

Tutela antidiscriminatoria en el sistema penitenciario peruano

DAMIÁN RAFAEL FUENTES CUENDA
Prof. Universidad Internacional de la Rioja

RESUMEN

Las medidas de protección desplegadas en el sistema penitenciario peruano a favor de los grupos vulnerables privados de libertad, tienen como base las normativas e instrumentos internacionales que impulsaron dicha tutela antidiscriminatoria. Se abordan así en este trabajo tales políticas públicas y la norma penitenciaria peruana que las ha integrado.

Palabras clave: Legislación penitenciaria peruana. Derechos Humanos. Principio de no discriminación. Grupo vulnerable. Sistema penitenciario peruano. Código de Ejecución Penal. Reglamento de Ejecución Penal.

ABSTRACT

The protection measures deployed in the Peruvian Penitentiary System in favor of vulnerable groups deprived of liberty, are based on the international regulations and instruments that promoted such anti-discrimination protection. This paper addresses such public policies and the Peruvian prison regulations that have integrated them.

Keywords: Peruvian Prison Law. Human Rights Protection. Non-Discrimination Principles. Vulnerable Groups. Peruvian Penitentiary System. Penitentiary Law.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Instrumentos internacionales y tutela antidiscriminatoria.–III. Una tribulación pertinaz regional: el hacinamiento.–IV. Interpretación jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación.–V. Grupos vulnerables en prisión. V.1. Mujeres reclusas. V.2. Orientación sexual V.3. Personas con discapacidad. V.3.1 Discapacidad intelectual y salud mental. V.4. Personas extranjeras. V.5. Minorías y grupos étnicos. V.6. Personas con VIH/Sida y/o tuberculosis. V.7. Jóvenes reclusos. V.8. Adultos mayores. V.9. Discriminación socioeconómica intramuros y el problema de la corrupción.–VI. Medidas penitenciarias restrictivas: La limitación de los beneficios penitenciarios.–VII. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Existe en el ámbito penitenciario cierta vulnerabilidad inmanente, característica de un medio que todavía constituye, sin duda, un *mal necesario* (1), un lugar de rigor y privación para los sometidos a custodia (2); y cierta vulnerabilidad preexistente en ocasiones en la condición del privado de libertad quien, sin la tutela penal y administrativa adecuadas, pudiera verse por ello sometido a situaciones discriminatorias. Y es que ello ha podido confirmarse en la crisis del COVID-19, pero también ha sido advertido históricamente, pues como ha señalado Sanz Delgado, «la vulnerabilidad surgía de las propias condiciones del encierro, que igualaba o incrementaba el desamparo de los

(1) Así lo contemplaba y expresaba, a modo de ejemplo, el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre, actualmente vigente, como sigue: «Las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo». A ello haría referencia el principal artífice de dicha norma en GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria. 2.ª ed. Reimpresión 1995, Civitas, Madrid, 1995, p. 20.

(2) Aunque con ciertos límites, en un escalón inferior a las conductas del trato degradante, pues como ha señalado Mapelli Caffarena, dicho rigor «ni la privación pueden entenderse como trato inhumano o degradante, ni como agresiones que acarrean sufrimientos de manera especial o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena, porque entonces estaríamos en el ámbito del delito de tortura o contra la integridad moral». *Cfr.* MAPELLI CAFFARENA, B.: «El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpresión mayo 2016), p. 560.

sometidos a custodia, surgiendo la discriminación, por lo usual, de las condiciones económicas de aquéllos y de los derechos de carcelaje exigidos» (3). Algunas de tales difíciles condiciones y elementos característicos de entonces, todavía hoy pueden ser advertidos en la ejecución penal de numerosos países, incluido el Perú.

Desde una mirada periférica, internacional, como ha sido advertido y aceptado por Naciones Unidas: «existen ciertos grupos, que se encuentran en posiciones particularmente vulnerables en los recintos penitenciarios, quienes por tanto requieren de mayores cuidados y protección. Algunas personas pueden experimentar un mayor sufrimiento debido a instalaciones inadecuadas y a la falta de cuidados especializados disponibles para atender las necesidades especiales en prisión. El entorno mismo de la prisión exacerbará sus problemas ya existentes. Estos incluyen prisioneros con cuidados en su salud mental, prisioneros con discapacidades y aquéllos de la tercera edad. Algunos de ellos corren el riesgo de sufrir el abuso por parte de otros reclusos y del personal de la prisión debido a actitudes prejuiciosas y a percepciones discriminatorias muy arraigados en la sociedad misma, que son más pronunciadas en los cerrados entornos de la prisión. Dichos grupos pueden sufrir humillaciones, abuso físico y psicológico y violencia, debido a su etnicidad, nacionalidad, género y orientación sexual» (4). Y tal vulnerabilidad manifestada se incrementa en sistemas y establecimientos penitenciarios superpoblados, incluyéndose hoy por Naciones Unidas entre tales grupos vulnerables a las reclusas, a los reclusos que necesitan atención en salud mental, a reclusos dependientes de drogas, a reclusos extranjeros, a minorías raciales y étnicas, reclusos adultos mayores y a reclusos con discapacidades (5).

(3) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión», en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, Tomo IV, 2011, p. 67.

(4) Vid. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Series Manuales de Justicia Penal. New York, 2009, p. 4 (Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf).

(5) Vid. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones. Serie de guías de Justicia penal. New York, 2014, p. 15 (Disponible on line, en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBonOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf). Se advertía previamente dicho principio tutelar antidiscriminatorio en las Reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa de 2006, en la Regla 13: «Las presentes Reglas deben ser aplicadas con imparcialidad, sin discriminación alguna fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la perte-

Si en el entorno social libre es perfectamente identificable la discriminación múltiple (6), expresión diferenciada de la llamada discriminación interseccional, que más bien se asimila al término discriminación acumulada, referido a cuando una misma persona padece acumulativamente varias situaciones de discriminación (7), ello es asimismo advertido, y con mayor gravedad, en el entorno penitenciario. Y en dicho espacio de reclusión tiene por ello superior utilidad la normativa antidiscriminatoria, que despliega por lo usual su eficacia atendiendo a varias funciones distintas y, a su vez, complementarias, señaladas por Álvarez Alonso y Álvarez del Cuvillo, como sigue: «a) Una función *simbólica* que consiste en establecer un estándar normativo, señalando preventivamente a los particulares y a los poderes públicos cuáles son las conductas prohibidas, con la finalidad de generar pautas socioculturales que influyan en la acción humana sin necesidad de emprender un proceso judicial o un procedimiento sancionador; b) una función *tutelar*, que se cifra en la identificación e interdicción de supuestos discrimi-

nencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento o cualquier otra situación».

(6) *Vid.* CHACÁRTEGUI JAVEGA, C.: «Mujer, discriminación múltiple y exclusión social», en (PÉREZ DE LA FUENTE, O. Ed.): *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 41; anteriormente y posterior, entre otros al respecto, *vid.* REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 28, número 84, 2008, pp. 251-283; ASHIAGBOR, D. (SOAS): El reto de la discriminación múltiple e intersectorial en la ley de la UE (Seminario SOAS. University of London), pp. 2-18. Disponible en: http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/11_Multiple_discrimination/2013_04_Ashiagbor_ES.pdf; en relación a la situación española, JIMÉNEZ LARA, A.: *Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas* (Observatorio Estatal de la Discapacidad –OED-, Ed.), 2016, pp. 5 y ss.; más recientemente, reflexionando sobre el uso del lenguaje, y examinando las diferencias conceptuales entre las expresiones discriminación interseccional y discriminación múltiple, CAVALCANTE CARVALHO, A.M.: *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, n.º 7 marzo 2018, pp. 15-25; Parlamento Europeo 2014-2019: Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2017/2127(INI)), ponente Helga Stevens, Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0339_ES.pdf, pp. 50 y ss.

(7) Término acumulativo preferido por autores como Wilfredo Ardito, quien entiende que «en el Perú la mayoría de los problemas de discriminación no se presentan por una sola causal, sino por la suma de varias». *Cfr.* ARDITO VEGA, W.: «Patrones de la discriminación en el Perú», en VV.AA. (DHES –Red de derechos Humanos y Educación Superior): *Conferencias descentralizadas Alfa. Grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad*. Días 2, 3 y 4 de septiembre de 2014. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 7 (Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34127.pdf>).

minatorios, para su eliminación en sede judicial o administrativa, garantizando así el ajuste de los destinatarios a las pautas señaladas anteriormente y la reparación de la situación de quienes hayan sido víctimas de tales comportamientos, e, incluso, c) una función *promocional* a la que responderían aquellas normas e instrumentos jurídicos que trascienden de la lógica meramente sancionadora o prohibitiva» (8).

Detectadas tales especiales necesidades individuales, de los más desfavorecidos en el ámbito social, se trataría entonces de proteger y promover sus derechos también en el marco de la ejecución penal (9), siendo el incumplimiento de los estándares internacionales de protección el principal resultado lesivo a evitar por las autoridades penitenciarias. Como señala Matthews, «varios convenios internacionales han sido firmados para alcanzar unos estándares mínimos en la protección de los derechos fundamentales de los presos, pero muchos países latinoamericanos en los albores del siglo XXI no los han cumplido» (10). Ese proceso de asimilación y cumplimiento normativo ha sido no obstante recientemente impulsado en el Perú (11), donde la percepción institucional de las conductas discriminatorias ha

(8) Cfr. ÁLVAREZ ALONSO, D./ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», en Revista española del derecho del trabajo, n.º 132, Civitas, 2006, pp. 999 y 1000; acerca de la tutela antidiscriminatoria, de modo genérico, respecto de los grupos vulnerables, por todos, VV.AA. (Escobar Roca, G. Dir.): Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1725 y ss.; y, respecto de la bibliografía y de la doctrina específicamente peruana, *vid.* DORIVAL CÓRDOVA, R.: Discriminación en el Perú. Acercamiento bibliográfico. Documento de investigación 11. Fondo Editorial Universidad del Pacífico, Lima, diciembre 2018, *passim* (Disponible on line, en: <http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/2186>).

(9) *Vid.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Reglas Nelson Mandela). Un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI. Documento con traducción no oficial preparado por Oficina regional de Centroamérica y el Caribe. Viena, 2015, p. 7 (Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf).

(10) Cfr. MATTHEWS, R.: «Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica», en *Política criminal*. Vol. 6, n.º 12, diciembre de 2011, p. 316 (Disponible on line: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v6n12/art03.pdf>).

(11) En este sentido, Ardito Vega, afirmaba en 2015: «estamos ante uno de los problemas más fuertes de la sociedad peruana. Sin embargo, han sido incipientes los avances en cuanto a políticas públicas para enfrentarla». Cfr. ARDITO VEGA, W.: «La promulgación de normas no es suficiente». Resumen elaborado en base al documento «Políticas Públicas contra la discriminación en las regiones», en VV.AA.: CIES (Consortio de Investigación Económica y Social): Propuestas de política para los gobiernos regionales 2015-2018, s/f, p. 53 (Disponible on line, en: <http://www.cies.org.pe/sites/default/files/pagina/files/dossier-elecciones.pdf>).

salido, por fin, a la luz insertándose en la norma y en las políticas públicas.

II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y TUTELA ANTI-DISCRIMINATORIA

El principio de igualdad y no discriminación se advierte así recogido en diversos instrumentos internacionales. Se han establecido inicialmente estándares generales, comenzando por la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 2.º que dispone: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». El hecho de dejar el precepto una cláusula abierta al señalar «o cualquier otra condición», ha permitido a las legislaciones nacionales incrementar e incluir nuevos grupos en situación de riesgo en sus listados de grupos vulnerables. De otra parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, establece en su artículo 26, que «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Asimismo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en su artículo 12 (1), vino a señalar: «Los Estados Partícipes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Más concretamente, para el ámbito penitenciario, a partir del *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, en el Principio 5.º se establece: «Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». En las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* de Ginebra de 1955, de igual modo se disponía en su Regla 6.ª: «Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de

raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera». Y entre las actuales Reglas Mínimas de Naciones Unidas de 2015, Reglas Nelson Mandela, que atienden a dichos grupos vulnerables en las Reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2 y 109 a 110, en la principal Regla 2.^a se dispone:

«1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos. 2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias».

Para una mejor exégesis, en la Guía de aplicación práctica, que establece los «Principios fundamentales de las Reglas Mandela» (12), se confirma que toda acción relacionada con el trato a las personas privadas de libertad debe superar el estándar de no discriminación. Las necesidades especiales de algunas personas privadas de libertad o grupos obligan a desarrollar respuestas adaptadas, promoviendo las condiciones o removiendo los obstáculos que se opongan a la realización efectiva de la igualdad (igualdad sustancial).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas (RMTR), en su última versión de 2015, como sostienen la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituyen asimismo el instrumento internacional de referencia a los efectos de determinar, desde el punto de vista del Derecho internacional, las exigencias del sistema penitenciario en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la que se integra el Perú. Con anterioridad, en marzo de 2008, se habían adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13), los *Princi-*

(12) *Vid.*, al respecto, CICR: «Principios fundamentales de las Reglas Mandela. Un enfoque regional de gestión e infraestructura penitenciaria en Latinoamérica. Guía de aplicación práctica» (III Taller latinoamericano de gestión e infraestructura penitenciaria, p. 11. Disponible on line: https://www.icrc.org/es/download/file/92520/guia_de_aplicacion_reglas_mandela.pdf).

(13) *Vid.*, al respecto, CIDH: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

pios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que en su Principio II, intitulado «Igualdad y no discriminación», vino a establecer:

«Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad. No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial».

De otra parte, las Defensorías del Pueblo de la región, agrupadas en la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), asimismo expresaron en 2007, en su informe *Sistema Penitenciario*, en materia de tutela antidiscriminatoria (14), las siguientes recomendaciones a los Estados miembros: 1.^a De conformidad con la Recomendación 15, adoptada por la FIO en su *I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, facilitar a los reclusos extranjeros el acceso a la asistencia consular, a la vista de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Asimismo, facilitar a los reclusos refugiados, apátridas o sin representación diplomática ni consular en el país el acceso al representante encargado de sus intereses o a cualquier otra autoridad u organismo, nacional o internacional, que tenga por objeto su protección. 2.^a De conformidad con la Recomendación 49, adoptada por la FIO en su *I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, estable-

(Disponible on line en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>).

(14) Cfr. F.I.O. (Federación Iberoamericana de Ombudsman): VV.AA. (Escobar Roca, G., Dir.): *Sistema penitenciario. V Informe de Derechos Humanos*, Trama, Madrid, 2007, pp. 567 y 568 (Disponible on line, en: <http://www.portalfio.org/recursos/v-informe-sobre-derechos-humanos-sistema-penitenciario-2007/>)

cer acuerdos y programas especiales a favor de los reclusos extranjeros en los establecimientos penitenciarios del país. Facilitar el cumplimiento de la condena en el país de origen del recluso (o, en su caso, en el país que este elija), siempre que el recluso otorgue su consentimiento al traslado, tras recibir información adecuada (incluyendo el asesoramiento de un letrado) sobre las consecuencias del mismo. 3.^a No conceder la extradición de ningún recluso en las circunstancias previstas en los artículos 3 y 4 del Tratado modelo de extradición de Naciones Unidas 4.^a Establecer programas especiales a favor de las mujeres reclusas, especialmente en los casos de embarazo y maternidad. Impedir que personal de sexo masculino esté a cargo de la custodia de mujeres en los establecimientos penitenciarios. 5.^o De conformidad con las Recomendaciones 17 a 24, adoptadas por la FIO en su *III Informe sobre derechos humanos: Niñez y adolescencia*, garantizar adecuadamente los derechos de los menores de edad en los sistemas penal y penitenciario. 6.^a Atender las necesidades específicas de los reclusos pertenecientes a colectivos indígenas o a minorías étnicas, culturales o religiosas, respetando sus derechos lingüísticos y culturales, siempre que éstos no sean incompatibles con el sistema de Derechos Humanos. Estudiar la posibilidad de aplicar a estos colectivos modalidades alternativas de ejecución que resulten compatibles con sus usos y costumbres.

III. UNA TRIBULACIÓN PERTINAZ REGIONAL: EL HACINAMIENTO

Identificados tales caracteres y las medidas a impulsar para la correcta exégesis de la tutela antidiscriminatoria, para el efectivo cumplimiento de dichos presupuestos el hacinamiento en prisión se ha convertido en uno de los grandes inconvenientes. Por ello, en diversos instrumentos internacionales, y especialmente desde Naciones Unidas, se han reiterado las negativas consecuencias derivadas de la superpoblación penal, confirmándose que, «con frecuencia, esta situación da lugar a conculcaciones de los Derechos humanos de las personas detenidas» (15), pues en un espacio que acumula en exceso

(15) Cfr. UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): Orientaciones técnicas para la planificación de establecimientos penitenciarios. Consideraciones técnicas y prácticas basadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Copenhagen, 2016, p. 26 (Disponible on line, en: https://content.unops.org/publications/Technical-guidance-Prison-Planning-2016_ES.pdf?mtime=20171215190049)

personas y tensiones, que conlleva a una falta de control efectivo institucional, las situaciones de posible discriminación encuentran un terreno abonado. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresaba en 2008 una suerte de desiderátum, por su improbable cumplimiento, al establecer que «la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva» (16). En la práctica, ni la prohibición se articula, ni se evita tal inhumano trato, ni se establecen límites o umbrales infranqueables, ni los jueces encargados, cuando los hay con competencias al efecto, despliegan el necesario control para frenar tales abusos.

En una constante creciente y aún de difícil solución, el sistema penitenciario peruano se caracteriza también así por un alto índice de superpoblación, o hacinamiento (17), lo que provoca, como indesea-

(16) Cfr. OEA/CIDH: Principios y buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Disponible on Line en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>).

(17) Término señalado, desde 2001, por Elías Carranza en relación a estas situaciones en varios países de América Latina. Vid. CARRANZA, E.: «Cárcel y Justicia Penal: El modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas, y una Política Integral de seguridad de los habitantes frente al delito», en VV.AA. (Carranza, E. Coord.): Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. 1.ª ed. Ilanud, 2009, p. 63; con anterioridad, VV.AA. CARRANZA, E. (Coord.): Justicia penal y superpoblación penitenciaria: respuestas posibles. Siglo XXI, México D.F., 2001, pp. 11-47 (con cifras de Perú desde 1992 a 1999); el mismo: «Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer?», en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 8, 2012, pp. 32-37 (Disponible on line, en: <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/09/Situaci%C3%B3n-penitenciaria-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>); en lo relativo a Perú, entre otros, Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GÓMEZ RIVERO, C./NIETO MARTÍN, A.: «El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales», en *América Latina Hoy*, n.º 28, 2001, pp. 40, 43 y 44 (Disponible on line, en: <http://www.acuedi.org/ddata/660.pdf>); y desde el específico ámbito académico peruano, asimismo han dado noticia de esta situación, en los últimos años, entre otros, PERALTA BARRIOS, M.I./VALVERDE VILLAR, N.V.: *El interno y el mundo exterior: beneficios penitenciarios*. Idemsa, Lima, 2004, pp. 48, 79; SMALL ARANA, G.: *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*. Grijley, Lima, 2006, pp. 14-20; el mismo: «Propuesta de privatización en las cárceles en el sistema penitenciario», en *Revista de Derecho y Ciencia Política*. UNMSM, Vol. 64, 2007, pp. 212 y 213; el mismo: «Análisis de la ley n.º 29423 que suprime beneficios penitenciarios para los supuestos de terrorismo», en *Revista de*

das consecuencias intramuros, un grave riesgo de afectación a los derechos de los reclusos en un marco real caracterizado porque las sesenta y ocho cárceles del país tan solo ofrecen capacidad (18) para albergar a cuarenta mil internos, entre varones y mujeres, si bien la población real reclusa alcanza ya las noventa y seis mil personas,

Derecho y Ciencia Política. UNMSM, Vol. 66, 2009, p. 212; CEAS: (Comisión Episcopal de Acción Social): Perú: Informe sobre la situación penitenciaria. Roel Ed., Lima, 2005, pp. 7 y 8; MAPELLI CAFFARENA, B. (Coord.): La mujer en el sistema penitenciario peruano. Idemsa, Lima, 2006, pp. 187-191; VIZCARDO, S.H.: Derecho penitenciario peruano. Pro Derecho/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lima, 2007, pp. 146-148; CABRERA CABRERA, M.O.: Manual Introductorio de Derecho Penitenciario. Doctrina Legislación, Casos Prácticos. Fecat, Lima, 2007, p. 78; ÁVILA HERRERA, H.J.: «Panorama Nacional: Perú», en VV.AA. Federación Iberoamericana de Ombudsman (Escobar Roca, G., Dir.): Sistema penitenciario. V Informe de Derechos Humanos, Trama, Madrid, 2007, p. 331; el mismo: «El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo: Problemas, orientaciones, retos y perspectivas», en *Centros de Estudio de Derecho Penitenciario*, Año 1, n.º 1, 2011, p. 2; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: 10 medidas de reforma del sistema penitenciario. Lima, 10 de abril de 2012, p. 4; TORRES GONZÁLES, E.: Beneficios penitenciarios. Medidas alternativas a la pena privativa de libertad. 2.ª ed. Idemsa, Lima, 2014, p. 286; CÁRCAMO, J. E./GUARNIZO, A./MENDOZA, M.Y./PAJARES, C./VIGNOLO, G.: Asociaciones público-privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú. Esan Ed., Lima, 2015, pp. 11-14, valorando la iniciativa privada (privatización) para solventar la situación de hacinamiento; TERRONES RIVASPLATA, N.: Sobrepoblación penitenciaria y tratamiento penitenciario de los internos sentenciados del Establecimiento Penitenciario «Víctor Pérez Liendo». Huaraz-2016, Escuela Postgrado Universidad César Vallejo, Perú 2017 (Disponible en: http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7557/Terrones_RN.pdf?sequence=1&isAllowed=y); NUNOVERO, L.B.: «Factores de aumento de la población penitenciaria en el Perú, medidas alternativas y vigilancia electrónica», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 37, 2017, pp. 369-390; PEÑALOZA GONZÁLEZ, A.: El fenómeno de la reinserción carcelaria en el Perú: análisis de los factores asociados a las trayectorias exitosas de reinserción social. Tesis. PUCP, Lima, febrero 2017, pp. 4, 5 y 9 y ss.; MILLA VÁSQUEZ, D.G.: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 302, 303, 357, 644 y 645; en el ámbito europeo y especialmente español, la sobrepoblación asimismo preocupa, y así bien se ha señalado, por todos, recientemente, por RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Un análisis de las estrategias contra la superpoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos», en *Revista Electrónica de Ciencia de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, 2018. Disponible on line, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-05.pdf>.

(18) *Vid.*, el Informe del INPE de marzo de 2019 en el que se advertía de un índice de superpoblación del 133%, teniendo en cuenta que la diferencia entre la capacidad de albergue y la real es de 53.053 internos (algo mejor en todo caso que en el período 2005-2007 en el que el porcentaje era de 154%). *Vid.*, al respecto, Instituto Nacional Penitenciario: Informe estadístico penitenciario. Lima, marzo 2019, p. 10; más recientemente, igualmente se admite tal exceso en el Informe estadístico gubernamental de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4147-informe-estadistico-noviembre-2019/file.htm>

habiéndose cuantificado en enero de 2019, una población de 91.283 personas, y de 90.934 internos/as a fecha de diciembre de 2018 (19).

A tales dificultades ha de añadirse un alto porcentaje de personas privadas de libertad en situación preventiva, esto es, en prisión provisional a la espera de juicio. Así, según datos de la Unidad de Registro Penitenciario de la Unidad de Estadística del Instituto Nacional Penitenciario (INPE)- hasta el 17 de febrero del 2020, la institución reportó un total de 34.879 internos procesados. En términos porcentuales, ello equivale al 36% de los 95.548 internos actuales en establecimientos penitenciarios a nivel nacional. Este que parece a priori un índice inasumible, pudiera incluso incrementarse, como reflejaba en 2016 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el estudio presentado, tomando como base los anteriores cuatro años, y proyectando «un crecimiento promedio del 5.3% anual, estimándose que la población penitenciaria alcanzaría los 222.487 internos e internas al año 2035. En contraste, la capacidad de albergue, crecería en promedio el 2.8% anual, considerando que las unidades de albergue disponible llegarían a 58.187, lo que determinaría un hacinamiento del 282%» (20). Ejemplos como los establecimientos de Lurigancho o Chiclayo, con un 233% y 286% de superpoblación respectivamente, en fecha de marzo de 2019, debieran ser por ello del todo inasumibles (21). La transitoriedad de medidas de apertura para evitar el contagio derivado de la crisis del Covid-19, no soluciona el problema.

IV. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Si bien, de modo genérico, la voz discriminación desde un concepto amplio está referida a toda quiebra o infracción de la igualdad en un sentido neutro, la discriminación en sentido estricto se refiere

(19) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Boletín estadístico Institucional 2019. Primer trimestre, Lima, 2019, p. 78 (Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Bolet%C3%ADn-2019_Primer-Trimestre_.pdf).

(20) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de Política Penitenciaria. Aprobado por Decreto Supremo n.º 005-2016-JUS. Consejo Nacional de Política Criminal. Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria, Lima, septiembre 2016, p. 59 (Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Pol%C3%ADtica-Nacional-Penitenciaria_2016_2020.pdf).

(21) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Informe estadístico penitenciario, Lima, marzo de 2019, p. 11.

específicamente a aquella situación en la que concurren algunos criterios de diferenciación prohibidos, como los expresados en el artículo 2.º, inciso 2.º, de la Constitución peruana, cuales son el origen, la raza, el sexo, la religión, la opinión, la condición económica, o de cualquier otra índole (22). La explicación que ofrece el Máximo Interpretador Constitucional del Perú, en su STC Exp. n.º 0045-2004-PI/TC, FJ 20, atiende al derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación en estos términos: «constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), o por otras («motivo», «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad».

Dicha indicación llega a establecer límites al legislador, incluso para las leyes especiales, como también se recoge en la STC Exp. n.º 0004-2006-PI/TC, FJ 123, que señala: «el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones». Más en concreto, el mismo Alto Tribunal se ha expresado proscribiendo la discriminación y perfilando sus características diferenciales del concepto genérico de desigualdad, en su STC Exp. n.º 0048-2004-PI/TC, FJ 62, como sigue: «no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discrimi-

(22) Distinción señalada, entre otros, por SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. M.: *La «discriminación múltiple» como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2015, p. 27 (Disponible on line: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36876.pdf>).

minación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable»

La jurisprudencia internacional también ha definido tales principios en sentencias que han afectado al Estado peruano. El principio de igualdad y no discriminación, como principio básico de la protección de los Derechos Humanos, que alcanza el carácter de *ius cogens*, diferenciando la protección otorgada por el artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido señalado, en relación con el Perú, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289 (23), donde la Corte recuerda que en el Perú existió un patrón de tortura y de violencia sexual aplicada discriminatoriamente en perjuicio de las mujeres en el marco de investigaciones por razón de terrorismo y traición a la patria en la época de los hechos, y donde se indicaban las obligaciones para el Estado peruano: «La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo trato que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier trato discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional».

Si desde organizaciones como Reforma Penal Internacional, enfocadas hacia una visión preventivo especial de la pena y del sistema penitenciario, no se ha dejado de insistir en la necesidad de implementar la capacitación del personal penitenciario, ofreciéndose útiles herramientas y manuales para la protección de los derechos humanos y de los grupos vulnerables, señalando «la necesidad de aumentar el

(23) *Vid.*, al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 14, Igualdad y no discriminación, 2019, p. 16 (Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>).

profesionalismo de los involucrados en la justicia criminal, especialmente las personas que tratan directamente con los reclusos» (24), la Corte Interamericana respecto del Caso Espinoza González Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, también dedicó párrafos a conseguir del Estado Peruano un esfuerzo y compromiso en relación a la formación en Derechos Humanos. En sus términos: «La Corte valora positivamente las medidas adoptadas por el Estado respecto a la formación en derechos humanos en diversas instituciones del Estado. Sin embargo, recuerda que la capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos. De igual modo y a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, advierte que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos». En este sentido, entre las medidas establecidas por la Corte para erradicar la discriminación adoptando mecanismos de garantía, que debe realizar el Estado para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de ciertos grupos, que hacen referencia a medidas de debida diligencia en las investigaciones de hechos que constituyen violencia de género, particularmente; así como al deber reforzado de personas que se encuentran en situación de discriminación y a la obligación de realizar investigaciones con perspectiva de género, como mecanismos para erradicar la discriminación (25).

En el último decenio se ha confirmado en el Perú el interés gubernamental en prestar atención a los problemas dimanantes del casi siempre hostil medio penitenciario, resolviendo que «una administración penitenciaria eficiente y moderna también garantiza indirectamente la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad». Así, se desprende y publica desde un punto de vista institucional y administrativo, en el año 2008, con la presentación por el Instituto Nacional Penitenciario del primer manual de Derechos

(24) *Cfr.* WAHL, H. H./GHOSN, R.: «Introducción al Manual de Capacitación», en *Reforma Penal Internacional: Manual de Capacitación n.º 1: Derechos Humanos y prisioneros vulnerables*. Paris, octubre de 2003, p. 6 (Disponible en: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/man-hr1-2003-vulnerable-prisoners-es.pdf>).

(25) *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 14, ob. cit., pp. 150 y ss.

Humanos (26); y, posteriormente, a partir de la puesta en marcha del Plan Nacional de Política Nacional Penitenciaria de 2016, aprobado por Decreto Supremo n.º 005-2016-JUS, y publicado en el Peruano el 15 de julio de 2016, previsto para el periodo 2016-2020, delineando principios, «como axiomas fundamentales y fundantes que orientan de forma coherente las decisiones que se adopten en el marco de la implementación de la política nacional penitenciaria» y, entre los mismos, el principio de atención de internos con necesidades especiales, visibilizando y generando una línea de atención «diferenciada para aquellos grupos de personas que están inmersas en el sistema penitenciario y que tienen requerimientos especiales (inimputables, toxicómanos dependientes, extranjeros, adultos mayores, discapacitados, etc.); con el propósito de fomentar condiciones y tratamiento igualitario para todos» (27).

Seguidamente, y como desarrollo de la Ley n.º 30.506 del año 2016, con despliegue institucional por medio de la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo n.º 1328, que adscribía formalmente al INPE al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la edición de 2018 del «Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función penitenciaria», publicado por el Instituto Nacional Penitenciario (28), se contempla dicha permanencia en la preocupación administrativa. En palabras de Carlos Zoe Vásquez, a la sazón Presidente del Consejo Nacional Penitenciario, se trata de una herramienta o «instrumento orientador para el ejercicio de la función penitenciaria». En sus términos, «el servidor penitenciario, en el ejercicio de sus funciones, debe lograr ser capaz de disuadir y contrarrestar actos de violencia verbales y/o físicos, utilizando racionalmente la fuerza que le ha sido conferida por el Estado». Se presentan así oficialmente los que se asumen como *grupos vulnerables*, agrupados en jóvenes, mujeres, orientación sexual, adultos mayores –ancianidad–, con discapacidad, extranjeros, y pueblos originarios.

Las conductas que atenten contra dichos grupos vulnerables encuentran, por lo usual, dos esferas de protección en el ámbito de la ejecución penal, previéndose el orden penal y el penitenciario para la sanción de una conducta delictiva constitutiva de actos de discrimina-

(26) *Vid.* Ministerio de Justicia/Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria. Lima, mayo 2008, Disponible on line, en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/35B70152F03289C8052577C0006298DA/\\$FILE/Manual_De_Derechos_Humanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/35B70152F03289C8052577C0006298DA/$FILE/Manual_De_Derechos_Humanos.pdf)

(27) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de Política Penitenciaria... ob. cit., p. 70.

(28) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria*. Punto y Gráfica SAC, Lima, marzo 2018, *passim*.

ción, así como en algunos ordenamientos se prevén, además, si bien no con carácter sancionador sino propiamente tratamental, añadidas acciones de intervención penitenciaria, específicas para tales delitos (29).

En el orden penitenciario inmediato a la comisión de la infracción por una conducta discriminatoria, por parte de un interno en un establecimiento penitenciario, el régimen disciplinario (regulado en el Capítulo II del Título II dedicado al Régimen penitenciario en el Código de Ejecución Penal, específicamente en los artículos 21 y siguientes, así como los artículos 71 y siguientes del Reglamento de Ejecución Penal, que establece las sanciones aplicables a las faltas recogidas en el Código de Ejecución Penal), recoge en el listado de infracciones tan solo la posibilidad, en una interpretación algo forzada, de una falta disciplinaria grave del artículo 25, en su numeral 1.º, «Impedir o entorpecer el tratamiento de los demás internos» (que constituye, en todo caso, una causal demasiado abierta a la interpretación), o en su numeral 9.º: «Agredir a cualquier persona que se encuentre en el Establecimiento Penitenciario» o, en fin, la difusa y arriesgada cláusula abierta del numeral 12.º: «Cometer cualquier otro acto similar previsto en el Reglamento»; podrá ser de menor entidad, asimismo, constitutiva la conducta de una falta disciplinaria leve (ex art. 26), al infringirse la norma con una conducta constitutiva del apartado 3.º: «Emplear palabras soeces o injuriosas en el trato con las demás personas», o incardinada en el apartado 7.º, como cláusula abierta, «incumplir las demás disposiciones sobre el Régimen Penitenciario que establece el Reglamento».

(29) En el ámbito penitenciario español, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha a partir de octubre de 2018, el 'Programa Diversidad: por la igualdad de trato y no discriminación y frente a los delitos de odio' que nace de la necesidad de dar respuesta a una demanda social y también legislativa, tras la reforma del Código Penal en el año 2015, dirigido a aquellas personas condenadas por la comisión de un delito de odio según el artículo 510 y siguientes del Código Penal, que prevén penas de prisión para quienes «fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia». Pero también para aquellos penados por otros delitos con el agravante de «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clases de discriminación», según el artículo 22.4. Se trata de un programa psicoeducativo que se aborda a través de unas 50 sesiones, individuales en un primer momento y grupales posteriormente. El tratamiento consta de cuatro fases: una primera de evaluación; la segunda fase terapéutica propone la intervención contra el autoritarismo, la intolerancia, la baja autoestima o los prejuicios, entre otros; en un tercer momento se seguirán los resultados del tratamiento; la última fase, de justicia restaurativa, propondrá el encuentro entre delincuente y víctima. *Vid.*, al respecto, http://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Documentos_20-PROG_DIVERSIDAD.pdf

En relación a la protección penal (30), como ha señalado la Defensoría del Pueblo del Perú: «Si bien es cierto que, en enero de 2017, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo n.º 1323, que modificó el Código Penal, mejorándose la redacción del tipo penal del delito de discriminación; de otro lado, se despenalizó la figura de la incitación y promoción de actos discriminatorio» (31). Así, desaparecía con la reforma el último párrafo del precepto que «castigaba cuando la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo», quedando vigente el artículo 323, como sigue: «El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36».

V. GRUPOS VULNERABLES EN PRISIÓN

V.1. Mujeres reclusas

Como afirmara Carmen Antony, «la prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el

(30) *Vid.*, en relación a los caracteres y consecuencias del artículo 323 con anterioridad a la reforma de 2017, ARDITO VEGA, W.: «El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites», en *Foro Jurídico*, n.º 14, 2015, pp. 23-31.

(31) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía n.º 001-2018-DP/ADHPD, aportes a la lista de temas relativa a los informes periódicos 22.º y 23.º combinados del Perú ante el Comité para la eliminación de la discriminación racial. Lima, 2018, p. 4.

encierro para las mujeres y para los hombres» (...) Estas mujeres, en suma, constituyen un grupo particularmente vulnerable» (32).

Las mujeres reclusas (ya sean nacionales o extranjeras, inmigrantes, discapacitadas, indígenas) si bien mantienen todos sus derechos reconocidos constitucionalmente, tienen también por ello reconocidas algunas facultades específicas. Así, expresamente no serán objeto de discriminación y estarán protegidas de todas las formas de violencia o explotación, como lo establecen los artículos 1.º, 6.º y 7.º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y los artículos 2.º y 4.º de la Declaración sobre la violencia contra la mujer.

Como al respecto se ha señalado en el Informe estadístico de marzo de 2019 del INPE: «debe entenderse que la interpretación de las condiciones de encierro de las mujeres se realiza por medio de la legislación nacional, la jurisprudencia y como marco preceptivo, las Reglas de Bangkok y las Reglas Mínimas. Dado que ambas Reglas poseen la naturaleza de norma-principio (al igual que la resocialización), su objetivo radica en alcanzar un marco ideal que garantice la plena vigencia de la dignidad de las personas privadas de libertad; esto supone el esfuerzo continuo de la administración penitenciaria en tratar de seguir tales Reglas, sin que ello esté exento de dificultades e inclusive errores» (33).

De hecho, como se ha señalado, aun existiendo instrumentos de Naciones Unidas que incorporaban preceptos antidiscriminatorios, hasta la aparición de las reglas de Bangkok, «los problemas de las mujeres reclusas en los instrumentos anteriormente señalados, dejaban entrever la falta de conocimiento e interés en un ámbito necesitado de regulación específica» (34). Así, la primera de tales Reglas rescataba tal principio y proscribía la discriminación relativa a las mujeres como sigue: «A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igual-

(32) Cfr. ANTONY, C.: «Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina», en *Nueva Sociedad*, n.º 208, marzo-abril, 2007, pp. 76 y 78

(33) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Informe estadístico penitenciario...*, ob. cit., p. 20.

(34) Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: «La aplicación de las Reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): *Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana*. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpr., mayo 2016), pp. 262 y 263.

dad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria». La traslación de tales derechos a la legislación nacional se convierte en exigencia. Como ha señalado Antony, «se deben aplicar las convenciones y los tratados internacionales, especialmente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, para lo cual debe corregirse, si fuera necesario, la legislación nacional» (35).

Si atendemos a tales derechos específicos de la mujer en prisión (36), en el ámbito peruano, según el Código de Ejecución Penal, las mujeres en prisión tienen los siguientes derechos: a) Permanecer con sus hijos en el establecimiento penitenciario hasta que ellos cumplan los tres años de edad; b) En el caso de embarazo, a que no se utilice ninguna clase de medios de coerción; c) A estar ubicada en establecimientos penitenciarios separado de la población masculina; d) En caso de internas embarazadas, deberán ser atendidas preferentemente; e) La sanción de aislamiento no puede ser aplicada a mujeres gestantes, hasta seis meses después del parto y a las que tuvieran consigo a sus hijos. La norma sólo plantea la necesidad de llevar adelante acciones de salud dirigidas específicamente a la mujer en lo concerniente a la reproducción (gestación, puerperio, lactancia), sin embargo, no se considera que la salud de las mujeres privadas de libertad requiera además de programas de salud especializados (preventivos y asistenciales), paquetes de medicamentos y servicios específicos, pues el máximo de atención se reduce a afirmar que «la autoridad penitenciaria debe procurar la atención médico-ginecológica de forma permanente» (37). El INPE parece asumir, por ello, que las necesidades de atención de la población masculina son las mismas que las de la población femenina, con lo que resultan perjudicadas (38).

Así, en concreto, en el Código de Ejecución Penal, la singularidad de la situación de las mujeres se recoge en varias facetas específicas. Una es la referida a su ubicación, en lo relativo a la separación de los hombres, recogida en el artículo 11, y en el artículo 95, que prevé los establecimientos de mujeres; otra, es la relativa a la previsión específica, en materia sanitaria, del artículo 81, según la cual: «En los Establecimientos Penitenciarios para mujeres o en los sectores destinados a ellas,

(35) Cfr. ANTONY, C.: «Mujeres invisibles: las cárceles femeninas... ob. cit., p. 84.

(36) Vid., desde el ámbito internacional, UNODC; *Handbook in Women and Imprisonment*. 2.^a ed. Criminal Justice Handbook Series. New York, 2014.

(37) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados...*, ob. cit., p. 74.

(38) Cfr. ÁVILA HERRERA, H.J.: «Panorama Nacional: Perú», en VV.AA. (Escobar Roca, G., Dir.): *Sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 336.

existe un ambiente dotado de material de obstetricia y ginecología. En los Establecimientos Especiales para madres con hijos, existe un ambiente y materiales necesarios para la atención infantil». La exclusividad del personal femenino intramuros se recoge en el artículo 102 del mismo cuerpo, estableciendo que: «Los Establecimientos de Mujeres están a cargo, exclusivamente, de personal femenino. La asistencia legal, médica y religiosa podrá estar a cargo de varones». Y, por último, en relación con la maternidad, la previsión del artículo 103, que establece la edad mínima del niño para convivir con su madre interna, como sigue: «Los hijos menores llevados al Establecimiento Penitenciario por la interna, podrán permanecer hasta los tres años de edad, previa investigación de la asistencia social, y deben ser atendidos en una guardería infantil. Provisionalmente, pueden permanecer en el Establecimiento Penitenciario, en ambientes separados. Cuando el menor sobrepasa la edad referida, su permanencia futura en el exterior es determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En caso de peligro moral, la asistencia social coordina con el Juez de Menores». La regulación reglamentaria que recoge dichos derechos en el artículo 12, permite más situaciones. Las mujeres privadas de libertad tienen derecho a permanecer en el Establecimiento Penitenciario con sus hijos hasta que éstos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad sobre la materia, o en su defecto se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes.

El Reglamento de ejecución penal (Decreto Supremo n.º 015-2003-JUS, de 9 de septiembre de 2003) prevé en su articulado diversas características de la vida penitenciaria de las mujeres en prisión. En primer término, el artículo 11, que recoge los derechos de los reclusos, establece en su apartado 13, el derecho a «contar con un espacio físico adecuado para la atención de los niños en los establecimientos penitenciarios para mujeres. En el caso de embarazo, a que no se utilice ninguna clase de medios de coerción». También en relación con la maternidad en prisión, el artículo 12 dispone que «Las mujeres privadas de libertad tienen derecho a permanecer en el Establecimiento Penitenciario con sus hijos hasta que éstos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad sobre la materia, o en su defecto se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes».

Para las mujeres embarazadas y las madres en prisión, en materia de comunicaciones y visitas, sí existe un trato deferencial hacia las mujeres, al igual que tiene lugar con los/las discapacitados/as, recogido en el artículo 30 que así establece: «Las mujeres embarazadas, las madres con niños menores de tres años, las personas adultas mayores de sesenta años y las personas con discapacidad que vengan de visita, deberán ser atendidas preferentemente. En tal situación, tendrán prioridad en el ingreso y egreso a todo establecimiento penitenciario». Y con carácter protector, en relación a la sanción de aislamiento, el artículo 80 prevé que «no se aplicará la sanción de aislamiento a las mujeres gestantes, a las madres hasta seis meses después del parto, a las que tuvieran consigo a sus hijos y a las personas mayores de sesenta años. En estos casos, el Consejo Técnico Penitenciario deberá optar por otra sanción». De otra parte, en materia de clasificación, el artículo 46.1 establece la separación con respecto a los internos varones.

Finalmente, en los artículos 214-216 del Reglamento se prevé específicamente lo relativo a los «establecimientos de mujeres», a los que no podrán ingresar varones, con excepción de los profesionales de tratamiento y de seguridad y las visitas autorizadas por la dirección del establecimiento penitenciario, acompañadas por personal femenino de la administración penitenciaria. En tales establecimientos se contará con una guardería infantil o área destinada para la madre con hijos hasta los tres años de edad. La madre tendrá una participación activa y directa en el cuidado de sus hijos, salvo cuando las circunstancias no hagan aconsejable dicha participación. Y de no poderse contar con tal local, se acondicionará un ambiente exclusivo para la madre y el niño, bajo la responsabilidad de la dirección.

En este sentido, el propio Instituto Nacional Penitenciario, en su Manual de Derechos Humanos del año 2018, prevé que la singularidad de la reclusión femenina como grupo vulnerable requiere de la implementación de ambientes, con diseño y equipamiento que satisfaga sus necesidades; bajo con un enfoque de disminución progresiva de establecimientos penitenciarios mixtos y traslado a establecimientos penitenciarios solo para mujeres.

V.2. Orientación sexual

Tratándose de una forma de discriminación histórica (39), la tutela antidiscriminatoria en el ámbito penal y penitenciario ha ampliado su

(39) Ya aparecía tal represión datada en la época incaica, cuando se quemaba vivos y en plaza pública a los sodomitas. *Vid.*, al respecto, GARCILASO DE LA VEGA:

espectro en relación a las personas que asumen una diversa opción e identidad sexual o de género, y que han sido, en muchos casos, víctimas de exclusión, violencia o rechazo previas al internamiento, integrando en la actualidad el ordenamiento penitenciario preceptos en favor de esa específica protección jurídica intramuros. En el Perú, la asimilación de condiciones de vida llegó en un primer momento por la equiparación de las visitas íntimas aceptándose las de personas el mismo sexo, al igual que en el ámbito iberoamericano había ocurrido en España y Portugal. Ya en el año 2008 se señalaba por el INPE la obligación de sensibilizar al personal penitenciario para evitar la posible discriminación (40).

El cambio parece haber tenido lugar a partir de la Respuesta del Estado peruano al Informe [CAT/OP-PER/R.1] del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), elaborado a partir de la visita realizada al Perú en el año 2013, atendiendo al párrafo 27 del Informe del SPT, que recomendaba la adopción de medidas efectivas para proteger a personas del colectivo LGTBI. Ha habido no obstante que esperar al año 2018 para que se confirme por el INPE que estos internos e internas serán clasificados, «primariamente, de acuerdo con su perfil criminológico y la directiva vigente». Para su ubicación espacial deberán tomarse en cuenta indicadores de vulnerabilidad frente a posibles agresiones por parte de la población penitenciaria; así, «deberá asegurarse su integridad y libertad sexual evitando espacios y pabellones proclives al acoso y al abuso». Asimismo, la persona privada de libertad con una orientación sexual diferente deberá «ser tratada igual que los demás internos(as) y no debe ser objeto de discriminación, en ninguno de los servicios profesionales del establecimiento penitenciario. La autoridad del penal debe protegerlo de posibles maltratos y sensibilizar al personal penitenciario para que no incurra en ningún tipo de discriminación» (41).

La protección estrictamente penal para este grupo se deriva del Decreto Legislativo n.º 1323, de 6 de enero de 2017, que incluyó en el tipo penal de discriminación (art. 323 CP), como motivo prohibido, la orientación sexual e identidad de género, considerándose además dichas causales como circunstancias agravantes de un delito (art. 46

Comentarios reales de los Incas. Mod. Ed. Antología. Orbis Ventures, Lima, 2005, p. 106.

(40) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria..., 2008, ob. cit., p. 92.

(41) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria... 2018, pp. 84 y 85.

CP). A su vez, mediante el Decreto Legislativo n.º 1325 se estableció que se deberá garantizar que la población penitenciaria vulnerable reciba tratamiento especializado e integral, en particular por razones de identidad de género, orientación sexual, étnica racial, así como a las internas, sus hijos e hijas menores, los dependientes de drogas, extranjeros y extranjeras, internos e internas adultos mayores y personas con discapacidad.

De modo general, con la posibilidad de que ello pueda tener cierto reflejo en el ámbito penitenciario, el Ministerio de Justicia ha iniciado la elaboración del nuevo Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021 (PNDH 2018-2021), que incorpora, entre otros, a la población LGBTI como grupo en situación de especial protección, que enfrenta violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización, motivo por el cual, prevé objetivos y acciones estratégicas para contribuir al «cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por el Estado e incluidas en diversos instrumentos normativos creados para la protección de este grupo poblacional». Tales objetivos y acciones están referidos a garantizar los derechos a una vida sin discriminación y violencia, el reconocimiento de su identidad de género y el acceso a servicios de salud. «A juicio de la Defensoría, estos constituyen obligaciones que el Estado ha asumido y no simples enunciados declarativos sin fuerza vinculante» (42).

V.3. Personas con discapacidad

Naciones Unidas desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 (43), ha venido a establecer que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La definición ofrecida desde el Instituto Nacional Penitenciario del Perú, cambia la expresión «a largo

(42) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: «A dos años del Informe defensorial n.º 175. Estado actual de los derechos de las personas LGTBI». Informe de Adjuntía n.º 007-2018-DP/ADHPD. Lima, 2018, p. 11.

(43) Véase al respecto Naciones Unidas. Derechos Humanos (Oficina del Alto comisionado. América del Sur): Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>, o en relación a los Materiales de Capacitación profesional n.º 15. New York/Ginebra, 2008, Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

plazo», por la de «carácter permanente», que interpretado textualmente pareciera una exigencia superior, afirmando que la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (44).

Los reclusos que estén enfermos o padezcan alguna discapacidad física o mental (pero no requieran hospitalización) deben, por ello, situarse en un entorno donde dispongan del personal de apoyo y los servicios adecuados. No obstante, como ha señalado Sanz Delgado, atendiendo a las particularidades de un establecimiento penitenciario, «son incuestionables las dificultades que tal reestructuración física implicaría en la mayor parte de los establecimientos penitenciarios para su adecuada accesibilidad, diseñados conforme a evidentes criterios de seguridad» (45). Ha de prevalecer, en todo caso, el principio de ajuste razonable, de manera que se posibiliten, como se señala en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2007. A/RES/61/106, «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida [...] para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Según las Orientaciones Técnicas de Naciones Unidas, «las consideraciones de diseño para los reclusos ancianos resultan igualmente adecuadas para los reclusos con dificultades de movilidad y movimiento, incluidas las relativas a los módulos de una sola planta y a la accesibilidad, por ejemplo, con la instalación de puertas anchas, barras de sujeción y otras medidas señaladas anteriormente» (46). Recientemente, la ministra del ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Gobierno peruano, a este respecto, afirmaba: «En ese contexto, es indispensable que cada uno de nosotros –especialmente las y los servidores públicos– tengamos la capacidad de ponernos en su lugar para comprender las barreras que enfrentan día a día en una sociedad

(44) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., pp. 79 y 80.

(45) *Cfr.* SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad...», ob. cit., p. 85.

(46) *Cfr.* UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): *Orientaciones técnicas para la planificación de establecimientos penitenciarios. Consideraciones técnicas y prácticas basadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Copenhague, 2016, p. 45.

que aún no les brinda las mismas oportunidades que requieren y merecen. En ese marco, desde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y del Conadis, en este día tan especial, ratificamos nuestro compromiso para aprobar la Política Nacional para las Personas con Discapacidad, fortalecer el Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad y, en el corto plazo, iniciar el procedimiento para el nombramiento de la persona que asuma la Presidencia Ejecutiva del Conadis (Consejo Nacional para la Integración de la persona con discapacidad), garantizando la transparencia e institucionalidad que la entidad requiere. Asimismo, nos hemos propuesto mejorar la calidad de la atención y de los servicios para esta población, en especial desde el Conadis, el Inabif, entre otros. Queremos servicios eficientes, cálidos, oportunos y que tengan como centro de la acción pública a la persona con discapacidad» (47). Se advierten, por tanto, avances en el Perú en materia de tutela antidiscriminatoria, por cuanto como señala Ardito Vega, desde el año 2000 la discriminación es delito y desde el año 2006 los responsables pueden recibir pena de prisión efectiva por ello. No obstante, si bien se han producido varias condenas, éstas han quedado en prisión suspendida, siempre por casos de discriminación por discapacidad (48).

Desde un punto de vista organizativo penitenciario, las personas privadas de libertad con discapacidad, sea física o mental, deberán ser clasificadas en la medida de lo posible en ambientes que les permitan llevar una convivencia pacífica y un desenvolvimiento cotidiano sin dificultades. Según las indicaciones del INPE, deberán tener preferencia en los ambientes del primer piso. En cuanto a las labores de apoyo con los internos, se prevé que sea la trabajadora social del establecimiento penitenciario la que se encargue a fin de que aquéllos/as puedan inscribirse en el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, y obtengan las prerrogativas que por la Ley les asisten.

La discapacidad como condición objeto de protección, es así también recogida en el Reglamento del Código de Ejecución Penal en materia de visitas en el establecimiento, en el artículo 30 que dispone: «Las mujeres embarazadas, las madres con niños menores de tres años, las personas adultas mayores de sesenta años y las personas con discapacidad que vengán de visita, deberán ser atendidas preferentemente. En tal situación, tendrán prioridad en el ingreso y egreso a todo

(47) Cfr. MONTENEGRO, G.: «Compromiso con las personas con discapacidad», entrevista en *Diario Oficial El Peruano*, 4 de diciembre de 2019

(48) Vid. ARDITO VEGA, W.: «Patrones de la discriminación en el Perú...», ob. cit., p. 13.

establecimiento penitenciario». Asimismo, en el artículo 45, referido a la ficha de identificación del interno, la misma ha de incorporar la información relativa a su discapacidad, siendo el fundamental artículo 48 el que prevé la específica actuación administrativa para «adoptar las medidas necesarias que les facilite el acceso, movilidad y desplazamiento en las instalaciones del establecimiento penitenciario». A diferencia de lo que prevé el INPE en su *Manual de derechos humanos aplicado a la función penitenciaria*, el precepto legal concretamente habla de obligatoriedad y no de preferencia, lo que exige un mayor compromiso de adaptabilidad y accesibilidad. Así, se dispone: «Las personas con discapacidad motora en las extremidades inferiores serán ubicadas obligatoriamente en un ambiente del primer piso». El mismo precepto dispone que «la administración penitenciaria preverá que los ambientes en donde se recluyan a las personas con discapacidad, los tópicos de salud y los servicios básicos, se encuentren acondicionados y ubicados en los primeros pisos de los establecimientos penitenciarios». La remisión normativa posterior a los criterios de accesibilidad previstos en la, por entonces vigente, Ley n.º 27.050, Ley General de la Persona con Discapacidad, y en el Decreto Supremo n.º 003-2000-PROMUDEH, Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad y demás normas pertinentes, para la determinación de las características, especificaciones y dimensiones de los ingresos a pabellones, zonas de recreo y servicios de los establecimientos penitenciarios, supone un esfuerzo de correlación, que se entiende renovado tras la promulgación de la más completa, exigente y reciente Ley General de la Persona con Discapacidad (49), Ley n.º 29.973, de 13 de diciembre de 2012 con su Reglamento de desarrollo, Decreto Supremo n.º 002-2014-MIMP. El artículo 49, referido a la gestión de los datos de personas con discapacidad, es el último del articulado relativo a este grupo vulnerable, si bien la Disposición Transitoria Tercera dispuso la obligación de la Administración penitenciaria de adecuar progresivamente las instalaciones penitenciarias, conforme con los criterios de accesibilidad previsto en la Ley y el Reglamento citados.

V.3.1 DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SALUD MENTAL

Desde demasiados años atrás, las crónicas, investigaciones e informes acerca de la realidad penitenciaria, han documentado que el por-

(49) *Vid.* Normativa disponible (Publicación oficial, séptima reimpresión febrero de 2020) en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/Ley29973_2020_VFdigital.pdf.

centaje de personas con trastornos mentales, entre las personas privadas de libertad en establecimientos penales, es superior al de la población general. Ello lo convierte en una cuestión de alcance, previa al internamiento, pero ineludible durante el mismo por el deterioro intelectual que el encierro puede ocasionar en la persona del recluso. Así, como han señalado Taylor y Williams, «los efectos nocivos de la vida en las cárceles sobre el bienestar mental son, y siguen siendo, un asunto apremiante para las autoridades penitenciarias y el personal dedicado al apoyo y el tratamiento de los presos preventivos y condenados» (50). Y es que, la excesiva presencia de personas con patologías y problemas de salud mental en los establecimientos penitenciarios se ha convertido en una indeseada constante, advertida en numerosos sistemas (51), y el peruano no pareciera una excepción.

(50) *Id.*, al respecto, TAYLOR, P./WILLIAMS, S.: «Sentencing Reform and Prisoner Mental Health», en *Prison Service Journal*. January 2011, p. 43.

(51) Relacionado con el ámbito de la seguridad intrapenitenciaria, en relación al alto índice de personas con patologías ingresadas en prisión, y manifestando su preocupación respecto a la que denomina la gran asignatura pendiente del sistema en la ejecución penal, *vid.*, recientemente, SANZ DELGADO, E.: «De la disciplina a la seguridad integral. Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXXII, 2019, pp. 399 y 400; con anterioridad, *vid.* entre otros, BARRIOS FLORES, L.F./LÓPEZ LÓPEZ, A.: «Asistencia psiquiátrica durante la prisión preventiva», en *Diario La Ley*, n.º 5459, 14 de enero 2002; los mismos: «El psiquiatra penitenciario. Una aproximación crítica», en *Diario La Ley*, n.º 5612, septiembre 2002; ARÓSTEGUI MORENO, J.: «La salud mental de las personas privada de libertad en los establecimientos penitenciarios». Ponencia, Salamanca, 4 noviembre de 2005, (Disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1119>; el amplio, evolutivo y documentado trabajo de BARRIOS FLORES, L.F.: «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrico penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 27, n.º 2, Madrid, 2007, pp. 473-500 (Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v27n2/v27n2a16.pdf>); LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La Ley Penal*, n.º 76, noviembre 2010; Fundación Abogacía Española: «Los enfermos mentales en el sistema penitenciario. Un análisis jurídico», (disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/10/INFORME-Enfermedad-mental-e-instituciones-penitenciarias.pdf>); en relación con la psicopatía, ZABALA BAÑOS, C.: Prevalencia de trastornos mentales en prisión: análisis de la relación con delitos y reincidencia. Premio Nacional Victoria Kent, 2.º Accésit, año 2016, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, *passim*; una interesante aproximación jurisprudencial a las «unidades psiquiátricas» reguladas en el Reglamento Penitenciario, e inexistentes en la práctica, y atendiendo al Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales, y al cumplimiento en prisión de penados con enfermedad mental o discapacidad, puede verse en GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: «Enfermedad mental y prisión. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio», en *Diario La Ley*, n.º 9285, 2018, *passim*; desde una perspectiva más global y americana, PINZÓN ESPITIA, O.L./MEZA VELANDÍA, S.P.: «Prestación de servicios de salud de las personas privadas de la libertad», en *Archivos*

Desde un punto de vista genérico, por Naciones Unidas se ha señalado que el término deficiencia mental abarca una amplia gama de condiciones diferentes y en especial dos tipos de condiciones, las discapacidades psiquiátricas y las intelectuales, las cuales son distintas en sus causa y efectos (52). La tutela antidiscriminatoria desde un punto de vista internacional encuentra un importante foco de atención respecto de los internos en estas circunstancias, no tan solo en los centros penitenciarios donde permanecen porcentajes no desdeñables de reclusos con dichas afecciones, sino también en los centros especializados psiquiátricos. De ahí que Naciones Unidas haya presentado el incremento del riesgo de discriminación en tales entornos, como sigue: «La discriminación y estigmatización que encontramos en personas con deficiencias mentales por parte del público en general se magnifican en el entorno cerrado de los recintos penitenciarios. A menudo, los demás reclusos no están dispuestos a asociarse con los reclusos con deficiencias mentales debido a falsas ideas y temores similares que la mayoría de la gente en la sociedad tiene respecto a ellos. Esto puede llevarles al aislamiento y a un mayor deterioro de su salud mental, así como a una mayor estigmatización» (53).

Tal consideración se hace extensiva incluso respecto del comportamiento exigible al personal penitenciario ante los sujetos privados de libertad con estas patologías, y así Naciones Unidas ha considerado que «las mismas posturas son compartidas con frecuencia por el personal del recinto penitenciario, lo que dificulta la formación de una relación positiva y constructiva entre el personal y los reclusos con necesidades de cuidado de la salud mental, y de esta manera perpetúa la falta de comprensión sobre la situación de dichos reclusos. También es posible que el mismo personal del cuidado de la salud discrimine a esos pacientes con deficiencias mentales puesto que pueden ser vistos como los reclusos más problemáticos, que requieren de más tiempo y atención, o porque no sean capaces de comunicar con facilidad sus problemas y necesidades. Es posible que la discriminación tenga un

de Medicina, Vol. 14, n.º 2:6, 2018, pp. 1-6 (Disponible en: <http://www.archivosde-medicina.com/medicina-de-familia/prestacioacuten-de-servicios-de-salud-de-las-personas-privadas-de-la-libertad.pdf>, incorporando bibliografía anglosajona: notas al pie 18-31).

(52) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Series Manuales de Justicia Penal. New York, 2009, p. 8 (Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf).

(53) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales... ob. cit., p. 15.

impacto en el acceso por parte de los reclusos a los programas educacionales y de capacitación vocacional, así como a todos los servicios proporcionados en los recintos penitenciarios. Los reclusos con deficiencias mentales suelen ser discriminados en la aplicación de medidas disciplinarias, lo cual es de gran preocupación» (54).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecía en 2008, en sus *Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad* (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26), en su apartado 3.º, los estándares exigibles y las medidas especiales para las personas con discapacidades mentales, señalando que «los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad». De igual modo, la misma Comisión ha precisado que «la incomunicación de un discapacitado mental en una institución penitenciaria, puede constituir una violación aún más grave de la obligación de proteger la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado».

De modo general, en el Perú, el Reglamento de Ejecución Penal establece en su artículo 11 que todo interno a su ingreso a un Establecimiento Penitenciario tiene derecho a: «11.1 Mantener o recuperar el bienestar físico y mental». Para los supuestos de enfermedad mental, el artículo 134 del mismo cuerpo reglamentario prevé la autorización de familiares directos para el tratamiento intramuros, cuando el paciente no pudiera otorgarlo. Y, de modo más específico, en cuanto a su ubicación, la Sección II del Reglamento destinada a los Establecimientos especiales, caracterizados por prevalecer el carácter asistencial, en relación con las medidas de seguridad aplicables a dichos internos, se prevé, en el artículo 217, que la administración penitenciaria deberá: «Implementar en las áreas de salud, los anexos psiquiá-

(54) Cfr. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): *Manual sobre reclusos con necesidades especiales...*, ob. y loc. cit.

tricos, para el tratamiento de los internos e internas sujetos a una medida de seguridad, cuando no sea posible la hospitalización en un centro de salud mental».

La previsión más reciente del Instituto Nacional Penitenciario respecto a los que denomina internos con problemas psiquiátricos, pasa por ubicarlos en pabellones o ambientes especiales, para así recibir atención médica especializada. Como directriz específica para el personal penitenciario, se señala que éste deberá respetar los derechos y la dignidad de los mismos. Así también, «deberá velar para que éstos no sean maltratados ni vejados física o psicológicamente por algún otro interno u otra persona» (55).

V.4. Personas extranjeras

Debido, entre otras razones, a sus diferencias con la mayoría de los internos de la comunidad de destino, en muchos casos socio-culturales, a sus necesidades especiales y, en muchas instancias, por su aislamiento y dificultades de comunicación e integración (56), los extranjeros y, entre los mismos, los migrantes, así como las minorías étnicas o indígenas, constituyen categorías de reclusos vulnerables que merecen una especial consideración y protección específica. Su vulnerabilidad deviene, en gran parte, de no tener acceso a los vínculos familiares y a la red de apoyo de que disponen por lo usual otros presos (57). La mayoría de estos internos, por otra parte, no son propicios a acogerse a los convenios de intercambio de presos, por ser onerosos y para no ser expuestos a la censura social en sus países.

Ya en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General en New York, el 13 de septiembre de 2007, se establecieron al respecto diversos preceptos que fomentan y reiteran la tutela antidiscriminatoria, como en su artículo 2 que explícitamente señala: «los pueblos y las personas indígenas son libres

(55) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., p. 83

(56) En tales supuestos, como ha señalado De la Cuesta Arzamendi, «objetivo inicial de toda política penitenciaria debería ser vencer la incomunicación que, aislando al individuo, tantas veces acaba resultando en indefensión y hasta en desestructuración». Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Extranjería y privación de libertad», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. n.º Extra, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, 2006, p. 55.

(57) Vid. *Reforma Penal Internacional: Manual de Capacitación n.º 1: Derechos Humanos y prisioneros vulnerables*. París, octubre 2003, p. 43 (Disponible en: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/man-hr1-2003-vulnerable-prisoners-es.pdf>).

e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas». En segundo término, se abordan las barreras idiomáticas y el artículo 13 establece que «los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados».

Desde una visión internacional afirmando las buenas prácticas penitenciarias en el Manual regional publicado por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, se ha afirmado que «la integración de ese colectivo de extranjeros en los países de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia y de adaptación socio-económica, sobre todo, reflejada en conflictos culturales que pueden desencadenar, incluso, drásticas reacciones como el racismo y la xenofobia. Por otro lado, este encuentro cultural conlleva un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos, el nacional, hegemónico y el extranjero, minoritario» (58).

En la actualidad, según los datos del INPE de marzo de 2019, aproximadamente el 2% de la población penitenciaria está conformada por reclusos de distintas nacionalidades. En esa fecha el número de extranjeros en los establecimientos penitenciarios peruanos era de 1.854 internos, de entre los cuales 1.608 son varones y 246 mujeres. Como se admite en el Informe estadístico, entre las características propias de los internos extranjeros se encuentra que «muchos de ellos no conocen el idioma castellano, desconocen el sistema judicial peruano, y se encuentran lejos de sus familias que podrían ayudarlos económica y afectivamente» (59), lo que supone un grado de vulnerabilidad y un factor de posible discriminación.

La respuesta del ordenamiento penitenciario peruano respecto de este tipo de internos se advierte en una remisión normativa del Código de Ejecución Penal peruano, que tan solo se refiere a los extranjeros en la Exposición de motivos en la parte relativa al Régimen penitenciario, delegando al Reglamento de Ejecución Penal lo concerniente a este grupo de reclusos y en la posibilidad de expulsión (artículo VII del Título Preliminar). Será pues la normativa reglamentaria la que

(58) Vid. AIDF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): *Manual Regional de Buenas Prácticas Penitenciarias. Documento de trabajo n.º 37*. Eurosocial Ed. Madrid, noviembre de 2015, p. 276.

(59) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Informe estadístico, 2019...*, ob. cit., p. 48.

recoge, en relación a las comunicaciones de los internos extranjeros en el artículo 11.9 (relativo a los derechos de los internos en el momento de ingreso en un establecimiento penitenciario), el derecho a «comunicar inmediatamente a su familia o abogado dentro de las 24 horas, su ingreso o traslado de otro Establecimiento Penitenciario. En el caso de los internos extranjeros, esta comunicación deberá hacerse también a su representante diplomático o consular». Asimismo, en el artículo 36 se establece: «Los internos extranjeros podrán comunicarse y ser visitados por los representantes diplomáticos o consulares de su país de origen o con las personas que ellos designen. Los internos extranjeros cuyos países no tengan Representantes Diplomáticos o Consulares acreditados ante el Estado Peruano, podrán comunicarse con el Representante Diplomático del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o en su defecto con representantes de Organismos Internacionales». Y en materia de separación o clasificación interior, se recoge en el artículo 46: «La clasificación de los internos se efectuará en lo posible en grupos homogéneos diferenciados de acuerdo a los siguientes criterios: (...) 46.9: Los extranjeros de los nacionales».

La tutela específica de tal grupo vulnerable, desde el punto de vista del aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se señalaba por la Defensoría del Pueblo, publicándose en 2011, en relación con las personas migrantes que llegaban al Perú, la cartilla de difusión «Orientación legal para personas extranjeras privadas de libertad en el Perú. Promoviendo cárceles justas» (60). Y posteriormente, en el año 2015, aunque referido al ámbito administrativo general, se divulgaban, también por la Defensoría, una serie de casos, atendiendo a las deficiencias de la regulación normativa y destacándose situaciones concretas de vulneración de la igualdad y del principio de no discriminación (61).

Específicamente en relación a las mujeres extranjeras sometidas a reclusión, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se advierte que los servicios que brinda la Defensa Pública y Acceso a la Justicia a favor de los internos privados de libertad, es necesario fortalecerlo a través de la especialización de los Defensores Públicos en la atención a mujeres extranjeras y jóvenes de entre los 18 y 24 años de

(60) Vid. Defensoría del Pueblo: *Orientación legal para personas extranjeras privadas de libertad en el Perú. Promoviendo cárceles justas*. Lima, septiembre de 2011 (Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp_uploads/cartillaext.pdf).

(61) Vid. Defensoría del Pueblo: *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie de Informes de Adjuntía - Informe n.º 009-2014-DP/ADHPD. Lima, marzo de 2015, pp. 74 y 75.

edad, que se encuentren privados de libertad en los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional, dictándose un protocolo como herramienta de gestión, a modo de manual para la defensa, que recoge, además de las características propias del régimen penitenciario peruano y la prohibición de discriminación (62), específicamente las principales necesidades identificadas del colectivo de mujeres reclusas extranjeras recluidas en establecimientos penitenciarios, que a grandes rasgos se pueden enumerar en: contar con un traductor, asesoría legal y comprensible en materia de beneficios penitenciarios, derecho procesal penal y salidas alternativas procesales, espacios adecuados para el cuidado de sus hijos, el mantenimiento del vínculo con su familia y la disposición de medicación apropiada (63).

La especial atención a los migrantes, desde el ámbito general administrativo, ha sido también recogida en normativas recientes. Así, queda de manifiesto en el Decreto Legislativo de Migraciones, n.º 1350 de 6 de enero de 2017, en su título preliminar relativo a los principios informadores y en su artículo VIII, el principio de no discriminación, señalando que «el Estado promueve la abolición de todo tipo de discriminación, y la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria, y rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo». Aun tratándose de una disposición de carácter administrativo, la percepción estatal de la vulnerabilidad de las personas migrantes extranjeras, se recoge asimismo en el artículo 11, que dispone que «Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores, ponen en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos».

V.5. Minorías y grupos étnicos

De modo genérico, la situación de las minorías étnicas en el ámbito penal y penitenciario en Latinoamérica, se incardinan en una realidad social que, tan solo recientemente, parece haber sido abor-

(62) Vid. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia): *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de libertad*. Lima/Madrid, 2014, p. 62.

(63) Vid. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia): *Protocolo para la defensa pública...*, ob. cit., pp. 35-38.

dada con mayores garantías desde los ordenamientos constitucionales y punitivos de la región (64). Ello le llevaba al criminólogo británico de la Universidad de Kent, Roger Matthews, a expresar: «Si examinamos la situación de las mujeres, jóvenes y minorías étnicas, la problemática de las bandas, el hacinamiento y los problemas de seguridad en las prisiones latinoamericanas, resulta comprensible tener una visión pesimista y, en algunas ocasiones, cínica acerca de la viabilidad de una reforma penitenciaria» (65). Lo que parece no obstante una evidencia, es que la discriminación, patente en la sociedad libre en relación a las diferencias raciales o étnicas, encuentra un reflejo más gravoso en el ámbito carcelario.

Las políticas públicas impulsadas desde Naciones Unidas, se han enfocado a los Planes nacionales de actuación, cuyo propósito fundamental es promover y proteger mejor los derechos de las personas y los grupos que sufran discriminación racial y promover la comprensión mutua entre los diferentes grupos en un Estado determinado. Para ello, se atiende al «derecho a la igualdad y a la no discriminación basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico en el contexto de las políticas públicas, es decir, el establecimiento de objetivos prácticos, la preparación de programas y actividades para

(64) La Defensoría del Pueblo del Perú, daba noticia, con palabras de su máxima representante Beatriz Merino Lucero en septiembre de 2007 como sigue: «La existencia de prácticas discriminatorias en nuestra colectividad es amplia y frecuente, sus manifestaciones se encuentran presentes en la mayoría de las interacciones sociales. Sin embargo, frente a esta situación, el Estado no ha desplegado una política consistente y eficaz que permita revertir esta problemática. Las políticas públicas que deberían estar destinadas a eliminar las desigualdades y las inequidades han resultado insuficientes y, en algunos casos, han contribuido a preservarlas. En efecto, la actual previsión del gasto y asignación de prioridades en temas como la educación, la salud, el transporte público, el agua potable y saneamiento, no permiten a las poblaciones de zonas rurales, urbano marginales y de escasos recursos económicos, acceder adecuadamente al disfrute de sus derechos». *Cfr.* Defensoría del Pueblo: La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes. Serie documentos defensoriales. Doc. n.º 2, Lima, 2007, p. 8, dando noticia de casos concretos de discriminación por razones de raza o identidad étnica (pp. 102-107); preocupación por tales grupos que no ha cesado desde la Defensoría, publicándose en 2018 el Informe de Adjuntía n.º 001-2018-DP/ADHPD, aportes a la lista de temas relativa a los informes periódicos 22.º y 23.º combinados del Perú ante el Comité para la eliminación de la discriminación racial, pp. 7 y ss.; como asimismo ha señalado Martín Santos, «En el caso peruano, los estudios sobre la presencia y vigencia de diferentes formas de discriminación han venido creciendo aceleradamente en los últimos quince años». *Cfr.* SANTOS, M.: «La discriminación racial, étnica y social en el Perú: Balance crítico de la evidencia empírica reciente», en *Debates en Sociología*. n.º 39, 2014, p. 7.

(65) *Cfr.* MATTHEWS, R.: «Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica», en *Política criminal*. Vol. 6, n.º 12, diciembre de 2011, p. 333 (Disponible on line: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v6n12/art03.pdf>).

asegurar el logro de estos objetivos, la participación de todos los sectores pertinentes del gobierno y la sociedad y la asignación de recursos suficientes, todo ello con el objetivo de eliminar la discriminación racial» (66). Y, entre dichos planes de acción contra la discriminación racial, además del logro de una «mayor conciencia y conocimiento de las normas internacionales de lucha contra la discriminación racial por parte de los funcionarios públicos, incluido el personal de la administración de justicia, en particular en las fuerzas del orden, los servicios de prisiones y seguridad» (67), se busca establecer la prioridad de la tutela respecto de aquellos grupos de individuos que, al mismo tiempo de ser víctimas de discriminación racial, pueden sufrir mayores efectos «por parte de funcionarios del orden público, incluidos los servicios penitenciarios y de seguridad (policía, funcionarios penitenciarios, militares, otras fuerzas de seguridad)» (68).

En este sentido, como referencias inexcusables, el artículo 5.º apartados a) y b), y el artículo 6.º, ambos de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y que entró en vigor el 4 de enero de 1969, obligan desde entonces a los Estados partes a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, linaje, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia (art. 5 a), a promover el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución. También se obliga a los Estados a asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial (art. 6).

En la sociedad peruana, según se señalaba en la Primera Encuesta Nacional Percepciones y Actitudes Sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-Racial, elaborada por el ministerio de Cultura

(66) Cfr. Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado): *Elaboración de planes nacionales de acción contra la discriminación racial. Guía Práctica*. New York/Ginebra, 2014, p. 15 (Disponible, on line, en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-03_sp.pdf)

(67) Cfr. Últ. ob. cit., p. 17.

(68) Cfr. Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado): *Elaboración de planes nacionales...*, ob. cit., p. 84.

peruano en el año 2017, las principales causas señaladas son el color de la piel (28%), nivel de ingresos (20%), rasgos faciales o físicos (17%), lugar de procedencia (16%), forma de hablar (15%), costumbres (14%), vestimenta (12%) y grado de educación (11%). Asimismo, el 53% de los encuestados considera que los peruanos son muy racistas o racistas (69). El sondeo demuestra que en el Perú el problema se encuentra muy asociado a la raza y a la condición étnica o social y, desde una perspectiva genérica o social, que podrá verse agravada en el ámbito carcelario por las tensiones propias de dichos entornos, la poblaciones quechua y aimara son usualmente discriminadas (según el 59% de los encuestados) o muy discriminadas, siendo las principales causas o razones esgrimidas, su forma de hablar, vestimenta e idioma o lengua que hablan. De igual modo, el 60% percibe que la población afroperuana es discriminada o muy discriminada siendo las principales causas su color de piel, sus rasgos faciales o físicos y porque son asociados a la delincuencia. En relación a la población indígena o nativa, el 57% percibe que la población indígena o nativa de la Amazonía, es discriminada o muy discriminada por su forma de hablar, vestimenta y rasgos faciales o físicos (70).

El Reglamento del Código de Ejecución Penal peruano, en referencia a las comunidades campesinas o nativas, fue sensible a dicha realidad y posible discriminación, plasmando un criterio proteccionista y garantista en el artículo 47, que al efecto dispone: «Si la persona privada de libertad es integrante de una comunidad campesina o nativa, la administración penitenciaria deberá incorporar dicha información en su Ficha de Identificación y adoptar las medidas necesarias a efectos de asignarle una ubicación en el establecimiento penitenciario que garantice su integridad física y mental e impida alguna agresión a su derecho a preservar su identidad étnica y cultural. La ubicación asignada no debe significar su aislamiento respecto al resto de los internos». Asimismo, el artículo 49 del mismo cuerpo regla-

(69) Cfr. Ministerio de Cultura: Primera Encuesta Nacional, percepciones y actitudes sobre diversidad cultural y discriminación étnico-racial. Principales resultados. Lima, 2018, pp. 7 y ss. (Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/primeros-resultados-encuesta-discriminacion.pdf>); asimismo, puede verse el recordatorio de dicha circunstancia en noticia del Diario Oficial *El Peruano*, en fecha de 9 de enero de 2020. Anteriormente, acerca de las experiencias de discriminación en la vida cotidiana peruana, vid. SANTOS, M.: «La discriminación racial, étnica y social en el Perú: Balance crítico de la evidencia empírica reciente», en *Debates en Sociología*, n.º 39, 2014 pp. 23 y ss.

(70) Vid. Ministerio de Cultura: Primera Encuesta Nacional, percepciones y actitudes..., ob. cit., p. 10.

mentario dispone la gestión de la información relativa a los internos integrantes de una comunidad campesina o nativa.

A pesar de la vigencia de la regulación penal recogida en el artículo 323 CP, no se advierten estadísticas de porcentajes relevantes de condenas en esta materia, salvo en muy determinados supuestos. La razón de tal mínima incidencia proviene del Ministerio de Cultura que atribuye esta paradoja a la normalización de los actos racistas, la vergüenza de las víctimas de hacerlos públicos, el desconocimiento de los mecanismos de denuncia, la dificultad de contar con medios probatorios y la ausencia de una cultura de sanción (71).

V.6. Personas con VIH/SIDA y/o tuberculosis

Internacionalmente se ha señalado, como grupo vulnerable de entre las personas privadas de libertad, a los sujetos que padecen enfermedades contagiosas (hepatitis, tuberculosis) y aquellos otros infectados por el Virus VIH/SIDA. Las personas privadas de libertad que padecen algún tipo de enfermedad contagiosa, sufren así un doble estigma, tanto por la privación de libertad que supone la cárcel, pero sobre todo por el tipo de enfermedad (72). Así, desde Naciones Unidas se advertía en 2007 que «el VIH/SIDA constituye una grave amenaza sanitaria para la población penitenciaria de numerosos países y plantea desafíos importantes a las autoridades carcelarias y de salud pública, así como a los gobiernos. A escala mundial, los niveles de infección del VIH tienden a ser muy superiores en el medio carcelario que fuera del mismo. Concomitantemente suelen agravar la situación las elevadas tasas de otras enfermedades infecciosas allí registradas, como la hepatitis y la tuberculosis» (73).

Sin otra específica previsión normativa en el Código de Ejecución penal (que tan solo hace referencia, en su artículo 79, a la disposición de zonas específicas de aislamiento para enfermedades infectocontagiosas), de modo general, el artículo 123° del Reglamento del Código

(71) Recogido en el Diario Oficial *El Peruano*, día 9 de enero de 2020.

(72) *Vid.* AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): Manual Regional de Buenas Prácticas... ob. cit., p. 285.

(73) *Cfr.* UNODC (Oficina contra la Droga y el Delito): VIH/SIDA: prevención, atención, tratamiento y apoyo en el medio carcelario. Marco de acción para una respuesta racional eficaz. OMS/ONUSIDA, New York, 2007 (Disponible on line: https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/Prison_Framework_Spanish_Ebook.pdf); igualmente, UNODC: Notas sobre políticas. Prevención tratamiento y atención del VIH en las cárceles y otros lugares de reclusión: conjunto completo de intervenciones. 2009 (Disponible en: https://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison_comp_pack_sp.pdf?ua=1)

de Ejecución Penal peruano establece que la asistencia sanitaria penitenciaria se orienta a la prevención, tratamiento y rehabilitación, debiendo poner énfasis en la prevención de enfermedades transmisibles. Dos son las principales enfermedades que reciben especial atención en los establecimientos penitenciarios en el Perú: la tuberculosis y el VIH. De igual modo, el artículo 130, dispone que «la administración penitenciaria deberá contar con sistemas de vigilancia epidemiológica que le permitan conocer las enfermedades prevalentes en la población penitenciaria y los grupos de mayor riesgo, con la finalidad adecuar la asistencia a las necesidades reales detectadas. Para estos efectos, la administración penitenciaria deberá cumplir los programas nacionales establecidos por el Ministerio de Salud».

Más recientemente, en el Manual de Derechos Humanos del INPE, en relación con el VIH, al respecto, se recoge: «En un establecimiento penitenciario existen muchas prácticas de alto riesgo para el contagio del VIH/Sida, así tenemos; las relaciones sexuales sin protección, inyección de drogas, agresiones con armas punzo cortantes, tatuajes realizados con instrumentos no esterilizados, entre otros. Por lo tanto, todas las personas privadas de libertad deben recibir información clara, objetiva y libre de prejuicios sobre el VIH/Sida, las formas de contagio y el desarrollo de la enfermedad, a fin de prevenir y poder vivir en armonía, sin temores ni prejuicios. Debe mantenerse en reserva la identidad de los internos(as) portadores de VIH/Sida, debiendo ser incorporados inmediatamente a los programas existentes en la red y/o micro redes del Ministerio de Salud (MINSA) para su atención y tratamiento correspondiente. En la medida de lo posible serán ubicados en ambientes donde puedan recibir la atención preferente que su condición de portadores así lo amerita.

En el caso de traslado de estos internos o internas, el director y el responsable del área de salud del establecimiento penitenciario de origen serán responsables de hacer entrega al área de salud del establecimiento penitenciario receptor, en el más breve plazo, los medicamentos prescritos y otorgados por el programa de salud correspondiente; no debe permitirse que el interno(a) suspenda el tratamiento ni un solo día. Es responsabilidad del establecimiento penitenciario receptor incorporar inmediatamente al interno o interna trasladado al programa de salud que corresponde a su jurisdicción» (74).

De nuevo el hacinamiento y los problemas relativos a la atención sanitaria de reclusos/as con necesidades específicas se agravan si el número de profesionales y personal sanitario es deficitario en propor-

(74) *Cfr.* Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos... ob. cit., p. 81.

ción con la población reclusa. Según el Informe estadístico del cuarto trimestre de 2018 del INPE, el número de profesionales de salud en las prisiones peruanas era de 17 por cada diez mil internos, siendo según la Organización Mundial de la Salud el número de mínimos de 25 por cada diez mil.

La mayor incidencia de tales enfermedades en alguno de los grupos vulnerables asimismo es destacada en los informes públicos. En el Informe de la Defensoría del Pueblo del año 2016, ejemplificando una posible modalidad de discriminación acumulada, con referencia a la epidemia de VIH y a su prevalencia entre la población LGBTI, se afirmaba que «un HSH (hombres que tienen sexo con hombres) tiene 33 veces más probabilidades de adquirir el VIH que una persona de la población general. En las personas trans el riesgo de contraer el VIH es 49 veces mayor» (75). Ello, en el ámbito penitenciario, sin el preceptivo control administrativo y médico, incrementa el riesgo de verse el interno discriminado, por el doble estigma presente aún en la subcultura carcelaria.

No obstante, al respecto, la Defensoría del pueblo ha señalado cómo «con relación a la prevención de esta infección, en el Perú se ha desarrollado el Plan Estratégico Multisectorial para la Prevención y Control de las Infecciones de Transmisión Sexual-ITS y el VIH-(PEM ITS VIH 2015-2019), teniendo como fin primordial promover que las personas con VIH, las poblaciones claves y en situación de vulnerabilidad (personas privadas de libertad), accedan a servicios de promoción, prevención, atención y tratamiento integral de calidad en ITS y VIH, donde se respeten plenamente sus derechos y con el concurso de los diversos actores/as y sectores involucrados» (76).

En relación a la vulnerabilidad posible de los reclusos con VIH, en las reglas de Bangkok, como normativa internacional aplicable a las mujeres, se incluyen prevenciones y principios a tener en cuenta, para la protección de las reclusas frente al riesgo del VIH. Así, en materia de salud general y reproductiva, se prevé, además de la provisión de implementos para la limpieza íntima y exámenes de salud mental, la específica orientación acerca del VIH y su tratamiento, o para el personal penitenciario la capacitación en materia de Derechos Humanos

(75) Cfr. Defensoría del Pueblo: *Derechos Humanos de las personas LGBTI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Informe n.º 175, Lima, septiembre de 2016, p. 150.

(76) Cfr. Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía 006-2018-DP-ADHPD «Retos del Sistema Penitenciario Peruano: un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones». Lima, diciembre 2018 (reimpresión abril 2019), p. 152.

y específicamente hacia la no discriminación y la sensibilización acerca del VIH.

La tuberculosis en los penales peruanos, es el otro gran foco de atención, por lo que el Manual de Derechos Humanos publicado por el INPE (77), ha prestado especial prevalencia al problema, integrando a los pacientes que la padecen en los grupos vulnerables, prescribiendo que «la autoridad penitenciaria a través del área de salud, tiene la obligación de diseñar y ejecutar programas de prevención, detección y atención de las personas privadas de libertad con tuberculosis, asimismo, debe integrar el programa a la red y/o micro redes del MINSA. Los internos(as) diagnosticados con esta enfermedad deben ser aislados y atendidos obligatoriamente en el área de salud del establecimiento por el tiempo que la autoridad médica lo determine. Tienen derecho a recibir dieta especial, contando para ello con autorización y recomendación del médico tratante. La autoridad penitenciaria debe cumplir con la recomendación médica. Sólo por disposición del médico y únicamente como medida sanitaria durante la fase de contagio, los internos e internas con tuberculosis serán aislados en ambientes ventilados, sin restringírseles los demás derechos que les asisten. Pasada dicha fase, deberán reintegrarse a sus actividades normales y gozarán de todos los servicios del establecimiento penitenciario.

En el caso de traslado de estos internos, el director y el responsable del área de salud del establecimiento penitenciario de origen serán responsables de hacer entrega al área de salud del establecimiento penitenciario receptor, en el más breve plazo, de los medicamentos prescritos y otorgados por el programa de salud correspondiente. No se debe permitir que el tratamiento se suspenda ni un solo día. Es responsabilidad del establecimiento penitenciario receptor integrar inmediatamente al interno o interna al programa de salud que corresponda».

V.7. Jóvenes reclusos

Si bien no se trata en sentido estricto de menores (78), los jóvenes adultos (reclusos de edades comprendidas entre 18 y 24 años), han sido

(77) Vid. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., p. 82.

(78) Aunque en algunos aspectos puedan asimilarse las medidas proteccionistas, como así se recoge en las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), respecto a su ámbito de aplicación, en cuya Regla 3.3 se dispone: «Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes». En relación al internamiento de meno-

tradicionalmente considerados un grupo vulnerable en el ámbito penitenciario, desde el punto de vista de su posible contacto con delincuentes avezados de mayor edad y experiencia delictiva (evitar el contagio criminógeno), predicándose históricamente la separación interior como criterio regimental a nivel internacional (79). En el Código de Ejecución penal peruano de 1991, en el Título II, relativo al Régimen Penitenciario, se establecen en el artículo 11, los criterios de separación de internos, que introduce como cuarto criterio básico, que los menores de veintiún años habrán de estar separados de los de mayor edad.

Al respecto también, desde la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, se han diseñado acciones concretas y estrategias informativas y de tutela ante situaciones de posible discriminación (80). Se plantea así el aludido factor de alto riesgo del ingreso de un joven que ingrese por un delito menor (p. ej., un hurto) al entrar en contacto con delincuentes de mayor experiencia delictiva. Así, los Defensores Públicos han señalado cómo en el interior de las prisiones peruanas normalmente no se toman las precauciones necesarias para impedir que los internos más jóvenes puedan ser influidos

res en la legislación peruana. *Vid.* CÁMARA ARROYO, S.: «La reforma de la justicia juvenil en el Perú: imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor», en *Gaceta penal*, núm. 46, 2013, *passim*; y, desde un punto de vista internacional y de evolución histórica, *vid.*, del mismo autor, *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Premio Nacional Victoria Kent 2010. Secretaría General Técnica. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 743 ss.

(79) Así, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos en su más reciente versión de 2015, Reglas Nelson Mandela, señalan en su Regla 11.^a: «*Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles (...) d) Los jóvenes estarán separados de los adultos*». Anteriormente, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de Ginebra del año 1955, la Regla 8.^a disponía: «*Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad (...). d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos*»; y en la Regla 67.^a se establecía: «*Los fines de la clasificación deberán ser: a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención; b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social*».

(80) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia/Meini, I./Baras, M.): *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de libertad*. Lima/Madrid, 2014, pp. 66-72.

negativamente por aquellos que ya no tienen ningún interés en reinserirse socialmente (81).

Asimismo, se ha afirmado que «muchos de los adultos jóvenes que se encuentran reclusos en prisión no han terminado todavía su proceso de socialización, y aún están en una etapa formativa de su personalidad. Siendo esto así, la cercanía de sus familiares y la posibilidad de recibir visitas de éstos puede ser un elemento determinante en el proceso de asimilación de las condiciones carcelarias, y posterior reinserción social» (82). Hay, no obstante, criterios complementarios que valoran la vida conjunta con los adultos en determinadas situaciones, pues si bien la separación es recomendable como principio general, «también debe contemplarse la posibilidad de que en ciertos casos adultos y jóvenes puedan compartir las mismas dependencias ya que aquellos pueden transmitir a estos una cierta madurez y experiencia vital muy positivas, de la que carecieron por razones familiares en su proceso de formación» (83).

Sin embargo, en la norma de desarrollo, en el Reglamento de Ejecución Penal, en el artículo 46, siguiendo el criterio restrictivo en cuanto a la edad establecida en el Código de Ejecución, tan solo se prevé la diferenciación, que en términos reglamentarios se denomina *clasificación* de internos, realizándose en lo posible en grupos homogéneos diferenciados, incluyendo el apartado 4.º que «los menores de veintiún años y los mayores de sesenta habrán de estarlo del resto de los internos», entendiéndose por ello dicha medida profiláctica tan solo desde los 18 a los 21.

V.8. Adultos mayores en prisión

Si las previsiones del año 2004 (84) ya preveían que en 2025 el porcentaje de personas mayores de 65 años en América Latina podría llegar al 23%, en relación al uso de la prisión, se ha reconocido desde Naciones Unidas que el número de personas privadas de libertad de avanzada edad se muestra claramente creciente. Dicho incremento, además de derivarse de una mayor longevidad de la población en

(81) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia/Meini, I./Baras, M.): *Protocolo para la defensa pública...*, ob. cit., p. 57.

(82) *Vid.* Últ. ob. cit., p. 65.

(83) *Cfr.* AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): *Manual Regional de Buenas Prácticas...* ob. cit., p. 273.

(84) *Vid.* Ministerio de Salud: *Políticas saludables para adultos mayores en los municipios. Cuadernos de promoción de la salud n.º 12*, Lima, 2004, p. 16.

general, es de igual modo una consecuencia de una mayor severidad en las prácticas de emisión de condena, un aumento en el uso del encarcelamiento y la disminución de mecanismos para una liberación temprana en algunos países (85). Por ambas principales causas, habida cuenta de las previsiones de aumento en la cantidad de reclusos de la tercera edad, que habrá de continuar en los años venideros, es capital que los servicios penitenciarios desarrollen políticas y estrategias para atender las necesidades de este grupo vulnerable y evitar mediante acciones específicas conductas de discriminación posible.

La vulnerabilidad aludida se evidencia en el progresivo deterioro de la salud como consecuencia de la edad y de diversos factores propios de la vida intramuros. Como se ha señalado por la Defensoría del Pueblo del Perú, «la vejez incrementa el riesgo de presentar enfermedades físicas y mentales que pueden colocar a la persona en situación de fragilidad o dependencia. Esta situación se agudiza cuando se encuentran privadas de libertad, al no contar con atención de salud especializada, tratamiento y control de enfermedades físicas y mentales, programas de tratamiento con enfoque diferencial, infraestructura necesaria, alimentación acorde, entre otras» (86). La realidad penitenciaria peruana integra al grupo de adultos mayores (con edad superior a los sesenta años) en un porcentaje de aproximadamente un 4,6% del total en 2018 (87), y siendo de 4,25% (4252 varones y 211 mujeres) en mayo de 2019 (88). Dicho preciso enfoque gerontológico se encuentra previsto, desde un ámbito genérico de protección, en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de la PAM (Ley n.º 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, de 20/07/2016). Entre las situaciones problemáticas que sufrían las personas mayores en el Perú, como se iden-

(85) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales... ob. cit., p. 126.

(86) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía 006-2018-DP-ADHPD «Retos del Sistema Penitenciario Peruano... ob. cit., p. 67 (Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>). Algo que había sido reflejado por las demás Defensorías de la región, *Vid.* AIDDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): Manual Regional de buenas prácticas penitenciarias... ob. cit., p. 283.

(87) Con datos del Informe estadístico del INPE (Instituto Nacional Penitenciario) de noviembre de 2018. *Vid.* INPE: Informe estadístico penitenciario noviembre 2018, Lima, 2019, p. 15. Igualmente, en el Informe de marzo de 2019, Disponible en: <https://es.scribd.com/document/418346408/Informe-Estadistico-Inpe-Marzo-2019>.

(88) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Boletín estadístico Institucional segundo trimestre 2019, ob. cit., p. 91 (Disponible en: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Boleti%CC%81n-2019_Segundo-Trimestre_VI.pdf).

tificaba a partir del Plan Nacional para la Atención a las Personas Adultas Mayores (PLANPAM 2013-2017), la violencia y la discriminación por motivos de edad eran situaciones necesitadas de especial atención institucional (89).

Desde el paraguas normativo internacional, el principio 5(2) del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión considera que: «Las

(89) Vid. TIRADO RATTO, E./MAMANI ORTEGA, F. (Blouin, C. Coord.): La situación de la población adulta mayor en el Perú. Camino a una nueva política. Konrad Adenauer Stiftung. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, *passim*.

(Disponible on line, en: <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2018/11/23160106/publicacion-virtual-pam.pdf>); atendiendo al ámbito del derecho comparado, una visión del tema y problema de la ancianidad en el ámbito penitenciario español y de otros ordenamientos puede verse en VV.AA. (ANDÚJAR NÚÑEZ, S./BARRIOS FLORES, L.F./CÁCERES GARCÍA J.M./LERÍN PÉREZ, F./MARTÍN CASILLAS, M./YAGÜE OLMOS, C. Coord.): Análisis de la ancianidad en el medio penitenciario. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Madrid, 2009 (disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/An%C3%A1lisis+de+la+ancianidad+en+el+medio+penitenciario+%28NIP0+126-09-042-0%29.pdf/ae3d44d9-460c-4798-98de-ed518a39d9c5>); también, en el ámbito del tratamiento intramuros, FERNÁNDEZ ORVIZ, J.L.: «Personas mayores en prisión. Un programa de entrenamiento de la memoria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 258, 2015, pp. 19-48; o señalando que la normativa administrativa de Instituciones Penitenciarias, la Instrucción 8/2011, «enmarca como destinatarios de la intervención a los internos que han superado los 70 años de edad, a aquellos que, habiendo superado los 60 años, presentan pluripatologías relevantes y a los de cualquier edad que sufren un proceso o enfermedad incapacitante». Cfr. RENART GARCÍA, F.: «El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español: pasado y presente», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpresión mayo 2016), p. 896; NIETO GARCÍA, A.J.: «El anciano en prisión», en *Diario La Ley*, n.º 9450, Sección Tribuna, 5 de junio de 2018, quien señala que «la ancianidad en prisión es el colectivo gran olvidado de la ejecución penitenciaria, existiendo un clamoroso divorcio de la legislación penal y la legislación penitenciaria respecto a los internos septuagenarios»; más recientemente, MALDONADO FUENTES, F., «Adulto mayor y cárcel. ¿Cuestión humanitaria o cuestión de derechos?», en *Política Criminal*. Vol. 14, n.º 27, 2019, pp. 1-46; HERRERO MAROTO, S.: «El proceso de envejecimiento en prisión. Intervención penitenciaria», en *Diario La Ley*, n.º 9478, Sección Tribuna, 16 de septiembre de 2019, quien advierte de la creación de guetos penitenciarios y llega a preguntar: «¿Una política criminal que estableciera una discriminación positiva del envejecimiento en prisión, con la creación de geriátricos penitenciarios específicos, no estaría alentando a que quienes se encuentren en las postrimerías de su vida, sin ningún contratiempo en su control social, pudieran verse abocados a cometer delitos que les permitiera tener una asistencia integral en su ancianidad en un centro penitenciario que, tal vez, no se pueden permitir en unas condiciones óptimas en la red comunitaria de residencias geriátricas –pública y gratuita vs privada y costeada por el anciano?».

medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial (...) de las personas de edad (...) no se considerarán discriminatorias». Del mismo modo, la regla 8 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Ginebra de 1955 contemplaba una segregación de los internos que incluía criterios de la edad de los mismos: «Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad (...)». Entre las actuales Reglas Nelson Mandela, la Regla n.º 11 establece al respecto que: «los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles».

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú (90), que prevé la protección de los mayores, en la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de julio de 2016, y en el Decreto Supremo n.º 007-2018-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley 30490, se exige el reconocimiento de una especial protección del Estado peruano y el acceso a condiciones penitenciarias dignas que garanticen el respeto de sus derechos humanos, mientras sean privados de libertad.

Desde que, en fecha de 15 de junio de 2015, se aprobara por la Organización de Estados Americanos en el marco del 45º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington, D.C., Estados Unidos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. Tres años más tarde se presentaba en el Perú el Proyecto de Ley 2809, sobre la adhesión del Perú a la Convención. Así, el 14 de junio del 2018, el Parlamento peruano aprobó la citada Convención con 79 votos a favor. Dicha votación fue sometida a reconsideración y fue rechazada el 16 de abril de 2019, al no haber alcanzado el número de votos requerido.

(90) Artículo 4.º «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

En relación a la edad objeto de atención, la institución penitenciaria peruana suele calificar como adultos mayores a aquellas personas que tienen sesenta o más años de edad (91). No obstante, como se ha señalado por Naciones Unidas, la ancianidad «no puede definirse de manera exacta debido a que el concepto no tiene el mismo significado en todas las sociedades; además, con el aumento constante de la esperanza de vida, tampoco corresponde a un lapso específico de tiempo» (92). Y, de acuerdo con el mantenimiento de su capacidad funcional, pueden distinguirse tres grupos: a) El adulto mayor autovidente; b) el adulto mayor frágil; c) el adulto mayor dependiente o postulado.

Ante dichas características, desde Naciones Unidas se han señalado prevenciones que deben atenderse como «la provisión de un módulo de una sola planta para que no tengan que subir escaleras; las puertas de algunas celdas deben dotarse de una anchura mayor para facilitar el acceso en silla de ruedas; siempre que sea posible, han de instalarse rampas en lugar de escaleras; deben colocarse barras de sujeción y asideros junto a los retretes y las duchas; deben incluirse instalaciones auxiliares para los servicios de atención sanitaria (por ejemplo, una sala de fisioterapia o un dispensario); los timbres de las celdas han de poder alcanzarse desde el interior; y, si el pabellón está rodeado de jardines, las zonas de plantación deben elevarse para que los reclusos con limitaciones físicas o que utilicen silla de ruedas puedan acceder a ellas y mantenerlas. Por último, otros aspectos como la pérdida de visión o audición también influyen en la solución de diseño» (93). La tendencia hacia el envejecimiento de la población carcelaria en algunos países, situación destacada en el Perú por la prensa (94), ha sido también advertida por Naciones Unidas, avisando de la tendencia demográfica y la relación que ha de observarse con la vida útil de las infraestructuras penitenciarias. Así han sido recogidas dichas indicaciones por el INPE, que refleja en su manual de 2018 «Estos internos e internas deben ser clasificados y ubicados en pabellones específicos o en ambientes especialmente destinados donde no sean agredidos ni maltratados por el resto de la población penal. De

(91) Vid. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, ob. cit., p. 77.

(92) Cfr. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): *Manual sobre reclusos con necesidades especiales...*, ob. cit., p. 125.

(93) Cfr. UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): *Orientaciones técnicas para la planificación...* ob. cit., p. 45.

(94) Vid., al respecto de la realidad penitenciaria peruana en 2018, <https://diariocorreio.pe/edicion/huancayo/tres-mil-922-presos-del-pais-tienen-mas-de-60-anos-segun-inpe-848336/>

preferencia se ubicarán en un solo pabellón o ala, en el primer piso, y debe procurarse que los ambientes sean cálidos, ventilados y sin humedad. La oficina de administración del establecimiento penitenciario les deberá brindar una alimentación balanceada, de acuerdo con las recomendaciones y los cuidados en la alimentación para personas adultas mayores del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. La autoridad penitenciaria velará por la salud del adulto mayor privado de libertad en forma preferente y con atención especializada» (95). Dicho esfuerzo administrativo puede y debiera ser asumible por la gestión penitenciaria, pues como ha señalado certero Renart García: «la remoción de obstáculos físicos y de barreras arquitectónicas que dificulten la ubicación y el desplazamiento de los ancianos en el recinto penitenciario constituye una de las iniciativas más originales e inéditas emprendidas por la Administración penitenciaria y requiere, en la mayoría de supuestos, una exigua dotación presupuestaria para su implementación» (96).

El Reglamento de Ejecución penal recoge, no obstante, escasos preceptos relativos a esta categoría de internos. El artículo 30 establece la preferencia de los adultos mayores que vengan de visita a los establecimientos, otorgándoles prioridad en el ingreso y egreso. El artículo 46, relativo a la clasificación interior establece que se efectuará en grupos homogéneos, de entre los cuales se separará a los mayores de sesenta (como a los menores de 21 años) del resto de los internos. Especialmente garantista, o humanitaria como reflejo de las condiciones intramuros, se contempla el artículo 80 del mismo cuerpo reglamentario, que prevé (en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 30 del Código de Ejecución Penal) algunas excepciones al aislamiento. Así, se establece que no les será aplicable la sanción de aislamiento a las personas mayores de sesenta años, obligando al Consejo Técnico Penitenciario a optar por otra sanción. Si de la edad se deriva una forma de discapacidad motora a este respecto, el artículo 48 del Reglamento establece que «las personas con discapacidad motora en las extremidades inferiores serán ubicadas obligatoriamente en un ambiente del primer piso» y que «la administración penitenciaria preverá que los ambientes en donde se recluyan a las personas con discapacidad, los tópicos de salud y los servicios básicos, se encuentren acondicionados y ubicados en los primeros pisos de los establecimientos penitenciarios».

(95) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 78.

(96) Cfr. RENART GARCÍA, F.: «El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español», ob. cit., p. 897.

V.9. Discriminación socioeconómica intramuros y el problema de la corrupción

Se concibe, aun no recogida en los instrumentos internacionales ni en la normativa peruana de ejecución penal, como una modalidad de discriminación transversal, pues puede añadirse a otras características presentes que hacen más vulnerables a determinados reclusos. Se trata, no obstante, de una tradición carcelaria centenaria y global, de una práctica usual y sobreentendida en el ecosistema penitenciario, tolerada y aceptada institucionalmente, inherente a la subcultura carcelaria. Como se ha señalado, «la compra de los derechos y del acceso a determinadas comodidades intramuros, en numerosos enclaves penitenciarios en países con muy escaso presupuesto para esta labor, rememora el antiguo carcelaje. Tal discriminación no deviene así de *iure* sino de *facto*, por cuanto en muchos casos es la propia subcultura carcelaria la que mantiene tales tarifas y formas discriminatorias» (97).

Tal modalidad de discriminación presenta por ello una mayor incidencia en lugares sin un control efectivo y suficiente del régimen penitenciario, cuando se ceden en la práctica las competencias del control interno a la población reclusa, cuando algunos sistemas de autogestión encubren un absoluto abandono institucional. En ese entorno, la existencia de «posibles» por parte del interno, en determinados casos le permitirá incluso evadir su vulnerabilidad intrínseca, pero agravará y tensionará la situación de quien carece de tales medios. De modo general, la adaptación «privada» del espacio personal del recluso es una realidad en los penales peruanos, tanto desde una perspectiva acomodaticia, como incluso de su seguridad personal. A contrario, la indisponibilidad económica conlleva a otras situaciones de desamparo, con el sometimiento a conductas mafiosas.

Así, por ejemplo, aun en entornos penitenciarios administrativamente controlados, el acceso a un número considerable de bienes de consumo dependerá de la situación patrimonial. El hecho de que los economatos dentro de los establecimientos ofrezcan productos con sobreprecio, superpone otra capa de discriminación real y efectiva a las preexistentes características de un grupo vulnerable en concreto. La tolerancia administrativa ante algunas prácticas, y la posible corrupción de los agentes penitenciarios (98), que permiten, entre otras

(97) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria...», ob. cit., p. 89.

(98) El problema de la corrupción en los penales y en otras áreas de la administración peruana, ha sido puesto de manifiesto desde fuera y dentro del país, en el siglo XX y en el XXI. Así, en términos relativos al año 2001, «los sueldos son bajísimos, alrededor de tres veces menos de lo que cobran los agentes policiales que reali-

zan las mismas funciones. Resulta obvio señalar que los funcionarios están desmotivados. La gestión está además tremendamente burocratizada: desde solicitar una bombilla hasta la formación de los expedientes que los internos necesitan para acceder a los beneficios penitenciarios todo lleva multitud de trámites. En este caldo de cultivo no es de extrañar que la corrupción germine con fuerza». Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GÓMEZ RIVERO, C./NIETO MARTÍN, A.: «El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales...», ob. cit., p. 45. Desde una visión internacional, la necesidad de un marco ético de la labor y gestión penitenciaria, ha sido señalada por COYLE, A.: *La Administración penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos. Manual para el Personal Penitenciario*. International Centre for Prison Studies. Londres, Reino Unido, 2002. p. 13. Tan relevante problema, aún latente frente a las mismas dificultades, es considerado uno de los principales a extirpar en el sistema penitenciario peruano. En este sentido, la Defensoría del Pueblo, dentro del Programa de asuntos penales y penitenciarios. Adjunta para los Derechos Humanos y las personas con discapacidad, publicaba en 2011, en su Informe Defensorial n.º 154-2011/DP: «El sistema penitenciario: Componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas», Lima, octubre de 2011, un capítulo VI específico, bajo el título «Una aproximación a la corrupción en el sistema penitenciario» (pp. 103-121). Y de seguido, en el año 2012, el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, durante la presidencia del INPE a cargo de José Luis Pérez Guadalupe, exponía como primera de las medidas a adoptar para la reforma del sistema, la lucha contra la corrupción (por delante incluso de la segunda medida, relativa a la superpoblación). En sus términos: «El INPE presenta un serio problema de corrupción propiciado por el hacinamiento, falta de personal, clima laboral negativo y adverso, así como los magros sueldos de sus servidores. Los circuitos de corrupción existentes son alimentados por lo que se conoce como «corrupción por contaminación», que es la convivencia de los servidores con la delincuencia, lo que genera que sean tentados o intimidados a hacer lo indebido. Este problema está ampliamente extendido en nuestro sistema penitenciario, lo que requiere ser enfrentado de forma urgente». Cfr., al respecto, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *10 medidas de reforma del sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 3 (Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/810635CDF2139A7F052581300073F277/\\$FILE/10_medidas.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/810635CDF2139A7F052581300073F277/$FILE/10_medidas.pdf)). Más recientemente, el 4 de septiembre de 2015, el INPE publicaba el Informe: «Situación actual del sistema penitenciario peruano», realizado por el Dr. Gustavo Adolfo Campos Peralta, que con información de la Oficina de Asuntos Internos incluía los datos desde 2011 a 2015, citando los 913 informes recomendados para la apertura de procesos disciplinarios entre el personal penitenciario y las acciones llevadas a cabo para responder a la corrupción intramuros, pp. 28-30 (Disponible on line en: https://www.inei.gob.pe/media/criminalidad/Exposiciones/Gustavo_Adolfo.pdf); y en el año 2017, como se destaca en el Informe de la Defensoría del Pueblo, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la corrupción se percibía como el principal problema del país. Vid. Defensoría del Pueblo: Reporte la corrupción en el Perú: El sistema anticorrupción peruano: diagnóstico y desafíos. Diciembre 2017, año 1, n.º 2, p. 3 (Disponible on line, en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>). En abril del 2016, el INEI, en coordinación con el Ministerio de Justicia y el INPE, ejecutó el Primer Censo Nacional Penitenciario en los 66 establecimientos penitenciarios del país. De acuerdo con dicho censo, la población penal en el país ascendía a 76.180 personas (entre procesados y sentenciados), y aunque La población penitenciaria se ha incrementado en los últimos años, representa menos

situaciones, la instalación de economatos, da lugar a situaciones anómalas (99), que no contribuyen a frenar algunas de tales prácticas discriminatorias (100) socioeconómicas en prisión.

Tal impacto de la corrupción en los derechos humanos ha sido así recientemente señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución 1/18, aprobada en Bogotá el 2 de marzo de 2018, como sigue: «La corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad...». En el año 2016, el problema de la corrupción en el sistema penitenciario peruano, era igualmente tratado en la Respuesta del Perú al Informe [CAT/OP-PER/R.1] del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), elaborado a partir de la visita realizada al Perú en el año 2013 donde recomendó que se adoptaran diversas medidas (101). Al respecto, en el párrafo 127 del Informe del SPT se recomendaba que el Gobierno adoptara y aplicara una política firme y transparente de «tolerancia cero» contra la corrupción, abordando las condiciones estructurales que la producen. Ante dicha recomendación, el Gobierno Peruano señalaba, en su respuesta justificativa, la promulgación del Decreto Legislativo n.º. 1325, que declaraba en emergencia y

del 1% de la población penitenciaria (543 personas a octubre del 2017). *Cfr.* ob. cit., p. 31. En el año 2017 se daba la noticia de que más de 260 funcionarios del INPE habían sido investigados por actos de corrupción (<https://andina.pe/agencia/noticias-mas-260-funcionarios-penitenciarios-son-procesados-corrupcion-y-actos-ilicitos-673514.aspx>).

(99) El destino de celdas a funciones de economato, en un entorno en el que el hacinamiento es absolutamente palpable, como se apreciaba en las denuncias respecto del penal de Chiclayo en 2018, con un número de economatos cercano a 40. *Vid.*, al respecto, <https://diariocorreo.pe/edicion/lambayeque/celdas-que-deberian-albergar-reos-hacinados-son-usados-como-pequenas-bodegas-820073/> (Noticia actualizada a 20 de mayo de 2018)

(100) Destacando el evidente vínculo entre corrupción administrativa y discriminación, *vid.*, entre otras, NOVOA CURICH, Y.L.: «La corrupción como mecanismo de discriminación», en *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 47, 2016, pp. 223-225; MARTINÓN QUINTERO, R.: «Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 10, abril–septiembre 2016, pp. 14 y 15.

(101) *Vid.* Respuesta del Perú al Informe sobre la visita del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Apartado 3.4 intitulado «El problema de la corrupción», contestando específicamente al párrafo 127 del Informe del SPT, p. 26 (Disponible on line en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT-OP/Shared%20Documents/PER/CAT_OP_PER_1_Add-1_28170_S.pdf)

dictaba medidas para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, disponiéndose diversas medidas de lucha contra la corrupción, estando entre ellas: a) El INPE, en un plazo no mayor de noventa días, implementaría canales de denuncia ciudadana, de internos e internas, servidores, empresas proveedoras y otros, para recibir quejas y denuncias de actos de corrupción a través de mecanismos presenciales, virtuales y por teléfono, bajo responsabilidad funcional; b) Implementar sistemas de video vigilancia en los establecimientos penitenciarios y otras dependencias a nivel nacional, siendo prioritaria su ubicación en las áreas de prevención, tratamiento, rotondas, área de salud, puestos de vigilancia de los pabellones, entre otros, de acuerdo a la directiva que se emita, siempre que no vulnere la privacidad de las personas; c) Coordinar y ejecutar de manera permanente con las demás entidades integrantes del Sistema Nacional Penitenciario, a nivel nacional, operativos conjuntos de supervisión y control en las áreas de su competencia, en sus órganos desconcentrados, establecimientos penitenciarios y establecimientos de medio libre; d) En complemento a lo anterior, se señalaba que en el Plan Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS 2013-2016) contaba con una «Matriz de seguimiento y monitoreo del Plan Anticorrupción del INPE, 2013–2016», con cuatro objetivos específicos referentes a: i) articulación y coordinación interinstitucional para la lucha contra la corrupción; ii) prevención eficaz de la corrupción; iii) investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial; y, iv) promoción y articulación de la participación activa de la ciudadanía, sociedad civil y sector empresarial en la lucha contra la corrupción. El citado Decreto Legislativo n.º 1325 sería prorrogado en 2018 (prórroga que empezaría a regir desde el 7 de enero de 2019), por el Decreto Supremo 013-2018-JUS, Decreto Supremo que prorroga la emergencia dispuesta por el Decreto Legislativo n.º 1325, para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario.

VI. MEDIDAS PENITENCIARIAS RESTRICTIVAS: LA LIMITACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Entendemos que desde una pésima visión preventivo general negativa aplicada al entorno penitenciario, instrumentos esenciales del régimen y tratamiento penitenciario como son los beneficios peniten-

ciarios (102), han venido siendo instrumentalizados para dificultar, cuando no impedir, el acceso a los mismos a los privados de libertad por delitos que, recientemente, incluían las conductas tipificadas en el artículo 323 del Código penal. Así, se ha venido a establecer en la legislación peruana, en los últimos años, la limitación expresa de algunos beneficios penitenciarios por medio de diversas disposiciones legales. Y ello, aunque en el artículo VIII del Título preliminar del Código de Ejecución Penal se señala que la retroactividad y la interpretación de dicho Código se resuelven en lo más favorable al interno. De otra parte, para coordinar la respuesta judicial de concesión de beneficios penitenciarios, el Poder Judicial (103) aprobó el Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CJ-116 con el objetivo de concordar la jurisprudencia en materia de beneficios penitenciarios que deberá ser aplicado por todos los jueces en todas las instancias.

Se restringía, no obstante, el acceso a los beneficios penitenciarios por la Ley n.º 30054, de 30 de junio de 2013 (Ley para prevenir y sancionar los delitos contra los miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembros del Tribunal Constitucional o autoridades elegidas por mandato popular), para los supuestos recogidos en el artículo 323 del Código penal en los supuestos de delitos de discriminación de personas. Seguidamente se promulgaba la Ley n.º 30262, de 06 de noviembre de 2014 (Ley que modifica el Código de ejecución penal, la ley contra el crimen organizado y la ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes) que, asimismo, incluía la prohibición del beneficio de redención de la pena por el trabajo o la educación a

(102) *Vid.*, en la bibliografía peruana, por todos, MILLA VÁSQUEZ, D.G.: «Comentario al Acuerdo Plenario n.º 8 -2011/CJ-116 sobre beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada», en *Gaceta Penal*, Lima, 2012, p. 313; la misma: «Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXV, 2013, p. 358; la misma: «La retroactividad de las leyes de ejecución penal. A propósito de los casos de Henri Parot en España y Agustín Mantilla en el Perú», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): *Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana*. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimp. mayo 2016), pp. 668 y ss.; la misma: *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, Teoría y Praxis*. Grijley, Lima, 2016, pp. 387, 408, 413, 420; la misma: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 289 y ss.; en el ámbito español, criticando el uso populista de los beneficios penitenciarios, *vid.*, SANZ DELGADO, E.: *Regresar antes. Los beneficios penitenciarios*. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, pp. 11-24.

(103) *Vid.*, al respecto, X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CIJ-116. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* (21 de junio de 2016).

los agentes de los delitos tipificados en el artículo 323 CP. En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en el artículo 323 (Discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal, la redención de pena por el trabajo y la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o estudio, respectivamente (6x1).

En relación al beneficio de semilibertad, también por virtud de la Ley n.º 30054, ésta será improcedente para los delitos de discriminación del artículo 323. De igual modo, el Decreto Legislativo 1296, de 30 de diciembre de 2016, establece que el beneficio de semilibertad no será procedente para los internos que hayan cometido delitos de discriminación o incitación a la discriminación, de los recogidos en el art. 323 CP. De igual modo, la Ley n.º 30609, que modifica el Código de Ejecución Penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños y adolescentes, publicada en el diario oficial El Peruano, el 19 de julio de 2017, recogía la prohibición de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para los internos por los delitos de discriminación e incitación a la discriminación del artículo 323. De igual manera, la Ley n.º 30838, de 03 de agosto de 2018, que modifica el Código penal y el Código de Ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hizo realidad la reforma legal más importante desde 2004 en materia de delitos sexuales, y vino a modificar el artículo 50 del CEP, para establecer que no son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley n.º 30077, y entre ellos los delitos de discriminación de personas.

El beneficio de la libertad condicional, asimismo se encuentra restringido por la Ley n.º 30054, de 30 de junio de 2013 ya citada, modifica el art. 53 del CEP y restringe el beneficio de la liberación condicional para los internos que hubieren infringido el artículo 323 CP. En similar sentido, a partir del tercer párrafo del artículo 48 del CEP modificado por la Ley n.º 30076 (Ley para combatir la inseguridad ciudadana), de 19 de agosto de 2013, se prohíbe dicho beneficio para los delitos de discriminación e incitación a la discriminación citados. El Decreto legislativo n.º 1296, de 30 de diciembre de 2016, vino igualmente a establecer que el beneficio de liberación condicional no será procedente para los internos que hayan cometido delito de discriminación o de incitación a la discriminación. La Ley n.º 30609, que modifica el Código de Ejecución Penal para combatir la violencia

familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños y adolescentes, publicada en el diario oficial El Peruano, el 19 de julio de 2017, modifica el artículo 50 del CEP, señalando que los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional no serán procedentes para aquellos internos que se encuentren sentenciados por la comisión de los delitos de discriminación citados. La Ley n.º 30838, de 6 de agosto de 2018, para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, modifica el artículo 50 del CEP, establece que no son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

En relación a la visita íntima, ésta ha sido valorada por el Tribunal Constitucional peruano, en su Sentencia n.º 01575-2007-PHC/TC estimando que «la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamentan en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales» (104).

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La necesaria protección penal y penitenciaria de los grupos vulnerables que se encuentran y conviven en prisión, ante las posibles conductas discriminatorias que surjan en dicho ámbito, encuentra su plasmación e impulso en instrumentos internacionales de Naciones Unidas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporándose, por ello, al acervo normativo peruano y a su ordenamiento penal y de ejecución penal.

Asociada dicha protección a la vulnerabilidad específica de ciertos grupos de personas integrados en una superpoblación penitenciaria, dicha normativa no pareciera desplegar tantos efectos positivos en la práctica. Las dificultades propias de un sistema penitenciario haci-

(104) Así ha sido recogido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio*. Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, Lima, 2014, p. 35.

nado, que sin duda incrementa los riesgos y entorpece la efectiva protección de los reclusos, incluso respecto de bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, parecieran dejar en letra muerta tan saludados principios internacionales. Así, a la vista de las estadísticas oficiales, con porcentajes de superpoblación crecientes y mantenidos en el tiempo, y aun confirmándose tales negativas consecuencias por parte de las administraciones de los estados, no parecen ofrecerse en algunos países de la región, y tampoco en el Perú, ni resultados ni compromisos presupuestarios plausibles en el marco de una política criminal caracterizada por los excesos punitivistas, cuando en lugar de evitarse el excesivo uso de la privación de libertad –con altas tasas de población reclusa preventiva-, o de impulsar las medidas alternativas como se ha predicado desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en lugar de apoyar medidas de descongestión carcelaria, a contrario se incrementan los marcos penales y restringen, con intereses mediáticos y populistas, los beneficios penitenciarios, esto es, las medidas de acercamiento a la libertad de los privados de libertad.

La inacción presupuestaria es, por ello, la primera constante a combatir. La escasez de recursos económicos dispuestos para la renovación de las infraestructuras y para la adaptación de los medios materiales existentes, contribuye no solo al hacinamiento sino al mantenimiento de situaciones discriminatorias detectadas, en mayor o menor medida, en la vida penal y práctica diaria de las instituciones penitenciarias, pues la vulnerabilidad preexistente al ingreso en el establecimiento se agrava intramuros. La exigencia de construcción de centros adecuados, de diversificación de espacios y de adaptación de las instalaciones existentes, se plantea entonces como una absoluta prioridad. La existencia e incremento del riesgo de discriminación se presenta así diáfana, principalmente en relación a internos discapacitados (sujetos necesitados de especial protección, por su movilidad reducida), o con afecciones de salud mental, o en lo relativo a los adultos mayores con movilidad reducida y otras patologías recurrentes por causa de la edad, o en las madres con niños en prisión y la falta de adaptación a tales necesidades. Pero la acción presupuestaria gubernamental debe llegar igualmente a la dignificación de la actividad del personal penitenciario, mediante una más justa remuneración por su esencial trabajo, que impida conductas indeseadas que terminan por agravar la diferencia injusta. A contrario, la incidencia de la corrupción en la labor penitenciaria permitirá mantener desigualdades y situaciones discriminatorias.

Si las conductas relativas a los actos de discriminación o incitación a la misma han desplegado en el Perú protección jurídico-penal y

específicamente penitenciaria, reflejada en la asunción e inserción de los contenidos de los preceptos internacionales en esta materia, y plasmada en la ampliación del tipo penal del artículo 323 CP, se ha advertido en la propia legislación de ejecución penal un mayor celo que, desde una perspectiva preventivo general negativa, pareciera otorgar mayor relevancia a estas acciones discriminatorias al incluirlas entre los motivos para restringir, cuando no eliminar, la posibilidad de beneficios penitenciarios para los privados de libertad por tales ilícitos penales. Las consecuencias redundarán así en el citado y evidente problema del hacinamiento, ya que la percepción del posible infractor de la norma penal, previa a la comisión del delito, no reside en el conocimiento de las condiciones y restricciones que le puedan ser impuestas cuando se encuentre en prisión.

Si bien la protección que despliega la norma penal en el artículo 323 del Código debiera servir de dique de contención contra conductas discriminatorias en prisión y se ha visto reforzado el ámbito administrativo incorporando la tutela antidiscriminatoria a la norma penitenciaria de ejecución penal, expresamente en relación con algunos de los grupos vulnerables, con cierta extrañeza se advierte que no se haya completado con los parámetros hoy exigibles desde la norma internacional integrando dicha extensión y protección normativa en mayor medida en el Código de Ejecución Penal, concretamente en el catálogo de faltas disciplinarias de los artículos 25 y 26, o en el Reglamento de Ejecución Penal, que tan solo recoge algunas situaciones, como disposición de desarrollo del estatuto jurídico del interno que, en la práctica, opera o debiera operar como disposición directa e inmediatamente aplicable en la vida intramuros. La seguridad jurídica en el acceso a las instituciones penitenciarias es, también, un elemento neutralizador de situaciones discriminatorias creadas a partir de las expectativas de los internos/as. Así, puede advertirse en cuestiones relativas a la concesión por parte de la Administración de determinadas situaciones favorables al interno (105). Es cierto que las normas e instrumentos internacionales tienen su aplicación también en el Perú, pero su vulneración exige procedimientos para la defensa de tales derechos que podrían agilizarse de integrarse algunas de tales prevenciones que hoy no se contemplan en la norma reglamentaria.

El personal penitenciario debe ser, como se ha dicho, protegido presupuestariamente, pero también debe asimilar la tutela antidiscriminatoria, por implantarse la misma en la norma diaria y por procedimientos de reciclaje en la formación profesional. Si el estatuto jurídico

(105) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad...», ob. cit., p. 65.

del interno se configura como la relación de derechos y deberes de los privados de libertad, la expansión nominativa y ejecutiva de tales facultades y obligaciones para los profesionales penitenciarios no puede quedarse en un ejercicio declarativo de una norma de rango legal, cuando puede asimismo desplegarse en normativas administrativas de menor rango y de mayor incidencia inmediata al interno (normativa reglamentaria y de régimen interior de los establecimientos y directrices para el personal). La experiencia española ha demostrado que el Reglamento penitenciario ha servido para ampliar incluso y extender derechos e instrumentos favorables al interno, que quedaron con menor recorrido en la norma orgánica por el momento histórico-legislativo en que fue aprobada. El reglamento y la normativa administrativa interna sirvieron así para adecuarse más directa y fácilmente a los cambios sociales y a la dinámica normativa internacional y para reforzar específicamente las situaciones protegidas contra la discriminación.

En último término, la reimplantación de la figura del Juez de ejecución de penas se presenta como otra de las prioridades que debiera valorar y afrontar el Poder judicial peruano y el sistema penitenciario nacional en su conjunto (106). El Juez, en una jurisdicción especializada y dedicada ex profeso a la ejecución de las penas y a garantizar los derechos de los reclusos, permite el recurso del interno a una institución independiente de la Administración penitenciaria, que entre sus atribuciones puede apremiarla y compelerla en el cumplimiento de la norma legal y reglamentaria, y ello no puede ocurrir con la misma garantía con el juez que conoció del proceso penal o en su defecto el de la jurisdicción donde se encuentre el interno, y tampoco a partir del nuevo proceso penal, con el juez de investigación preparatoria ni con el juez unipersonal; y, con ello, como ocurre en otros ordenamientos o de modo ejemplificativo en España (107), incide positivamente en la

(106) Así se ha requerido desde la doctrina peruana, *vid.*, por todos, ÁVILA HERRERA, H.J.: «El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo...», *ob. cit.*, pp. 35 y 36.

(107) El artículo 76, que se ocupa de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, establece: «1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse». En el número 2 del precepto, letra g), se dice que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia, «Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos». Y el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española asimismo señala y comple-

posibilidad de obligar al INPE a desarrollar lo previsto en la citada normativa internacional y en la propia legislación de ejecución penal peruana.

menta al efecto: «Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto». *Vid.*, al respecto de dicha fundamentación, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria...*, ob. cit., pp. 241 y ss.