema



Universo de la muestra correspondiente al PÚBLICO EN GENERAL

UNIVERSO: 250 personas adultas entre hombres y mujeres de diversos distritos de la ciudad de Lima.

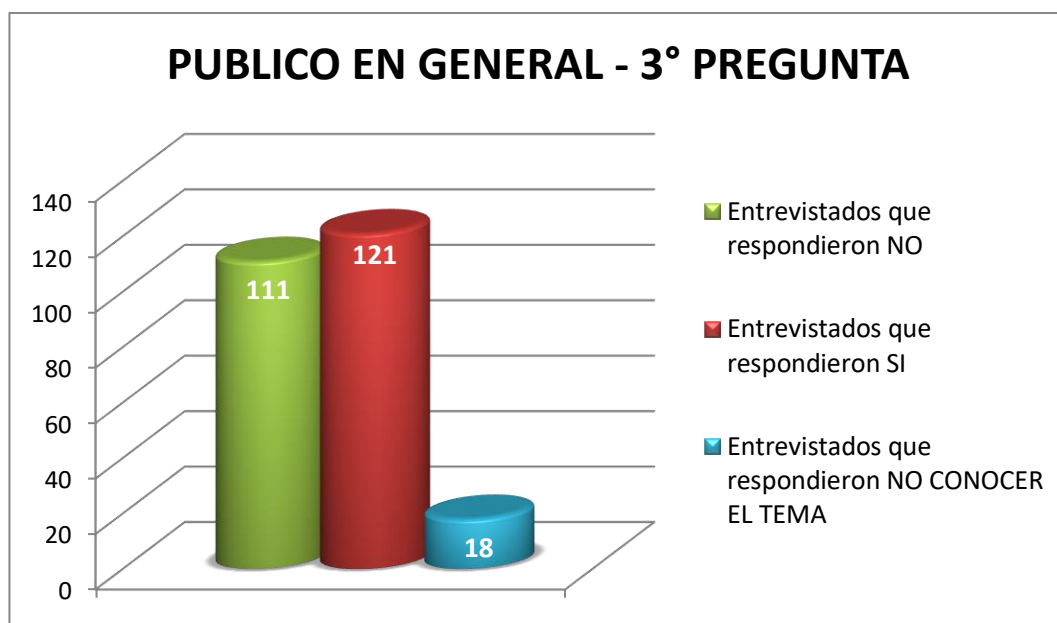
PERIODO: Abril a Mayo de 2017

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 121 entrevistados respondieron que sí.

111 entrevistados respondieron que no.

18 entrevistados respondieron no conocer el tema.



3.2 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3.2.1 Toma de postura personal

La cadena perpetua como lo hemos analizado no coadyuva o contribuye a una disminución de la criminalidad, aún en los casos de ser revisable; es decir, que, desde el punto de vista de la prevención general negativa, no se aprecian sus frutos. En lo que respecta a la prevención especial, tampoco permite una resocialización del interno, aún en su forma revisable, toda vez, que 35 años, en buena cuenta en la mayoría de casos constituye un encierro de por vida; de allí que se la compare con la pena capital o pena de muerte, incluso algunos dicen que es peor, porque la cadena perpetua es como una muerte en vida.

Por ello, planteamos como lo desarrollaremos en el ítem de las recomendaciones que la revisión se aplique a los 25 años, salvo el delito de terrorismo, en cuyo caso deberá ser a los 30 años.

3.2.1.1 Conclusiones

1.1. La introducción de criterios de perpetuidad en nuestro sistema punitivo, como es la cadena perpetua, promueve un Derecho Penal injusto, en tanto se aleja de los derechos humanos, que esencialmente funcionan como baremos del sistema jurídico y además no se ajusta al diseño político criminal humanitario y garantista que propugna la Constitución del Perú.

1.2. La incorporación de criterios de perpetuidad en nuestro sistema punitivo, como lo es la cadena perpetua, se constituye como factores segregadores e inocuizantes, que atentan contra la dignidad humana, así como los principios de proporcionalidad, igualdad, humanidad de las penas y el de culpabilidad, propios del Derecho Penal.

1.3. La cadena perpetua deviene en inicua y se manifiesta además contraria a los fines de la pena, fundamentalmente con la prevención especial, al entrar en colisión con los propósitos de reinserción social y resocialización del individuo sometido a cualquier pena privativa de libertad; así sea materia de revisión, toda vez que 35 años resulta ser un tiempo excesivamente desproporcionado per se.

1.4. La incorporación de la cadena perpetua en la sistemática penal peruana obedeció a la implementación de un Derecho Penal de Emergencia a partir de 1992, como mecanismo de control penal del fenómeno terrorista, y, pese a haberse superado esta situación coyuntural en gran medida, aunque existen rezagos, se ha tornado en una condición permanente, siendo extensiva a otros delitos de suma gravedad. Por lo tanto en vez de haberse dado una evolución en materia penal, se ha producido una regresión, una involución al contemplar en su escala penal, como máxima pena, la cadena perpetua, en la que aún se sigue insistiendo con nombre propio, o, bajo la denominación de “pena indeterminada” como ha propuesto la Comisión Especial Revisora del Código Penal.

1.5. La cadena perpetua en las legislaciones de países democráticos siempre significará una muestra del endurecimiento de las reglas político criminales y la implementación de un pernicioso simbolismo penal, que responde a una situación de excepción que no debe tornarse permanente, por colisionar con las bases del Estado social y democrático de Derecho.

1.6. El Tribunal Constitucional peruano a través de sus diversos pronunciamientos sobre la cadena perpetua, como es el caso de la Sentencia N° 010-2002-AI/TC y Sentencia 003-2005-PI/TC, desde el punto de vista teórico resulta importante, pero llevado a la praxis evidencia falencias, por cuanto al haberse exigido la revisión de la cadena perpetua, estableciéndose como tiempo de referencia los 35 años; únicamente ha logrado contraponerse al principio de humanidad de las penas.

1.7. La inconstitucionalidad de la cadena perpetua no sólo depende de los límites a su intemporalidad, sino fundamentalmente de la forma de ejecución de la pena, que en el caso peruano importa un trato inhumano y degradante por las condiciones deplorables en las que se encuentran las cárceles del país y especialmente las denominadas de “máxima seguridad”.

1.8. La revisión de la cadena perpetua en los términos expuestos por el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, resulta inviable e inverosímil, toda vez que un condenado a cadena perpetua, y cuya sentencia sea revisada después de cumplidos 35 años de encierro efectivo en un establecimiento penal de “máxima seguridad”, difícilmente podrá

reintegrarse a la sociedad con algo de vitalidad y en pleno uso de sus facultades físicas y mentales.

1.9. Resulta una antinomia que se aplique la cadena perpetua para figuras como el secuestro agravado y el robo agravado; pero, no se considera para el delito de asesinato, en el que se lesiona el bien jurídico vida, que es uno de mayor valor que la libertad y el patrimonio. En nuestro sistema no se ha respetado la jerarquización entre los bienes jurídicos, lo que debería guardar relación con la relevancia valorativa de dichos bienes. La protección del patrimonio, por más que se quiera salvaguardar, no puede superar la protección a la vida.

1.10. En el ámbito penal la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el autor de determinados bienes jurídicos – penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea el delito cometido. Empero, se advierte que subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado.

3.2.1.2 Recomendaciones

2.1. La política criminal que se establezca en el Perú no debe entenderse como un programa penal represivo, sino fundamentalmente preventivo, a través de respuestas consensuadas desde el Estado y la sociedad, más

no, decisiones desarticuladas, arbitrarias que olviden la corresponsabilidad social en el desarrollo de todo tipo de conducta desviada, incluyendo delitos y diversas conductas antisociales.

2.2. Se debe promover en nuestro país una política criminal personalista y humanitaria, que excluya los factores de perpetuidad y las penas privativas de libertad de larga duración, para poder lograr un Derecho Penal racional y respetuoso de los derechos humanos, acorde con los fundamentos de los más importantes instrumentos jurídicos internacionales que protegen los derechos humanos.

2.3. La cadena perpetua tradicional, per se, deviene en inconstitucional, al conculcar el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional en aras de conciliarla con los cánones constitucionales optó por una revisión de la misma (cadena perpetua condicionada), lo que llegó a plasmarse en el derecho positivo a través del artículo 59-A del Código de Ejecución Penal. En la actualidad consideramos que existe una tendencia mundial a la revisión de la misma, para convertirla en una pena acorde con los postulados constitucionales, lo que ha sido reconocido incluso por organismos internacionales de derechos humanos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la propia Corte Penal Internacional), así como en la legislación comparada. Sin embargo, consideramos que una revisión de la cadena perpetua a los 35 años, nos lleva a seguir colisionando con la norma constitucional, toda vez que 35 años en muchos casos será como una cadena perpetua, no existiendo la

posibilidad de una reinserción social, en tales términos; por lo que se plantea que la revisión sea a los 25 años; salvo para los casos de Terrorismo. En ese sentido será necesario modificar el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, lo que constituye una propuesta de leyferenda.

2.4. Se debe proceder de inmediato, como se ha dejado sentado a revalorar legislativamente la inclusión de estos factores de perpetuidad en nuestro sistema punitivo, a efecto de proceder a su modificación legal, ya que resultan perniciosos para la dignidad humana, sin posibilidad de poder desarrollar un proyecto de vida, lo que origina que el ser humano se convierta en un objeto o en una cosa; en ese sentido tal como lo concebimos en la actualidad, aun teniendo un carácter revisable la cadena perpetua, no se cumple con esa finalidad resocializadora, del que debe estar investida toda pena para estar en consonancia con los cánones constitucionales, propios de un Estado social y democrático de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACALE SÁNCHEZ, M.** (2021). “De la Santa Hermandad, al Santo *reproche*: reflexiones en torno a la aflicción del catálogo de penas”. En: De Vicente Remesal, R., Gómez Iniesta, D., Martín López, T., Muñoz de Morales Moreno, M. y Nieto Martín, A. (Eds.) *Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*. (Vol. II). Agencia Boletín Oficial del Estado, 777-789.
- ACALE SÁNCHEZ, M.** (2016). Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario. En: Rodríguez Yagüe, C. (Coord.). *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Catilla-La Mancha.
- AGUIRRE ABARCA, S.** (2011). *La cadena perpetua en el Perú* [Tesis de maestría no publicada]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- ALCOCER POVIS, Eduardo** (2009). La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal. Editorial Reforma SAC. Lima – Perú.
- ALEX, Robert** (2002). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Impreso en Solena e Hijos AG.S.A. Madrid.
- BACIGALUPO, E.** (1999). Derecho penal. Parte general. (2º ed.). Hammurabi.
- BACIGALUPO, Enrique** (1997). Principios de Derecho Penal, Parte General. 4ª edición. Ediciones Akal. Madrid.

- BACIGALUPO**, Enrique (2004) Principios de Derecho Penal, Parte General. Ara Editores, Lima.
- BARATTA**, Alessandro (1989). Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Siglo veintiuno editores SA – México.
- BECCARIA**, Cesare (1980). De los Delitos y de las Penas. Biblioteca Aguilar. Ediciones Española. Madrid.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**, Ignacio (1993). Temas de Derecho Penal. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**, Ignacio (1999). Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Editorial Praxis S.A. Barcelona.
- BERDUGO COMEZ DE LA TORRE**, Ignacio y otros (2010). Curso de Derecho Penal Parte General. Ediciones Experiencia. Barcelona – España.
- BERGALLI**, Roberto (1984). Crítica a la criminología. Editorial Temis. Bogotá.
- BHIGUN**, David, **ZAFFARONI**, R, Eugenio y otros (1997). De las Penas. Ediciones Depalma. Buenos Aires.
- BLANCAS BUSTAMANTE**, C. (2017). *Derecho constitucional*. Fondo editorial PUCP.
- BORJA JIMÉNEZ**, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal: una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, (5), 113-150.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2003-10011300150

BORJA JIMÉNEZ, E. (2011). *Curso de Política Criminal*. (2° ed.). Tirant lo Blanch

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel (2005). *Manual de Derecho Penal – Parte General*. Editorial y Distribuidora de Libros S.A.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1984). *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*. Editorial Ariel. Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (1994). Principios fundamentales de un derecho penal democrático. *Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica*, (8), 10-17.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (2004). “Sentido y función del sistema de Derecho Penal”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N.º 14, Idemsa, 53-61.

CANO SUÁREZ, Berly Gustavo (2016). Algunas reflexiones sobre el sistema penitenciario en el Perú. (En Libro Homenaje al profesor Doctor Germán Small Arana). Solución Editorial Ideas.

CARLO, Robert (1995). *Pena de Muerte en el Tercer Milenio*. Editorial Edirsa. Madrid.

CARPIO MARCOS, Edgar (2006). *Cadena Perpetua y Constitución*. Artículo Publicado en *Aportes al Derecho Penal Peruano Desde la Perspectiva Constitucional*. Lima.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. (2008). Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 14 (1), 13-48.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100002>

- CARPIZO**, J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales*, (25), 3-29.
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200001&lng=es&tlng=es.
- CASALS FERNÁNDEZ**, A. (2019). *La prisión permanente revisable*. Boletín Oficial del Estado.
- CASTILLO ALVA**, José Luis (2002). Principios de Derecho Penal, Parte General. Gaceta Jurídica S.A. Lima.
- CARRARA**, Francisco (1956). Programa de Derecho Criminal. Editorial Temis. Bogotá.
- COBO DEL ROSAL**, Manuel, VIVES ANTON, Tomas (1999). Derecho Penal, Parte General. 5ª Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia.
- CUELLO CALON**, Eugenio (1980). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Editorial **BOSCH** Casa Editorial S.A. Madrid.
- CREUS**, Carlos (1992). Derecho Penal Parte General. Editorial Astrea. Buenos Aires – Argentina.
- CURY URZUA**, Enrique (1985). Derecho Penal, Parte General. TOMOS I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Consejo Nacional de Derechos Humanos. (2008). *Guía para promotores de Derechos humanos*. (6° ed.). Ministerio de justicia.
- Corte Interamericana de Derechos humanos. Lori Berenson Mejía vs. Perú. Caso No. 119. Sentencia. Parágrafo 103. 25 de noviembre de 2004.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI**, J. (2009). El principio de humanidad en derecho penal. *EGUZKILORE*, (23), 209-225.

- DE LEÓN VILLALBA**, F. (2016). “La prisión permanente revisable y derechos humanos”. En: Rodríguez Yagüe, C. (Coord.). *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Catilla-La Mancha.
- DENEGRI**, M. (2011). *Lexicografía*. Editorial San Marcos.
- DÍAZ**, E. (1998). *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Taurus.
- FEIJOO SÁNCHEZ**, B. (2017). “La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?”. En: Silva Sánchez, J., Queralt Jiménez, J., Corcoy Bidasolo, M. y Castiñeira Palou, M. *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. BdeF.
- FEIJOO SÁNCHEZ**, B. (2021). *La imputación objetiva en el Derecho penal económico y de la empresa*. Editorial Olejnik/Ara Editores.
- FERRAJOLI**, Luigi (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta S.A. Madrid.
- FLETCHER**, G. (2008). *Gramática del Derecho Penal*. Hammurabi
- FLORES MUÑOZ**, Milko Robinson. (1994) *La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal peruano*. Editorial Jurídica Grijley.
- FONTAN BALESTRA**, Carlos (1969). *Tratado de Derecho Penal Argentino*. Abeledo Perrot. Tomo I. Buenos Aires.
- FRISTER**, H. (2020). *Derecho penal. Parte general*. (9º ed.). Hammurabi
- FUENTES CUBILLOS**, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, (2), 13-42. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200002>

GALLEGO DÍAZ, M. (2011). Los beneficios penitenciarios y el tratamiento.
Anuario de derecho penal y ciencias penales, (64), 253-292.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548080.pdf>

GARCÍA CAVERO, P. (2019). Derecho penal. *Parte general*. Ideas.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (1986). Funciones y Fines de las Instituciones Penitenciarias. Ley Orgánica General Penitenciaria. Madrid.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Editorial universitaria Ramón Areces.

GARCÍA TOMA, Víctor (2005). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Palestra Ediciones. Lima.

GONZALES SALAS, A. (2001). Consecuencias de la prisionización.
Revista Cenipepec, (20), 9-22.
http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/23516/articulo_1-20.pdf?sequence=2

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). Derecho Penal Parte General. Principios y Fundamentos. Pro Derecho Perú. Lima – Perú.

HURTADO POZO, José (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. 3ª Edición, Editorial Grijley. Lima.

HURTADO POZO, José (2008). Pena de Muerte y Política Criminal. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima.

JAKOBS, G. (1998). *Sobre la teoría de la pena*. Universidad Externado de Colombia.

- JAKOBS, G.** (2003). "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo". En: Cancio Meliá, M., Jakobs, G. *Derecho Penal del Enemigo*. Civitas, 19-56.
- JESCHECK, Hans Heinrich** (1993), Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Primero. Editorial Bosch. Barcelona.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis** (1964). Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Losada. Buenos Aires.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis** (1982). Psicoanálisis Criminal. Ediciones Depalma, Buenos Aires. Sexta Edición.
- KANT, I.** (2012). *Metafísica de las costumbres*. (4º ed.). Tecnos.
- KAISER, Günther** (1988). Introducción a la Criminología. Editorial Dykinson. Madrid.
- LANDA ARROYO, César** (Compilador) (2005). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Colección Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales. Palestra Editores. Lima.
- LANDA GOROSTIZA, J.** (2015). Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (17), 1-42.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-20.pdf>
- LESCH, L.** (1999). *La función de la pena*. Dykinson.
- LUZÓN PEÑA, D.** (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. (3º ed.). Tirant lo Blanch.
- MANTOVANI, F.** (2015). *Los principios del Derecho penal*. Legales.

MAÑALICH RAFFO, J. (2007). La pena como retribución. Segunda parte: la retribución como teoría del Derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, 28 (83), 75-120.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/969/919>

MATOS ORTEGA, M. (2009). ¿Beneficios o derechos penitenciarios? *Derecho & Sociedad*, (33), 317-322.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17480/17759>

MARTÍNEZ, Mauricio (1990). ¿Qué pasa en la Criminología moderna?. Editorial Temis. Bogotá Colombia.

MIR PUIG, Santiago (1982). *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. 2ª Edición. Bosch. Barcelona.

MIR PUIG, Carlos (1986). *El Sistema de Penas y su Medición en la Reforma Penal*. Librería Bosch. Barcelona.

MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. (2º ed.). BdeF.

MIR PUIG, Santiago (2004). *Derecho Penal., Parte General*. 7ª Edición. Editorial FB de F, Buenos Aires.

MIR PUIG, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. (10º ed.). Reppertor.

MIRÓ LINARES, F. (2017). “Aproximación a la función de la pena desde las evidencias sobre el cumplimiento normativo”. En: Silva Sánchez, J., Queralt Jiménez, J., Corcoy Bidasolo, M. y Castiñeira Palou, M.

Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig.

BdeF.

MISSIEGO DEL SOLAR, J. (2013). Reflexiones sobre la evolución del derecho penal a través del tiempo. En: *ADVOCATUS. Núm. 28*, 343-359.

<https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4210/4160>

MOORE, M. (2011). *Causalidad y Responsabilidad*. Un ensayo sobre derecho, moral y metafísica. Marcial Pons.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1998). *Derecho Penal. Parte General*. 3ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1999). *Teoría General del Delito*. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá.

MUÑOZ CONDE, Francisco (2005). *De nuevo sobre el "Derecho Penal del Enemigo"*. Editorial Hamurabi Editores. Buenos Aires.

NEUMAN, Elías (1995). *Victimología y Control Social*. Editorial Universidad. Buenos Aires.

NEUMAN, Elías (2004). *Pena de Muerte la Crueldad Legislada*. Editorial Universidad. Buenos Aires.

PEÑA CABRERA, Raúl (1999). *Tratado de Derecho Penal*. 3ª Edición, Editorial Grijley. Lima.

PEÑARANDA RAMOS, E. y BASSO, G. (2019). La pena: nociones generales. En: Lascuraín Sánchez, J. (Dir.). *Manual de introducción al Derecho penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

POLAINO NAVARRETE, M. (2017). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. (Tomo I, 3° ed.). Tecnos.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (1993). Comentarios al Código Penal de 1991. Editorial Alternativas. Lima

PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2000). Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú. 1ª Edición. Gaceta Jurídica. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2016). Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. Editorial Idemsa. Lima.

PRADO SALDARRIAGA, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Fondo Editorial PUCP

QUINTERO OLIVARES, G. (2016). La ideología expiatoria y la cadena perpetua. En: Rodríguez Yagüe, C. (Coord.). *Contra la cadena perpetua*. Ediciones de la Universidad de Catilla-La Mancha.

ROMERO MIRANDA, L. (2019). Prisionización: estructura y dinámica del fenómeno en cárceles estatales del sistema penal chileno. *URVIO. Revista Latinoamericana De Estudios De Seguridad*, (24), 42–58.
<https://doi.org/10.17141/urvio.24.2019.3791>

ROXIN, C. (1981). “Introducción al derecho penal de hoy”. En: *Secretariado de Publicaciones de Sevilla*.

ROXIN, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. (Tomo I). Grijley.

RUIZ VARGAS, Mario. (2007). Primera aproximación hacia una pedagogía de la resocialización. *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*

y *Jurídicas*, (16), 1-12.

<https://www.redalyc.org/pdf/181/18153299012.pdf>

SANZ DELGADO, E. (2006). *Regresar antes: los beneficios penitenciarios*.

Ministerio del Interior. Dirección General de Instituciones penitenciarias.

SILVA SANCHEZ, Jesús María (2000). *Política Criminal y Persona*. AD

HOC. S.R.L. Buenos Aires.

SILVA SÁNCHEZ, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de*

la política criminal en las sociedades postindustriales. (2º ed.).

Civitas. Madrid.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1999). *Ciencia Penitenciaria y de Ejecución*

Penal. Editores B y b. Quinta Edición. Lima.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1988). *Criminología*. Panorama

Contemporáneo, 2ª edición. Desa. Lima.

SOLIS ESPINOZA, A. (2008). *Política penal y política penitenciaria*.

Cuadernos de trabajo, (8), 3-52. Departamento Académico de

Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/3>

[9768/Texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/3)

SMALL ARANA, Germán (2001). *Los Beneficios Penitenciarios en el Perú*.

Ediciones BLG. Trujillo.

SPINOZA, B. (2011). *Tratado teológico-político*. Gredos. Madrid.

STRATENWETH, G. (2016). *Derecho penal. Parte general I: El hecho*

punible. Hammurabi

- URQUIZO OLAECHEA**, José (2006). Derecho Penal de Enemigo. Cancio Meliá - Gómez – Jara Diez. Volumen 2. Edisofer. Libros Jurídicos. España.
- URQUIZO OLAECHEA**, José (2010). Código Penal Tomo II. Editorial IDEMSA. Lima – Perú.
- VASSALLI**, Giuliano (1995). Emergencia Criminal y Sistema Penal en “Derecho Penal Hoy” (Compilación). El Puerto. Buenos Aires.
- VARELA**, Osvaldo y otros (1976). Psicología Forense. Abeledo Perrot. Buenos Aires.
- VARGAS RUIZ**, Luis Klever (2007). En ¿Pena de Muerte para los Violadores de Menores de Edad?. Lima.
- VILLA STEIN**, Javier (1998). Derecho Penal. - Parte General. Editorial San Marcos. Lima
- VILLA STEIN**, Javier (2014). Derecho Penal - Parte General. Ara Editores. Lima
- VILLAVICENCIO TERREROS**, F. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- VILLAVICENCIO TERREROS**, F. (2019). *Derecho penal. Parte general*. Grijley.
- VIZCARDO**, H. (2003). Estado Actual del Tratamiento de los Beneficios Penitenciarios en el Sistema Penitenciario Nacional. *Docentia Et Investigatio*, 5(8), 101-133.
<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/articloe/view/10883>

WELSEL, H. (2005). *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material*. BdeF.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1986). *Manual de Derecho Penal I. Parte General*. Ed. Jurídica. Lima.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1990). *En Busca de las Penas Perdidas*. 2ª Edición. Editorial Temis. Bogotá.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2002) *Derecho Penal. Parte General*. Ediar. Buenos Aires.

ZAFFARONI, E. (2012). *La cuestión criminal*. (2º ed.). Planeta Editorial

ZIPF, Heinz (1979). *Introducción a la Política Criminal*. Editorial Edersa. Madrid.

ZÚÑIGA RODRIGUEZ, Laura (2001). *Política Criminal*. Editorial COLEX. Madrid.