

# LA RETOS DE LA POLITICA CRIMINAL EN EL PERU Y LA ELIMINACION DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS.

Autor: Augusto Medina Otazu<sup>1</sup>  
Abogado

## **I.- INTRODUCCION**

1. Analizaremos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Estado Peruano dado en el expediente 01811-2011-PHC/TC, Callao, caso Campos Santisteban del 16 de agosto del 2011, que declara infundada el control constitucional de las resoluciones de Poder Judicial que deniegan los beneficios penitenciarios para delito de violación contra menores tipificado en el artículo 173<sup>2</sup> del Código Penal.

El Habeas Corpus resuelve sobre un aspecto que debía ser decidido por el Poder Judicial: la inaplicación de la Ley 28703 por inconstitucional, ya que dicha norma anula beneficios penitenciarios para los delitos del artículo 173 del Código Penal. El artículo 3 de la Ley 28703 expresa:

*Los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173° y 173°-A.*

Buscaremos confrontar el artículo 3 de la Ley 28703 con el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado y otras normas del ordenamiento internacional.

*Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
22.- El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

2. Analizar sobre los beneficios penitenciarios para violadores de menores de edad, resulta tremendamente impopular y desde mi óptica está considerado entre delitos más horribles que nos toca vivir permanentemente y merece todo el rechazo del ordenamiento jurídico y a su vez debe establecerse altos mecanismos de protección

---

<sup>1</sup> Augusto Medina Otazú. PERUANO. Abogado. Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP. Maestría Derecho Laboral y Seguridad Social UNM San Marcos. Ex representante del Colegio de Abogados Penal Internacional sede Perú. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima 2006 – 2009, 2011 y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Docente universitario, articulista en revistas nacionales y extranjeras y expositor. [medinaotazu@yahoo.com](mailto:medinaotazu@yahoo.com)

[medinaotazu@hotmail.com](mailto:medinaotazu@hotmail.com)

<sup>2</sup> Artículo 173 del Código Penal Peruano: violación sexual de menor de edad. El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Si el agente tuviere alguna posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

para la víctimas que son niños o niñas que más bien requiere un espacio formativo y de seguridad de toda la población.

Resulta más grave aún cuando se constata que lo(a)s niño(a)s están más expuestos en su núcleo familiar lo que nos muestra la crisis por la que atraviesa la familia y que debiera ser considerado este aspecto dentro de la política criminal para sanar esta desestructuración y no sólo aplicar mecanismos sancionatorios como única medida. Si solo dejamos que este problema sea resuelto en los espacios judiciales entonces estamos actuando sobre los efectos del problema<sup>3</sup> y no estamos adoptando políticas preventivas para recomponer nuestra sociedad y la familia.

## **II.- REQUERIMOS UNA POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ**

### **1.- Importancia de la Política criminal**

Lo más óptimo es que cualquier tipo penal que legisle el Parlamento debiera provenir de una política criminal, fruto de un debate nacional que corresponda a los abogados, pero también a los sociólogos, psicólogos, psiquiatras, filósofos, etc, para incorporar un diagnóstico de la sociedad en sus problemas y posibilidades<sup>4</sup>.

Roxin<sup>5</sup> considera que la elaboración de la política criminal no debe basarse en **“pareceres subjetivos y arbitrarios, irrelevantes legislativamente, sino deben desarrollar los mandatos de la Constitución concretándolos, es decir, especialmente el principio de Estado de Derecho y Estado Social, la validez absoluta de la dignidad humana, la importancia de los derechos fundamentales y los resultados de la discusión internacional de reforma. Ésta es una genuina tarea científica y que solamente puede ser llevada a cabo competentemente por científicos”.**

Cree asimismo que el *“legislador, como instancia parlamentaria, ya no está en capacidad de realizar grandes reformas legislativas, por lo menos no por su propia fuerza.”*

En consecuencia se hace urgente la elaboración de una política criminal del estado que sea producto de un debate con todos los actores representativos de la sociedad y el estado y debe ser la culminación de un análisis empírico y científico de carácter multidisciplinario como es la complejidad de la sociedad peruana. No debe ser un documento fosilizado en el tiempo, sino dinámico y en constante actualización y evaluación.

---

<sup>3</sup> La teoría de la prevención especial positiva busca actuar mediante un tratamiento terapéutico sobre el sujeto con el fin de evitar que delinca nuevamente y de esta manera reinsertarlo a la sociedad. En cambio la vertiente negativa decide neutralizarlo o eliminarlo con condenas perpetuas o pena de muerte. Ver en Margaret Matos Ortega. ¿Beneficios o Derechos Penitenciarios?. Revista Derecho y Sociedad. Año XX Nº. 33 año 2009. Editado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad. pag. 318

<sup>4</sup> parafraseando a nuestro historiador Jorge Basadre, de su obra: Perú: Problema y Posibilidad.

<sup>5</sup> Claus Roxin. Teoría del Delito en la discusión actual. Traducción Manuel Abanto Vásquez. Grijley. Lima, Primera edición enero del 2007. Páginas 27 al 30.

Un diseño equivocado de la actividad punitiva nos puede llevar a confrontaciones innecesarias en entre las fuerzas del orden y la sociedad. Todos queremos un estado con autoridad, pero también dicha autoridad no debe ser arbitraria, desproporcional y desconozca las diferentes maneras de expresión social que se debe realizar en un estado democrático.

## **2.- Avances importantes para el logro de una política criminal.**

A iniciativa del Dr. Víctor García Toma, entonces Ministro de Justicia Peruano se emitió la Resolución Ministerial 157-2010-JUS de la Comisión Especial encargada de elaborar la propuesta normativa para la creación de una entidad estatal encargada del diseño y evaluación de la política criminal del Estado, paso muy interesante en este objetivo.

Creo que resulta siendo un enorme avance esta propuesta del diseño de la Política Criminal sobre aquella otra que descansa en la sola inflación punitiva como única medida para reducir la enorme conflictividad social que se presenta en nuestro país.

Ya el filosofo Habermas señalaba que en estos tiempos modernos la comunicación es fundamental en un estado de derecho y democrático. La política criminal no se agota en el Código Penal sino existe medidas extra penales que a veces son más importantes y efectivas que su mera criminalización.

## **III.- MENSAJE DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL SOBRE LA DEFENSA Y PROTECCION DE LOS NIÑO(A)S.**

El artículo versará sobre los beneficios penitenciarios para aquellos autores del delito de violación donde los agraviado(a)s son niño(a)s. Por ello creo necesario referirme a los mensajes que nos da la Comunidad Internacional sobre derechos de los niño(a)s.

La Convención Internacional<sup>6</sup> sobre los Derechos del Niño ratificado por el Perú el 4 de septiembre de 1990 en su artículo 3.1 expresa que todas las instituciones privadas y públicas atiendan a una política donde se considere el **Interés Superior del Niño**. De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC. 17/2002 del 29 de agosto del 2002 este mandato es un:

- “(...) principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.” (funda. 56)
- Asimismo es un “(...) punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de

---

<sup>6</sup> Ver en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, art. 3.1 señala: *1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.” (fund. 59).

- Es importante también generar obligaciones positivas de protección por los estados para “(...) todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.” (fund. 87)
- “Adoptar providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. (...) Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.” (fund. 88).
- “La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no-estatales tales como el maltrato de uno de los padres<sup>7</sup>; además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos”. (Fund. 90).

Sin embargo llama la atención que la Sentencia del Tribunal Constitucional en comentario no se haya pronunciado sobre este mensaje del ordenamiento jurídico internacional. Sería importante saber si el comportamiento drástico del artículo 3 de la Ley 28703 es una respuesta al alto estándar de protección a favor de los niños.

En este aspecto resulta interesante mencionar que desde los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008<sup>8</sup> se señala:

*TENIENDO PRESENTE que las penas privativas de libertad **tendrán como finalidad esencial** la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; **así como la protección de las víctimas y de la sociedad**;*

Si comparamos este mensaje del ordenamiento internacional con el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del estado cuando afirma que:

*El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

Igualmente en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, sobre los fines de la Pena:

---

<sup>7</sup> Eur. Court H.R., *A v. The United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998, Reports 1998-VI, para. 22; y *vid* también Human Rights Committee, General Comment 17, Rights of the Child (Article 24), 07.04.1989, para. 6.

*La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.*

Podemos concluir que en relación a la pena y al sistema penitenciario nuestro ordenamiento jurídico nacional (Carta Política y el Código Penal) no se brinda atención alguna a la protección de la víctimas, sin embargo para la Comisión Interamericana no se puede desatender en ese espacio a las víctimas y a la sociedad.

Es básico éste aspecto por cuanto tiene que haber coherencia normativa entre la eliminación de los beneficios penitenciarios y la protección y valorización de los bienes jurídicos. En otras palabras el estado y la sociedad tiene que tener un comportamiento súper valorado a favor de los niño(a)s en todos los aspectos (educación, salud, familia etc) y este diseño mostrará que el bien jurídico tiene enorme importancia y por ello la sanción resulta una medida igualmente drástica. No es al revés, mostrar el interés del estado y la sociedad mediante el mecanismo de la inflación penal y la gravosidad de las penas como se pretendería revalorar a los niños.

Si la familia resulta ser el centro de agresión en muchos casos y la protección a favor del niño está ausente en esos espacios, es necesario reconstruir esos tejidos sociales y esto no se logra sólo con aumentar las penas o anular los beneficios penitenciarios. Esta tarea ahí resulta titánica para ir eliminando aquellos titulares de los medios de comunicación. En esa medida volvemos al compromiso de una política criminal que nos especifique los grandes retos en el tema educativo, social, económico, etc. Un Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada el 31 de diciembre de 2009, expresa que:

(...) los Estados Miembros son responsables ante la ciudadanía por la implementación de planes y programas eficaces para la prevención del delito y la violencia, a partir de una estrategia que involucre diferentes campos de la institucionalidad estatal: desde el sistema de control judicial-policial, hasta las medidas de prevención social, comunitaria o situacional que deben ejecutar las entidades del sector educación, salud o trabajo, entre otros (...) indemnización supletoria por parte del Estado; y asistencia material, médica, psicológica y social para las víctimas del delito o la violencia (...).”

#### **IV.- MENSAJE DEL PODER LEGISLATIVO**

También es necesario tomar en cuenta que luego de revisar el libro de Debates de la Ley 28703, debemos decir que en el Dictamen del Proyecto de Ley correspondiente no se encontraba contemplada la eliminación de los beneficios penitenciarios para los autores de los delitos de los artículos 173 y 173-A del Código Penal. La anulación de los beneficios fue introducida en el mismo debate del Pleno del Congreso<sup>9</sup> incluyéndose un artículo 3 a propuesta de la Congresista Yanarico Huanca con el siguiente argumento:

Señor Presidente, solicito a la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que este proyecto de ley que se va a aprobar hoy, referido a la modificación de artículos relativos a los delitos contra la libertad sexual, **sea complementado**

<sup>9</sup> Ver sobre la Segunda Legislatura Ordinaria del 2005. Tomo I Diario de Debates pag. 141. [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525712D0006F15E/\\$FILE/SLO-2005-2.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/05256D6E0073DFE90525712D0006F15E/$FILE/SLO-2005-2.pdf)

**con los proyectos de ley que proponen la eliminación de los beneficios penitenciarios.**

Creo que para nadie es novedad, ni algo que esté escondido dentro de nosotros, porque no tenemos vendados los ojos, que **para que esta ley se cumpla a cabalidad** necesitamos que el presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos la complemente con los proyectos de ley relativos a la eliminación de los beneficios penitenciarios para estos sentenciados. **Con ello sí estaríamos dando una pena efectiva acorde con la gradualidad de la pena que le estamos imponiendo en este proyecto de ley.**

Entonces, solicito que el señor presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos que **para que este proyecto sea efectivo, suprima los beneficios penitenciarios para los sentenciados por delito de violación sexual.**  
(Resaltado nuestro)

Una mirada rápida del debate parlamentario nos expresa que la anulación de los beneficios penitenciarios se constituye en una pena adicional para sancionar con mayor drasticidad estos delitos. Parece no concordar con el espíritu del artículo 139 inciso 22 de la Constitución: *El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.*

El Legislativo pretende enfrentar esa lucha contra los violadores únicamente haciendo que no salgan de las cárceles o aumentando las penas. Pero el mensaje que nos dan es de un sistema penitenciario en crisis y fracasado, porque no podría resocializar a estos condenados. Por ello Montoya Vivanco considera que *“los efectos del mandato de resocialización se producen, esencialmente, en la fase de ejecución de las sentencias y no en la fase de creación de las penas.”*<sup>10</sup>

Es necesario tomar en cuenta también la votación que recibió este artículo 3 de la Ley 28703 durante el Pleno del Congreso, porque nos mostrará el interés que tuvo el Poder Legislativo:

***Se aprobó con 37 votos, 15 abstenciones y ninguno en contra.***

Como se aprecia tal parece que el Congreso de la República no ha estado convencido totalmente para aprobar esta norma, si miramos que casi la mitad de los votos son abstenciones. Además no hubo mayor debate para referirse al sustento constitucional de la anulación de los beneficios penitenciarios; siendo esta medida tan popular parece que entendieron que no era necesaria una fundamentación jurídica.

**V.- LAS INDECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU CONFRONTACION CON LA DOCTRINA**

**La doctrina especializada confrontada con el Tribunal Constitucional.**

Existe un reconocimiento del propio Tribunal Constitucional que desde la Doctrina aun no se ha resuelto cual es el carácter de las normas penitenciarias:

---

<sup>10</sup> Iván Montoya Vivanco. Comentando el artículo 139 inciso 22 de la Constitución. Gaceta Jurídica. La Constitución comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición Diciembre 2005. Primera Reimpresión Febrero 2006. Pag. 640

Desde esa perspectiva, y al subrayar que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario, es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal, o que en él existen, simultáneamente, normas de una y otra disciplina [Luis Gracia Martín (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 285], el Tribunal considera que el problema no debe resolverse en abstracto, sino teniendo en consideración la norma en concreto de cuya aplicación se trata. Y es que como afirma Maurach [*Derecho Penal. Parte General*, T. 1, 1994, pág. 198], “(...) La cuestión acerca de cuándo nos encontramos frente al derecho material y cuándo frente al derecho procesal no debe ser resuelta conforme a la, muchas veces, arbitraria acumulación de materias en las leyes, sino según su sustancia”.<sup>11</sup>

Parece que el debate propuesto se pretende zanjar recurriendo a una interpretación literal del artículo 103 de la Constitución:

(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en **materia penal** cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Como el artículo 103 de la Carta Política no se refiere a la **materia procesal penal** entonces se concluye que este artículo solo está referido a la norma sustantiva. Esta apreciación crítica lo vemos en el comentario del Dr. Arsenio Ore Guaría:

En la justicia penal existe el criterio de que el concepto de "salvo en materia penal", a que hace referencia el artículo 103 de la Constitución, el principio de retroactividad benigna se restringe al campo del derecho penal sustantivo, posibilitando la aplicación retroactiva de una norma procesal más aflictiva al imputado. La consecuencia de esta interpretación resulta demasiado peligrosa si comprendemos que lo que busca la Constitución es propiciar el abandono del criterio inquisitivo que caracteriza actualmente a nuestro proceso penal, y alcanzar uno de corte más garantista.<sup>12</sup>

Igualmente Carlos Coria también tiene una opinión discrepante del Tribunal Constitucional:

4. Los beneficios penitenciarios<sup>13</sup> se erigen, conforme a la doctrina mayoritaria<sup>14</sup> como un derecho del interno, y no como un simple beneficio o gracia judicial.

---

<sup>11</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional expediente 1593-2003-HC/TC del 30 de enero del 2004. Fundamento 8.

<sup>12</sup> Arsenio Oré Guardia. Problemas de Aplicación de las Medidas de Coerción Personal en el proceso Penal Peruano. En Gaceta del Tribunal Constitucional. N°. 2, abril del 2006. [http://gaceta.tc.gob.pe/img\\_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/arsenio\\_ore.pdf](http://gaceta.tc.gob.pe/img_upload/18abfa4cb269c78ca321c53e573f1346/arsenio_ore.pdf)

<sup>13</sup> En nuestro ordenamiento, los principales beneficios penitenciarios son: a) la redención de la pena por trabajo o estudio (arts. 44 y 45 CEP), que permite al interno redimir un día de pena por cada dos días de

Ello porque el art. 139.22 de la Constitución y el art. II del CEP consagran el principio de resocialización, del cual emana un mandato dirigido a todos los poderes públicos<sup>15</sup> de dispensar al condenado, a nivel legislativo, judicial y penitenciario, las condiciones necesarias para una vida futura al margen de la comisión de hechos punibles<sup>16</sup>. Si bien de ello no puede deducirse el reconocimiento de un “derecho a la resocialización” del condenado, si cabe entender que este principio constitucional debe realizarse en sede de ejecución penal mediante los beneficios penitenciarios que permiten, desde una perspectiva de prevención especial, que el condenado recupere el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad. Así lo expresa, Ana PÉREZ CEPEDA<sup>17</sup>, para quien los beneficios penitenciarios son derechos relacionados con el tratamiento penitenciario y que se derivan de la relación penitenciaria, encontrando su fundamento en última instancia en los derechos fundamentales.<sup>18</sup>

En consecuencia si bien es cierto que per se los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, si tendrían ese carácter cuando existe arbitrariedad, desproporcionalidad, discriminación en el tratamiento de los beneficios penitenciarios por el legislativo y judicial, por cuanto ello si tendría una connotación directa con la libertad.

Si el artículo 139 inciso 22 de la Constitución expresa claramente el objetivo del sistema penitenciario es la resocialización. Nadie puede resocializarse si además de la carcelería se le impone vivir en un sistema penitenciario colapsado. Parecería esta actitud una doble pena como ha sido mencionado en el debate parlamentario. Por un lado se incrementa las penas contra los violadores y por otro se anula sus beneficios penitenciarios. Esa es una muestra de incredulidad en el sistema penitenciario y el estado no puede abandonar el mandato imperativo de la carta política.

### **Una ventana abierta de control de control difuso de constitucionalidad**

El propio Tribunal Constitucional abrió una ventana para tratar el tema de la eliminación de los beneficios penitenciarios y su constitucionalidad en la sentencia de comentario expediente 01811-2011-PHC/TC, Callao.

---

trabajo o estudio, b) la semilibertad (art. 48 CEP), que permite al interno egresar del establecimiento penitenciario cuando ha cumplido con la tercera parte de la pena y c) la liberación condicional (art. 53 CEP), que se concede al interno que ha cumplido la mitad de la condena impuesta.

<sup>14</sup> Así lo expresa TAMARIT SUMALLA, Joseph y otros. Curso de Derecho penitenciario. Barcelona, Cedecs 1996, p. 99. En el mismo sentido, PEDRAZA SIERRA, Wilfredo y Rosa MAVILA LEÓN. Situación actual de la ejecución penal en el Perú. Lima, Consejo de Coordinación Judicial 1998, p. 89.

<sup>15</sup> Así, el fundamento 180 de la STC 010-2002-AI-TC de 3.1.03.

<sup>16</sup> ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada, Comares 2001, pp. 31ss.

<sup>17</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana. En: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Laura Zúñiga Rodríguez (coor). Manual de Derecho penitenciario. Madrid, Universidad de Salamanca-Colex 2001, pp. 154-155.

<sup>18</sup> Dino Caro Coria. Sobre el Principio de Irretroactividad de la Ley Penal Penitenciaria Perjudicial al Condenado. <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caros/Benef-Penit.pdf>



En el presente caso, la controversia constitucional planteada radica en establecer si los emplazados debieron pronunciarse por la aplicación del control difuso en el caso concreto respecto de la Ley 28704, que proscribe la concesión del beneficio penitenciario de semilibertad a los condenados por el delito de violación sexual de menor de edad, conforme lo solicitó el actor. (fundamento 6)

Inmediatamente hace una evaluación de los elementos constitutivos del control difuso de constitucionalidad en el fundamento7:

El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

- a. Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N.° 23506).
- b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Nos parece que la eliminación de beneficios penitenciarios por un lado tiene elementos de inconstitucionalidad desde un control abstracto de constitucionalidad basados únicamente en que se ha suprimido beneficios que influyen directamente en la libertad ; y en el caso particular será necesario evaluar qué aspectos en concreto y su impacto en cada interno resultan obstáculos graves para no cumplir los objetivos del artículo 139 inciso 22 de la carta política.

## **VI.- LAS IRREVERENCIAS DEL PODER JUDICIAL**

Sin embargo como rebelándose ante esa incertidumbre un sector del Poder Judicial ha emprendido hacer un análisis a contracorriente del Tribunal Constitucional. El Pleno Regional Penal aprobada en Iquitos el 30 y 31 de mayo del 2008 “Sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el sentido que para la concesión o no del beneficio penitenciario se aplicará las normas vigentes al momento de la petición (actualmente está prohibida)”:

Postura única.- Va en contra de lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por cuanto, el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional hace una interpretación extensiva y analiza la norma sustantiva y la norma procesal, haciendo una distinción donde la norma no la consigna. Por cuanto se aplica la ley de manera retroactiva y no se hace la distinción de carácter sustantiva ni procesal.

(...)

3. CONCLUSIÓN PLENARIA: El Pleno adoptó por UNANIMIDAD la postura que enuncia lo siguiente: “Va en contra de lo resuelto por la Comisión Interamericana por cuanto, el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional hace una interpretación extensiva y analiza la norma sustantiva y la norma procesal, haciendo una distinción donde la norma no la consigna. Por cuanto se aplica la ley de manera retroactiva y no se hace la distinción de carácter sustantiva ni procesal”.

El Poder Judicial a través del Pleno Regional del Oriente del Perú, incorpora dos análisis:

Por un lado señala que el artículo 103 de la Constitución no hace una diferenciación entre la retroactividad referida a la materia penal o la materia procesal penal, por lo tanto expresa el Tribunal Constitucional no podría llevar a esa interpretación, por cuanto el Tribunal es el Guardián de la Constitucionalidad pero esta función no puede llevarle a modificar la Constitución, ahí si se alejaría de sus naturaleza.

Por otro lado incorpora una interpretación realizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso 11.888 (Alan García Vs. Perú), entidad que emitió el Informe N° 83/00 (19/10/00), estableciendo que la retroactividad de la Ley Penal beneficia tanto a los aspectos sustantivos como los procesales:

“ (...) El principio de retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y a *contrario sensu*, la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto a los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex post* a materia procesal penal, que actualmente se predica en el sistema procesal moderno, ha sido el producto de la evolución del Derecho Penal y Procesal Penal”. (Considerando 46)

En consecuencia si se nos pide ser fieles al ordenamiento jurídico tenemos que conocer, que está constituido por una inter relación del sistema internacional conjuntamente con el sistema nacional. Incluso en algunos casos es prioritaria la observancia del derecho internacional. Ya se ha desarrollado incluso jurisprudencia desde la Corte Interamericana sobre el control difuso de convencionalidad.

## **VII.- EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA LIMITANDO LA AUTONOMIA DE LOS JUECES**

Desde el lado del control de los jueces, el Consejo de la Magistratura, esta exigiendo el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional. Si bien ello es lo más correcto, pero no podemos exigir esa manera de tratamiento cuando el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que es un tema que no ha concluido desde el lado de la doctrina especializada, asimismo vemos que en la sentencia en comentario se abre la puerta a un control difuso de convencionalidad por la eliminación de los beneficios penitenciarios.

Sin embargo el Consejo de la Magistratura en una Resolución de destitución de un magistrado, ha señalado:

12.- “(...) el legislador autoriza al Juez a que pueda suspender la pena impuesta antes de su total ejecución, siempre y cuando los fines de la pena, a los que se refiere el artículo 139 inciso 22 de la Constitución, se hayan cumplido, es decir, siempre y cuando se haya reeducado y rehabilitado al sentenciado para asegurar su reincorporación a la sociedad;”

13.- (...) el magistrado puede otorgar dichos beneficios penitenciarios y disponer que el sentenciado recobre su libertad antes del vencimiento de la condena, siempre y cuando se haya logrado la reeducación y rehabilitación del mismo **y su petición se adecúe a la normatividad vigente;**

Si al magistrado se le exige aplicar la legislación vigente entonces es claro que ya se ha decidido que no existe retroactividad en las medidas procesales y penitenciarias. Esta forma de control me parece excesiva porque estamos convirtiendo nuevamente al Juez en lo que se ha criticado: Ser boca de la ley y no un cumplidor del ordenamiento jurídico y en casos más agresivos como creador de derecho.

## **VIII.- ARRIANDO LAS BANDERAS DE LA RESOCIALIZACION. EL SISTEMA PENITENCIARIO SIN OBJETIVOS.**

Creo que es necesario analizar dos escenarios desde lo abstracto de la política penitenciaria.

Si partimos preguntándonos: un condenado puede lograr la reeducación, rehabilitación y reincorporación social si no tiene beneficios penitenciarios. Al parecer la respuesta a esta pregunta es no. Porque, resulta imposible saber si puede lograr la reincorporación social si no ha podido comprobarse esta actitud antes que termine la pena. Y así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional al afirmar que:

(...) las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Sentencia Expediente 010-2002- AI/TC Caso Marcelino Tineo y otros. Del 3 de enero del 2003. fundamento 182.

Sin embargo este análisis resulta contradictorio con el fundamento 209 de la misma sentencia del Tribunal Constitucional donde al contrario resulta que la no concesión de determinados beneficios penitenciarios que se trasluce del artículo 139 inciso 22 de la Constitución no es *“un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.”*

Por ello Ivan Montoya Vivanco expresa un análisis crítico hacia esa posición: “La jurisprudencia constitucional otorga, entonces, un margen de discreción absoluto al legislador penitenciario al momento de establecer o no beneficios penitenciarios a determinados tipos de condenados.”<sup>20</sup>

Reviriego Picón expresa en el mismo sentido que: “ (...) la (pretendida) reeducación y reinserción social de los reclusos de la que nos habla la norma suprema, que, en cualquier caso, no se perfila (...) como un derecho fundamental del recluso, sino que lo hace, sin ser su única finalidad, como un mandato al legislador en orden a orientar la política penal y penitenciaria (...)”<sup>21</sup>

Además ahí si estaría en juego un derecho sustantivo como es la libertad y siendo este un derecho fundamental entonces no puede ser suprimido ni suspendido sino solo restringido. Anular derechos penitenciarios<sup>22</sup> en consecuencia no sería una restricción sino una supresión y desde el Derecho Internacional y desde el Derecho Nacional no se permite la suspensión ni restricción de derechos fundamentales.

Además si consideramos que los beneficios penitenciarios en abstracto se aplican a todos los condenados por distintos delitos, no puede ser que a algunos se les excluya. Esta actitud nos llevaría a una discriminación que no tolera el ordenamiento jurídico. Y en ello igualmente el Tribunal Constitucional cree que existe una vulnerabilidad al afirmar:

---

<sup>20</sup> Iván Montoya Vivanco. Comentando el artículo 139 inciso 22 de la Constitución. Gaceta Jurídica. La Constitución comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica. Primera Edición Diciembre 2005. Primera Reimpresión Febrero 2006. Pag. 640.

<sup>21</sup> Fernando Reviriego Picón. Relaciones de Sujeción Especial y Derechos Fundamentales. Algunos Apuntes sobre el Derecho a la Intimidad en los Centros Penitenciarios. Revista Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas. Volumen 13, año 2004. Pag. 88 a 90.

<sup>22</sup> Reviriego Picón expresa en relación a los presos en las cárceles: “Dicho colectivo, por tanto puede ser objeto de limitaciones en sus derechos constitucionales que no serían de aplicación a ciudadanos comunes. Mas es claro que su delimitación concreta, su restricción, por tanto, habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido de velarse por la seguridad y buen orden regimental del Centro Penitenciario, al corresponderle a la administración penitenciaria la retención y custodia de los reclusos. En el bien entendido de que esa acotación o restricción no habrá de ser la norma, sino la excepción, sobre la base del valor preferente de dichos derechos.” Fernando Reviriego Picón. Relaciones de Sujeción Especial y Derechos Fundamentales. Algunos Apuntes sobre el Derecho a la Intimidad en los Centros Penitenciarios. Revista Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas. Volumen 13, año 2004. Pag. 88 a 90.

El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstante ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2º, inciso 2º, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.<sup>23</sup>

El artículo 2 inciso 2 señala que toda persona tiene derecho a:

A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Si bien es cierto que existe también esa vulnerabilidad, la discriminación, no podemos abandonar los objetivos penitenciarios que mandatoriamente lo señala el artículo 139 inciso 22 y cuya obligación corresponde a todos los poderes del estado.

### **IX.- DISTINCIÓN ENTRE SUPRESIÓN Y RESTRICCIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

La supresión de derechos humanos habíamos considerado que se encuentra prohibida por el ordenamiento internacional y que más bien la restricción de su ejercicio si esta aceptada, pero con determinadas reglas.

“Una cosa, en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. (...) no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo<sup>24</sup>.

Uno de los temas que se debate aún en la doctrina es el referido a si durante la vigencia de un estado de excepción ocurre una suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales o estamos más bien ante un escenario en el cual el ejercicio de ciertos derechos es materia de limitación. Debe tenerse presente que existen posiciones en la doctrina que al aludir a una suspensión de derechos no hacen referencia a lo que comúnmente se entiende por ello, esto es, la perdida temporal de la posibilidad de ejercerlos, sino solo a una sustitución de la regulación ordinaria existente para tal efecto. No obstante lo interesante de esta postura, el texto constitucional y toda norma general, máxime si regula el ejercicio de los derechos fundamentales, los mecanismos previstos para su protección, debe buscar ser lo más comprensible posible para el ciudadano

---

<sup>23</sup> Sentencia Expediente 010-2002- AI/TC Caso Marcelino Tineo y otros. Del 3 de enero del 2003. fundamento 210.

<sup>24</sup> Expediente del Tribunal Constitucional N.º 014-2002-AI/TC interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco del 21.01.2002. parrafo 93

común. De allí que resultaría aconsejable adoptar expresamente la formula de “restricción” y no la de “suspensión”.<sup>25</sup>

En esa misma orientación el texto de la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional señala también que : Durante los regímenes de excepción se incrementan las facultades ordinarias del Poder Ejecutivo y **se autoriza la restricción** de derechos fundamentales<sup>26</sup> no se hace referencia la suspensión de los derechos.

La Corte Interamericana considera que entre la suspensión y la restricción de un derecho humano existe una diferencia sustancial de grado de afectación y cuando se refiere al derecho a la vida señala:

“(…) el derecho a la vida, garantizado por el artículo 4. En esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta. Otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico (...) (Opinión Consultiva 3/83; 8 de setiembre de 1983).”<sup>27</sup>

La experiencia peruana nos ha entregada una gran enseñanza, en los 20 años de violencia política, para exigir que todos ciudadanos no permitamos más la suspensión de derechos y tampoco de las garantías:

“(…) En este sentido es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (...) Esa realidad ha demostrado una y otra vez que el derecho a la vida y a la integridad personal son amenazados cuando el hábeas corpus es parcial o totalmente suspendido.”<sup>28</sup>

A pesar que la Corte Interamericana hace referencia a la “suspensión de garantías”, cuando se refiere al artículo 27 de la Convención, estamos seguros que de acuerdo a la interpretación esta refiriéndose a una restricción, sino veámoslo:

---

<sup>25</sup> La Constitución Comentada. Tomo II. Gaceta Jurídica. Febrero 2006. pag. 465.

<sup>26</sup> Ministerio de Justicia. Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú. Lima, Julio 2001. pag. 60.

<sup>27</sup> Opinión Consultiva del 08.09.83. párrafo 34 y 35.

<sup>28</sup> Opinión Consultiva del 06.10.87

“Esto no significa, sin embargo, que **la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho** o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse. Estando suspendidas las garantías, algunos de los límites legales de la actuación del poder público **pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada.** Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables<sup>29</sup>”

Al respecto el Dr. Cristian Donayre Montesinos señala acertadamente que:

“Si asumimos que durante un estado de excepción el ejercicio de los derechos fundamentales (...) es suspendido, querría decir, en consecuencia que no podrán ser ejercidos durante el lapso de tiempo que el dure. En otras palabras, una persona no podría transitar libremente al interior de su domicilio en medio de una reunión, sin el temor de que cualquier personal pueda ingresar en él, pues si el ejercicio de la libertad de tránsito es suspendido, tendría que permanecer quieto (...). Como bien puede deducir el lector nada de lo dicho ocurre durante la vigencia de un estado de excepción. Ello se debe a que en sentido estricto, lo que sucede es que aquellos derechos se ven restringidos o limitados en su ejercicio mientras dure el estado de emergencia.”<sup>30</sup>

En este aspecto concordamos con la Defensoría del Pueblo cuando afirma:

Conforme a la Constitución, durante el estado de emergencia (artículo 137°) **puede restringirse** el ejercicio de los derechos a la libertad y seguridad personales, la inviolabilidad de domicilio, de reunión y de tránsito. **La declaratoria de un régimen de excepción no importa la ausencia de un Estado de Derecho ni anula los derechos fundamentales,** tampoco deja de lado la vigencia de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos.

El estado de emergencia sólo autoriza a la autoridad competente a restringir los derechos a que se refiere el objeto de la declaratoria del régimen de excepción, en aquellos casos que se justifique en función de los motivos de dicha declaración.<sup>31</sup>

### **Requisitos para la restricción en el artículo 30 de la Convención Americana**

---

<sup>29</sup> Opinión Consultiva del 09.05.86

<sup>30</sup> La Constitución Comentada. Tomo II Gaceta Jurídica. Diciembre del 2005. Pag. 463

<sup>31</sup> Directiva para la intervención defensorial durante la vigencia de un estado de emergencia aprobada por Resolución Defensorial N° 020 - 2003/DP de 30 de mayo, publicada el 31 de mayo de 2003

la Corte Interamericana ha establecido determinados requisitos para que el Poder Legislativo legisle la restricción de derechos humanos, a efecto que no se produzca un abuso de poder y se exceda a las facultades concedidas por los órganos constituidos.

El artículo 30 de la Convención ha establecido el cumplimiento concurrente de determinados requisitos para restringir una garantía constitucional:

- a) Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b) Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas" (...); y
- c) Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.<sup>32</sup>

Por ejemplo para la restricción de la libertad de expresión la Corte Interamericana ha señalado a tenor del artículo 13.2 de la Convención:

“(...) por ende, la legalidad de **las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo.** Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; **para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho** que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”<sup>33</sup>

### **Que tipo de norma legal permite restringir derechos**

Para restringir derechos, la Corte Interamericana ha establecido que debe hacerlo mediante leyes de la República, a fin de otorgarle la mayor de las garantías a los derechos de libertad de las personas.

“En tal perspectiva no es posible interpretar la expresión **leyes**, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola

---

<sup>32</sup> Opinión Consultiva del 09.05.86

<sup>33</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica. Párrafo 45.



determinación del poder público (...) la expresión leyes, (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgado por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.”<sup>34</sup>

En consecuencia

“(…) Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.”<sup>35</sup>

Los derechos fundamentales en cuanto elementos de un ordenamiento como es la Constitución, están sujetos a límites ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su misma clase, ya sea con la finalidad de permitir la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales. En el estado Constitucional de Derecho, la regla general es que los derechos son susceptibles de ser limitados, siendo la excepción que solo alguno de ellos pueda considerarse absolutos (v.gr. el derecho a no ser torturado)<sup>36</sup> y agregaríamos también el derecho a no ser desaparecido, señalado en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por Naciones Unidas en diciembre del 2006 y que el estado peruano aún no ratifica<sup>37</sup>.

Para su comprensión podemos ubicar también el tema dentro de los derechos limitable y no limitables esbozados en los trabajos de Martín Borowski, siendo lo posible restringir los primeros mas no los segundo<sup>38</sup>.

Al respecto puede revisarse el artículo 2 inciso 24, letra b) de la Constitución Política:

***No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.***

Enrique Varsi Rospigliosi, comentando a Víctor García Toma, señala al comentar el artículo: “Son tres las restricciones que la ley establece: Detención, condena penal y sanidad, debiendo agregar que el régimen de excepción, en el estado de emergencia también restringe ese derecho, siempre y cuando las autoridades consideren pertinente limitar tal derecho”.<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> Opinión Consultiva del 09.05.86. parrafo 26 y 27

<sup>35</sup> Opinión Consultiva del 09.05.86. parrafo 35.

<sup>36</sup> Puede leerse en Edgar Carpio. La interpretación de los derechos fundamentales. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. N°. 56. Diciembre 2003. pagina 494.

<sup>37</sup> Convención Internacional contra la Desaparición Forzada en su Artículo 1. ***Nadie será sometido a una desaparición forzada.***

<sup>38</sup> Puede leerse al respecto. Martín Borowski. La restricción de los derechos fundamentales.

<sup>39</sup> La Constitución Comentada Tomo I. Gaceta Jurídica Diciembre 2005. pag. 245.

Asimismo el artículo 139 inciso 9 de la Carta Política:

***El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.***

Comentando el referido artículo Jose Urquiza Olaechea, señala: “obedece (...) a la superlativa importancia que los padres de la Constitución le han dado a los derechos fundamentales, cuando estos son menoscabados en el derecho penal”

### **CONCLUSION**

- La violación contra menores es un delito que merece todo nuestro rechazo. Pero estos hechos deben de permitirnos hacer un diagnostico sobre sus reales causas y de cómo enfrentarlos. No puede ser que esta respuesta solo sea desde la inflación de penas y la elevación de las mismas. Requerimos recomponer los bienes jurídicos y brindar la mayor de las atenciones en todos los niveles a favor de los niño(a)s y su entorno familiar. Requerimos también replantear los objetivos de las instituciones de tutela.
- Se pretende utilizar como mecanismo de gravocidad la eliminación de los beneficios penitenciarios para determinados delitos. Ello puede trastocar el sentido fundamental del artículo 139 inciso 22 de la Constitución. Más aún en el mismo sentido puede tener elementos discriminatorios.
- Una cosa es la supresión de los beneficios penitenciarios y otra distinta es la restricción de los mismos. Este último está permitido, lo que esta recusado es su eliminación. El control difuso de constitucionalidad parece ser el mecanismo para hacer que la supresión se convierta en restricción, de esa manera no dinamitamos el artículo 139 inciso 22 de la Constitución.
- Las cárceles se han convertido en centros de delito más que en centros de reeducación y resocialización. En consecuencia anular los beneficios penitenciarios tal vez resultan siendo un drama mayor: La medicina puede ser peor que la propia enfermedad. Porque en algún momento estos delincuentes volverán a la sociedad y tal vez retornen mucho más perfeccionados. El reto no es solo levantar la voz contra estos delitos sino establecer de una buena vez una política criminal de aquí a 20 o 30 años y que sea un diagnostico serio desde la antropología, sicología, sociología, etc de nuestra sociedad para atender las verdaderas causas de los focos de violencia.