



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"  
"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"

Lima, 1 de febrero de 2018

OFICIO N° 020 -2018 -PR

Señor  
**LUIS GALARRETA VELARDE**  
Presidente del Congreso de la República  
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, a fin de someter a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el Proyecto de Ley que incorpora la institución de la Custodia de Seguridad y la Vigilancia necesaria.

Mucho estaremos que se sirva disponer su trámite con el carácter de URGENTE, según lo establecido por el Artículo 105° de la Constitución Política del Perú.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para renovar los sentimientos de nuestra consideración.

Atentamente,

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD  
Presidente de la República

MERCEDES ARAÓZ FERNÁNDEZ  
Presidenta del Consejo de Ministros

**CONGRESO DE LA REPÚBLICA**

Lima, 07 de FEBRERO del 2018.

Según la consulta realizada, de conformidad con el Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la República: pase la Proposición N° 2386 para su estudio y dictamen, a la(s) Comisión(es) de JUSTICIA y DERECHOS HUMANOS.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA  
Oficial Mayor  
CONGRESO DE LA REPUBLICA



# Proyecto de Ley

## LEY QUE INCORPORA LA INSTITUCION DE LA CUSTODIA DE SEGURIDAD Y LA VIGILANCIA NECESARIA

### Artículo 1.- Objeto

La presente ley tiene por objeto incorporar a la normatividad las medidas de seguridad de la custodia de seguridad y la vigilancia necesaria, a fin de proteger a la sociedad frente al peligro real y fundado de actos delictivos que atenten con el normal desenvolvimiento y ejercicio de los derechos ciudadanos.

### Artículo 2.- Custodia de seguridad

Conforme a personalidad, conducta antisocial y la peligrosidad delictual del agente; de forma excepcional y siempre que resulte absolutamente necesaria, el/la juez/a puede imponer conjuntamente con la pena privativa de libertad la medida de custodia de seguridad.

### Artículo 3.- Ejecución de la custodia de seguridad

1. La custodia de seguridad se ejecuta después del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Cuando menos dos meses antes de dar inicio a la ejecución de la custodia de seguridad, el/la juez/a verifica si se mantienen las circunstancias que determinaron su imposición. Si estima que la ejecución de esta medida no es necesaria, ordena su cancelación y dispone la libertad del/la condenado/a al término de su condena o su suspensión e impone la vigilancia necesaria con una o varias de las medidas que conforman la vigilancia necesaria.

2. La custodia de seguridad se ejecuta en secciones especiales de los establecimientos penitenciarios acordes con el nivel de peligrosidad y conducta antisocial que presente el agente, para lo cual se sigue un plan individualizado de tratamiento orientado a facilitar su readaptación y reinserción social.

### Artículo 4.- Supuestos de aplicación de la custodia de seguridad

La custodia de seguridad solo podrá ser ejecutada con internos/as que se encuentran en la etapa de máxima seguridad del Régimen Cerrado Ordinario y en las etapas "C", "B" o "A" del Régimen Cerrado Extraordinario según las disposiciones del Código de Ejecución Penal, y siempre que:

1. Haya sido condenado/a por delito de violación de menor de edad, previsto en el inciso 2 del artículo 173 y del Código Penal;



Falconi Gálvez



J. Terrico H.

2. Haya sido condenado/a por los delitos previstos en el artículo 2, literales b y c del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 3, y artículos 4, 4-A, 5, 6, 6-A, 6-B, 8 y 9 del Decreto Ley N° 25475, Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio; o
3. Tenga la condición de reincidente por la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos 170, 171 y 172 del Código Penal.

Para la aplicación de la custodia de seguridad es necesario advertir un pronóstico grave y fundado de comportamiento que revele altísimas probabilidades de comisión futura de alguno de los delitos a que se refieren los numerales precedentes.

#### **Artículo 5.- Control y revisión judicial de la custodia de seguridad**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplido un año a partir del inicio de la ejecución de la medida el/la juez/a de oficio verifica si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición, y adoptar alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener el plazo fijado en la sentencia.
- b) Ordenar el cese de la medida cuando su finalidad haya sido conseguida y su ejecución ya no resulte necesaria.
- c) Suspender la medida antes del cumplimiento del plazo fijado por el/la juez/a en la sentencia, cuando cuente con un informe de evaluación que concluya en un pronóstico razonable que el/la condenado/a no intentará cometer nuevamente actos delictivos. En este caso, se impone una o más de las medidas previstas en el artículo 7. En caso de incumplimiento de dichas medidas, el/la juez/a dispone su sustitución por la custodia de seguridad, debiendo respetarse el plazo inicialmente fijado en la sentencia por el/la juez/a. En estos casos se procede de acuerdo a lo establecido en el inciso 1.



J. Falconi Gálvez

2. El/la juez/a, a pedido del Ministerio Público o del/la condenado/a según sea el caso, puede fijar mediante resolución debidamente motivada y en atención al grado de desarrollo y evolución del tratamiento, un plazo de revisión menor o periodos de tiempo dentro del plazo de un año señalado en el numeral 1, en cuyo transcurso no se admitirán los pedidos de revisión judicial de los/las condenados/as a quienes se imponga esta medida de seguridad.

#### **Artículo 6.- Duración de la custodia de seguridad**

La custodia de seguridad tiene una duración máxima de diez años.

#### **Artículo 7.- Vigilancia necesaria**

1. En aquellos supuestos en los que no se aplique la custodia de seguridad, el/la juez/a puede imponer una o varias de las siguientes medidas específicas:

- a) La obligación de presentarse periódicamente ante el/la juez/a o ante la autoridad policial designada por este/esta.
- b) La prohibición de residir en el lugar o territorio determinado por el/la juez/a. En este caso, el/la condenado/a quedará obligado/a a declarar el domicilio que elija y los cambios que eventualmente se produzcan.



J. Torrico H



# Proyecto de Ley

c) La prohibición de acudir a determinadas a reuniones, espectáculos, establecimientos de juego u otros lugares donde se expendan bebidas alcohólicas.

d) La prohibición de efectuar visitas a internos/as condenados/as por delitos de terrorismo o establecer contacto de cualquier tipo con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, siempre que se trate de personas respecto de las que existan fundadas razones para advertir que puedan propiciar la comisión de los delitos por los que se le sentenció o incitarle a hacerlo. Asimismo, se puede fijar la prohibición de ofrecer o aceptar empleo o servicios o albergar u hospedar, o relacionarse con cualquiera de las personas mencionadas.

e) La prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares u otras personas que determine el/la juez/a. Esta medida impide al/a la condenado/a acercarse a dichas personas, con independencia del lugar donde se encuentren, a su domicilio, centro de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellos según lo precise el/la juez/a. De ser el caso, queda suspendido respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y otros relativos a la patria potestad hasta el total cumplimiento de esta medida.

f) La prohibición de comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el/la juez/a. Esta medida impide al/a la condenado/a establecer relaciones de cualquier tipo con dichas personas, por cualquier medio de comunicación, contacto escrito, verbal o visual.

g) La prohibición de desempeñar o participar en determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle al/a la condenado/a la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

h) La prohibición de portar o tener a disposición armas, municiones, insumos o elementos para elaborar explosivos o construir o acondicionar artefactos explosivos, equipos de comunicación, planos, croquis, informaciones de instituciones públicas o privadas o autoridades diplomáticas, listas de personajes o funcionarios públicos o privados, publicaciones o manifiestos relacionados con la actividad terrorista o con personas o grupos vinculados con las mismas o destinados a conseguir la liberación de internos por delito de terrorismo.

i) La obligación de seguir un tratamiento terapéutico.



J. Falconi Gálvez



J. Torrico H.

2. Para la imposición de estas medidas, el/la juez/a tiene en consideración las condiciones personales del/la condenado/a, la situación específica de la víctima, así como las circunstancias concretas del hecho.

#### **Artículo 8.- Ejecución de la vigilancia necesaria**

1. Las medidas de vigilancia necesaria se ejecutan después del cumplimiento de la pena impuesta al/a la condenado/a.
2. Si por cualquier razón las obligaciones o prohibiciones establecidas no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, se cumplen de forma sucesiva, sin perjuicio de que el/la juez/a proceda conforme a lo establecido en el artículo 9.

#### **Artículo 9.- Control judicial de la vigilancia necesaria**

1. En el caso de las medidas de vigilancia, el/la juez/a debe evaluar y verificar, por lo menos anualmente a partir del inicio de su ejecución, si las razones que motivaron su imposición subsisten, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

- a) Mantener las medidas de vigilancia necesaria.
- b) Modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, según resulte necesario para los fines de las medidas.
- c) Reducir su duración o incluso disponer su cese en atención al pronóstico positivo de reinserción que torne innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas.

2. En caso de incumplimiento de alguna de las medidas de vigilancia necesaria, el/la juez/a puede disponer, considerando las circunstancias concretas del caso, la conducta y actitud del/la condenado/a así como su grado de peligrosidad, la amonestación del/la condenado/a o su sustitución por la de custodia de seguridad, siempre que concurran las condiciones exigidas para tales efectos. En este caso, la custodia de seguridad no puede exceder el plazo inicialmente fijado por el/la juez/a.



J. Falconi Gálvez

#### **Artículo 10.- Duración de la vigilancia necesaria**

Las medidas de vigilancia necesaria tienen una duración máxima de cinco (05) años. El/la juez/a puede disponer que el control de estas medidas se realice a través de los medios electrónicos que lo permitan.

#### **Artículo 11.- Financiamiento**

La implementación de la presente Ley se financia con cargo al presupuesto autorizado de las Entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público



J. Torres

### **DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

#### **ÚNICA.- Reglamentación**

La presente Ley es reglamentada mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos en un plazo no mayor a los noventa (90) días calendario contados a partir del día siguiente de su publicación.

  
PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD  
Presidente de la República

  
MERCEDES ARAOZ FERNÁNDEZ  
Presidenta del Consejo de Ministros

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I. Aplicación de las medidas post-penales

El sustento del presente Proyecto de Ley reside en aplicar medidas de internación o restricción post-penal como complementos a la ejecución formal de la pena. Se trata de un sistema dualista que intenta ordenar el uso de control penal conforme a las características de los casos concretos. Sobre el particular, Maldonado Fuentes ha referido lo siguiente respecto al sistema dual en el Derecho penal:

*“Se concibe al dualismo como una fórmula compuesta en la que la medida de seguridad viene a llenar los ámbitos que la pena no puede cubrir en términos preventivos a partir de su innegable asociación con el presupuesto de la culpabilidad y con los límites naturales y jurídicos que dicha base plantea. Se la acepta, entonces (...) para casos en que la habitualidad, la reiteración o la tendencia delictiva lleven a suponer la inutilidad e insuficiencia preventiva de la pena que debiere imponerse acorde a la culpabilidad”<sup>1</sup> (las cursivas son nuestras).*

Por su parte, Silva Sánchez presenta otros argumentos que inciden en las bondades del sistema dualista:

“El sistema dualista (...) se completa con una serie de medidas adicionales, todas ellas ordenadas a garantizar la neutralización del delincuente, esto es, a asegurar que el mismo no volverá a ser fuente de riesgos para la comunidad. En esta línea se mueven, en primer lugar, las medidas de supervisión y control posteriores al cumplimiento de la condena (*supervised release, parole*) y establecidas en la propia sentencia. Con ellas se pretende mantener bajo control el momento, especialmente delicado, de reintegración en la sociedad del delincuente”<sup>2</sup>.

Como podemos apreciar, el sistema dualista ampara la aplicación subsidiaria de medidas de seguridad frente al riesgo objetivo que representa la reincidencia en la comisión de determinados actos delictivos cuya producción generaría el serio agravio que esta puede originar sobre bienes jurídicos de alcance colectivo (como la seguridad nacional o la continuidad del Estado social y democrático de Derecho), al igual que sobre atributos indesligables de sectores en situación de indefensión (como los menores de edad). Este paradigma de las medidas de seguridad ha ido experimentando ciertas reformas hasta

<sup>1</sup> Maldonado Fuentes, Francisco. “¿Se puede justificar la aplicación copulativa de penas y medidas de seguridad? Estado actual de las posiciones doctrinales que buscan dicho objetivo”. En: *Política Criminal*. Vol. 6, N° 12. Universidad de Talca. Santiago de Chile, 2011, p. 392. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v6n12/art05.pdf>.

<sup>2</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos”. En: Nieto Martín, Adán (Coord.). “Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam”. Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 2001, p. 704.



J. Falconi Gálvez



J. Torrico H.

llegar a lo que se conoce como el sistema de acumulación, en el que las medidas de seguridad constituyen medidas complementarias de la pena privativa de libertad<sup>3</sup>.

## II. Sustento de la medidas de monitoreo post-penitenciario desde el Derecho Penal y la política criminal

A decir de Cámara Arroyo: "Según los defensores de la reformas -sobre medidas post-penitenciarias- las nuevas medidas de seguridad estarían legitimadas toda vez que, por una parte, los conceptos de peligrosidad criminal y culpabilidad no están completamente disociados, pudiendo existir delincuentes plenamente responsables en los que se mantenga un diagnóstico de peligrosidad criminal una vez cumplida la pena; y, en segundo lugar, la sociedad no tiene por qué soportar una carga de riesgo frente a la posible comisión por parte de delincuentes especialmente peligrosos de futuros delitos: la libertad vigilada sirve de prevención frente a las potenciales víctimas"<sup>4</sup>.

La instalación de medidas de monitoreo post-penitenciario se descubre entonces como una plataforma de protección social que busca involucrar al condenado aún más en la reparación del conflicto penal; y no solo para la subsanación del tejido social dañado, sino también para garantizarle una mejor adecuación a las reglas sociales. A saber, tomando en cuenta que la reinserción social es el escenario óptimo a nivel penal, el Estado intenta generar nuevos espacios de reivindicación; una directriz alineada a los fines humanistas del régimen penitenciario (inciso 22, art. 139 de la Constitución).

De otro lado, conscientes de la apariencia desbordante que conlleva el aumento de medidas de monitoreo post-penitenciario es que se ha considerado que estas se otorguen conjuntamente con la sentencia, a efectos de que el/la juez/a pueda considerar anticipadamente la demarcación temporal entre la medida post-penal y el tiempo de condena, evitando atisbos de desproporcionalidad por fuera de los márgenes de censura que establece la conminación penal<sup>5</sup>. Con ello, a su vez, se genera un espacio de revisión de la medida, buscando que solo se aplique al finalizar la sentencia cuando fuese imprescindible (ver artículo 11 de la propuesta). De lo contrario, se habilita su suspensión o su supresión, de ser el caso.

A nuestro parecer, estas premisas se condicen con lo señalado en el punto 1 de la regla 4 de las Reglas de Mandela (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos): "Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, **en lo posible, la reinserción de los ex-reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo**" (resaltado nuestro).

<sup>3</sup> JAKOBS, G. "Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias a la pena", cit., p. 10; GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, cit., p. 900.

<sup>4</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. La nueva reforma penal en España. Peligrosidad, medidas de seguridad post-penitenciarias y blindaje del régimen político *en* Revista Ius Puniendi. Sistema Penal Integral, Año I, Vol 1, primer trimestre 2015, Ideas Solución Editorial, Lima, p. 443

<sup>5</sup> VON HIRSCH, A. (1998) *Censurar y castigar*, traducción de Elena Larrauri, Editorial Trotta, Madrid, p. 41.



J. Torrico H.

94

Desde la teoría penitenciaria existen también voces autorizadas que plantean esta versión dualista en la que la pena es acompañada por una medida de custodia posterior. Tal es el caso, de Sanz Morán, quien, siguiendo a Frisch, destaca: "la pena no está en condiciones de asumir con carácter exclusivo las distintas exigencias derivadas de la prevención especial que, en muchos casos, se satisfacen mejor con una adecuada combinación de penas y medidas"<sup>6</sup>.

Queda señalar también que estas medidas generan oportunidades de resocialización mucho más incisivas y personalizadas, las cuales son fundamentales para el tratamiento de la mayoría de personas involucradas en hechos delictivos<sup>7</sup>. Se resalta, precisamente, en el artículo 3º del presente Proyecto de Ley: "La custodia de seguridad se ejecuta en secciones especiales de un establecimiento penitenciario acordes con el grado de peligrosidad del condenado, siguiendo un plan individualizado de tratamiento orientado a facilitar su readaptación y reinserción social."

## II. 1 Naturaleza de las medidas post-penales

Tanto la custodia de seguridad como la vigilancia necesaria no se constituyen como tipos de penas. Se advierten más bien como medidas de seguridad complementarias a la pena privativa de libertad que bajo el principio de peligrosidad responden al nivel de adaptación social que tiene la persona, y que, por temas de practicidad y especialidad, deben desarrollarse en espacios especiales de los recintos penitenciarios o fuera de ellos pero bajo una supervisión.

Bajo esta premisa es que el proyecto de ley señala: "La custodia de seguridad se ejecuta en secciones especiales de un establecimiento penitenciario acordes con el nivel de aptitud o conducta problemática que presente la persona, y siguiendo un plan individualizado de tratamiento orientado a facilitar su readaptación y reinserción social." En el caso de la vigilancia necesaria, el aseguramiento consiste en imponer reglas de conducta, las mismas que incluyen reportes periódicos de la persona para monitorear sus avances o retrocesos de adaptación.

De ese modo, el Estado impone medidas que permiten la protección de la sociedad de peligros o daños sumamente gravosos como los son las violaciones a menores de edad o actos de terrorismo. La sociedad no puede cargar con un coste social tan grande de sujetos no rehabilitados que pueden seguir generando daños irreversibles. Por el contrario es el sujeto que con su conducta demuestra un alto grado de desprecio a la vida y la convivencia pacífica debe de asumir estos efectos.

De ese modo, queda claro que las medidas de seguridad analizadas nada tienen que ver con un aumento de las penas o una segunda condena, porque, no se imponen por la responsabilidad del hecho cometido, sino por el grado de peligrosidad del sujeto.

## II. 2 Personas sujetas a las medidas de monitoreo post-penitenciario

Las medidas post-penitenciarias propuestas en el presente proyecto de ley, no se plantean ajenas al conocimiento de perfiles criminológicos que pueden requerir medidas

<sup>6</sup> SANZ MORÁN, A. J. La peligrosidad criminal en LANDA GOROSTIZA, Jon-M (Ed.) y GARRO ENARA (Coord.) (2014) Delincuentes peligrosos, Editorial Trotta, Madrid, p. 77.

<sup>7</sup> BERISTAIN, A. (1985) El delincuente en la democracia, Editorial Universidad, Buenos Aires, p. 35.



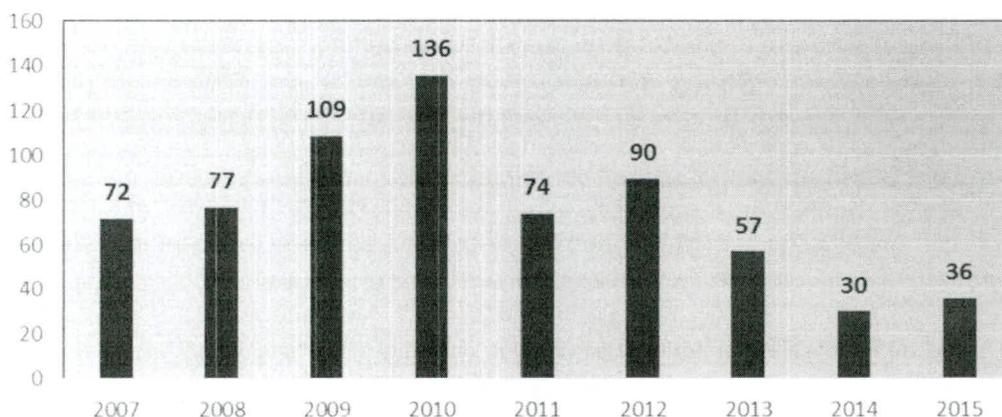
J. Torrico H.

diversas de tratamiento o diferenciaciones adicionales en la evaluación<sup>8</sup>. En este sentido, se ha considerado que las únicas personas que deben ser sujetas de custodia son aquellas recluidas por los delitos de terrorismo y conexos, y por agresiones sexuales graves, y siempre que se encuentren, al momento de hacer efectivas las medidas, en la etapa de máxima seguridad del régimen cerrado ordinario o en las etapas "C", "B" y "A" del régimen cerrado extra-ordinario.

### II.2.1. Internos por delitos de terrorismo y delitos conexos

A pesar de la poca cantidad de denuncias policiales sobre hechos vinculados al terrorismo (las cuales presentan ínfima cifra negra en cuanto al fenómeno), no puede desconocerse que cada acto individual representa el rezago de una ideología de violencia que puede expandirse en mayor o menor medida. A continuación colocamos las cifras policiales:

Denuncias policiales Apología-Terrorismo (2007-2015)



Fuente: Anuario PNP

El monitoreo permanente de las personas involucradas en esta problemática resulta justificada debido al nivel de adoctrinamiento que han internalizado, el mismo que muestra una solidez particular debido al tiempo que proviene desde sus orígenes como movimiento. Si bien las etapas álgidas de violencia política terminaron a mediados de los '90, ello no implica necesariamente el abandono de una ideología de violencia instrumental frente al Estado. Justamente, en un estudio sobre legislación anti-terrorista que incluye acápites penitenciarios del caso peruano a finales de los '80, Kai Ambos (1989) relata, en cuanto a la actitud de reclusos por terrorismo, que una "recusación total de la autoridad estatal se fortaleció y los detenidos empezaron muchas veces con acciones de resistencia pasiva para imponer sus demandas" (p. 126).

Queda precisar que la perspectiva de violencia de la ideología extrema, directora de los actos terroristas, retrata al Estado como el titular máximo de la maldad, la violencia y el terror. Como contraparte, describe Degregori, "el pueblo expresa un odio siempre infinito o 'indescribible'"<sup>9</sup>. Entendida así la historia, es lógico que la política sea comprendida

<sup>8</sup> ECKERT, H. U. (1996). La misión de tratamiento en la Ejecución Penal, KL Ediciones, Lima, p. 95.

<sup>9</sup> DEGREGORI, Carlos Ivan (1990). Ayacucho 1969-1979. El surgimiento de Sendero Luminoso, 2da. edición, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, p. 183.

únicamente como confrontación, y en estos términos, que la el encarcelamiento represente únicamente condiciones de prisión en el marco de una guerra.

De esta forma, la reclusión, tomada casi como un sitio de transición para rehenes, podría resultar insuficiente para aplacar la ideología de violencia que estas personas han desarrollado de manera permanente. Un indicador, al respecto, va a ser el respeto que la persona guarde por las normas del recinto, lo cual, a su vez, se verá reflejado en el régimen penitenciario y la etapa en la que aquella se encuentre ubicada. A saber, su clasificación en etapas que suponen gran nivel de problematicidad en sus conductas y/o actitudes va a permitir desprender la persistencia de su renuncia y, por lo mismo, expresiones de necesaria intervención.

Por lo señalado, y a efectos de no perjudicar a personas que han evolucionado correctamente durante su etapa penitenciaria, se ha considerado que solo los internos por terrorismo que se encuentren en las etapas de máxima seguridad, "C", "B" o "A", serán pasibles de tales medidas post-penitenciarias. Sobre el particular, a noviembre de 2017, este universo está representado por doscientos veintisiete (227) internos, los cuales representan el 66.8% del total de internos por terrorismo. A continuación, colocamos las cifras a detalle por régimen y etapa:

Total General	Total R.C. Ordinario	R.C. Ordinario			Total R.C. Especial	R.C. Especial			Sin Régimen
		Máxima Seguridad	Mediana Seguridad	Mínima Seguridad		A	B	C	
<b>340</b>	<b>206</b>	<b>99</b>	<b>41</b>	<b>66</b>	<b>128</b>	<b>49</b>	<b>30</b>	<b>49</b>	<b>6</b>

Fuente: INPE

## II.2.2. Internos por delitos de violación sexual

De acuerdo con los resultados del I Censo Penitenciario, un 17.9% de los internos en establecimientos penitenciarios del país, se encuentran reclusos por la comisión de delitos sexuales, siendo esta categoría la tercera con mayor porcentaje de internos, después de la de delitos patrimoniales y delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas.

Este dato es particularmente preocupante si consideramos que se trata de delitos que cuentan con una cifra negra muy alta, esto es, los delitos que se cometen, pero no se denuncian por diversos motivos. Además, se debe también considerar que las cifras que reporta el sistema penitenciario es el remanente del flujo de las cifras que van desde la incidencia real de delitos sexuales, la cifra calculada en base a encuestas de victimización, el número de casos que se denuncian a la policía, los que llegan a la fiscalía, los que llegan a juicio y los que son resueltos. Así, incluso considerando ello, tenemos que los internos por delitos sexuales representan el tercer grupo más significativo de la población penitenciaria en el Perú, con lo que es posible decir que los



J. Torrico H.

delitos de violencia sexual tienen una muy alta incidencia en el país y actualmente están afectando a una gran cantidad de mujeres y niños.

Así pues, conforme se aprecia del siguiente gráfico<sup>10</sup>, casi la mitad de internos por delitos sexuales (6,613) vienen cumpliendo sentencia por el delito de violación sexual a menor de edad lo cual constituye un total de 48.5% respecto del total de internos por delitos sexuales. En la literatura especializada se conoce a estos supuestos como violaciones sádicas tomando en cuenta el nivel de vulnerabilidad y trauma que se genera en la víctima: "La violación es la formas que adopta el sadismo, el método especial elegido por el sádico para procurarse la forma de infligir daño a otra persona. Su sadismo puede verse satisfecho solo con la violación, o requerir otras formas"<sup>11</sup>.



De otro lado, de acuerdo con el censo penitenciario, un 6.1% (699) de internos por delitos sexuales en general han sido sentenciados previamente a una pena efectiva. La mayoría de estos internos se encuentran cumpliendo pena privativa de libertad por el delito de violación sexual o por violación sexual de menores; de ellos más de un tercio (38.5%) cometió anteriormente robo y robo agravado **y un cuarto (26.5%) delitos sexuales**, tal como se aprecia del siguiente gráfico<sup>12</sup>:

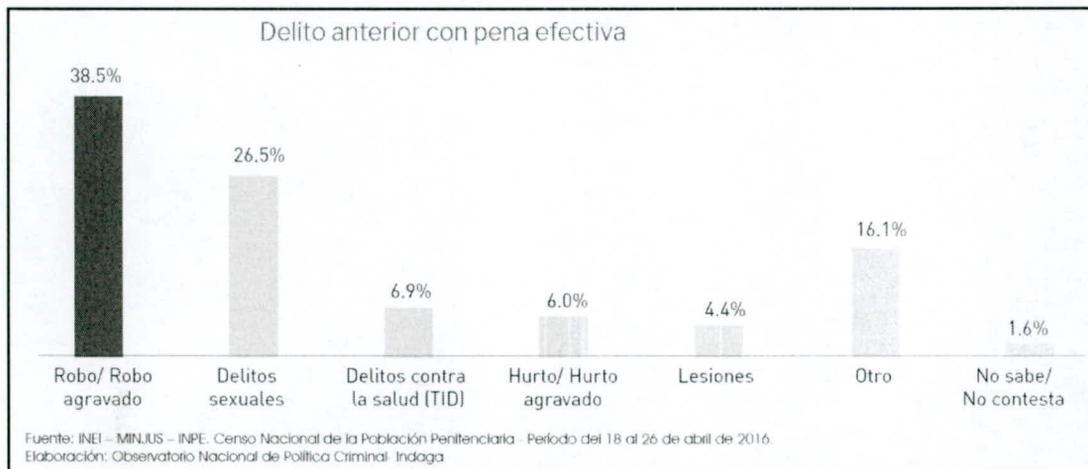


J. Torrío H.

<sup>10</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. Crímenes patrimoniales, tráfico de drogas y agresiones sexuales. Lima, 2017, p. 101.

<sup>11</sup> MASTERS, R. E. L. y LEA, E (1970). Sexualidad criminal en la historia, traducción de Miguel Giménez Sales, Ediciones Picazo, Barcelona, p. 24.

<sup>12</sup> OBSERVATORIO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL. Ob. Cit., p. 110.



Existen a su vez datos cualitativos que permiten registrar un perfil relativo del agresor sexual. A decir de Urra Portillo “para llegar a ser agresor sexual, se ha tenido que producir una distorsión cognitiva desde la infancia (fantasías masturbatorias). Acaban siendo muy machistas en sus pensamientos sobre el papel de la mujer en la sociedad. Suelen combinar una alta autoestima y un elevado egocentrismo; cuando añaden apetencia sexual, el resultado es letal”. Asimismo destaca el especialista que “poseen algunos rasgos empáticos hacia las personas, mucho menor respecto a las víctimas de abusos sexuales y nulos en relación a los que son sus víctimas”. Por último, señala que estas personas poseen un alto riesgo de reincidencia<sup>13</sup>.

Además de dejar en completa evidencia la compleja personalidad que suelen tener los agresores sexuales, Eidelberg deja ver a su vez, la complejidad de la solución subjetiva durante el tratamiento, de lo cual se desprende la gran dificultad que supone el abordaje de esta problemática. Relata el autor alemán: “Durante el análisis cada paciente reconoció que la violación representaba un acto que gratificaba sus impulsos sexuales y agresivos. Aunque se oponían violentamente a esa forma de gratificación, esa objeción no eliminaba por sí misma el deseo de violar. Éste comenzó a desvanecerse sólo luego que el análisis trajo a luz recuerdos infantiles que habían sido reprimidos y parecían ser responsables de la necesidad de violar<sup>14</sup>”.

Estos datos cuantitativos y cualitativos nos llevan a plantear que sean los propios parámetros penitenciarios los que permitan definir a aquellos internos que pueden ser objeto de las medidas post-penitenciarias por aparentar renuencia y animadversión al tratamiento. De este modo, al igual que lo referido para los casos de terrorismo, se considera pertinente tomar en cuanto a aquellos que se encuentran las etapas de máxima

<sup>13</sup> URRIA PORTILLO, Javier (2003). Agresor sexual. Casos reales/riesgo de reincidencia, Editorial EOS, Madrid, p. 272.

<sup>14</sup> EILDEBERG, L. (1965). Psicología de la violación, traducción de Daniel Ricardo Wagner, Ediciones Hormé, Buenos Aires, 27.

seguridad, "C", "B" o "A" (2310 internos). A continuación colocamos el detalle de este universo de personas reclusas:

Total General	Total R.C. Ordinario	R.C. Ordinario			Total R.C. Especial	R.C. Especial			Sin Régimen
		Máxima Seguridad	Mediana Seguridad	Mínima Seguridad		A	B	C	
12,605	12,082	1,833	4,911	5,338	477	208	75	194	46

Fuente: INPE.

### II.3. Consideraciones preliminares:

- **Legitimidad del trato diferenciado:** Fundado en la *tendencia* de los infractores de ciertos tipos penales a *albergar ciertos factores intrínsecos* que no les permiten inhibirse de la realización de conductas proscritas y que dificultan la concreción de los fines de la pena.
- **Su imposición está sujeta a la valoración del juez:** Contrario a lo que pudiera pensarse, *no sustentamos esta posición en una suerte de determinismo*, sino en factores que revelan una tendencia que debe ser objeto de evaluación objetiva por parte de profesionales. Ellos determinarán si el interno ha logrado inhibir su impulso para realizar actos antijurídicos similares a los que ameritaron su condena y, en consecuencia, determinar si los fines de la pena fueron satisfechos. De ser el caso, si se determina que no existiría proclividad a la reincidencia, el juez se abstendrá de imponer esta medida.
- **El interés preponderante:** La aplicación del sistema dual se funda exclusivamente sobre delitos de alta repercusión política y social, que determina la protección de bienes jurídicos individuales y colectivos que garanticen la plena defensa de la persona humana y la continuidad del Estado social y democrático de Derecho.
- **Proporcionalidad de la medida:** La decisión de aplicar la internación sobre personas imputables deberá estar fundada en que la medida limitadora en el ejercicio de la libertad individual sea *adecuada y necesaria* para proteger determinados bienes jurídicos de alto impacto social y político, deviniendo entonces en *proporcional* el grado de satisfacción en la protección de los referidos bienes en comparación la limitación de los derechos del condenado.
- **Parámetros legales de aplicabilidad:** Además de lo referido, el Proyecto de Ley establece lineamientos que claramente establecen la aplicación de las medidas, factor que favorece el resguardo del principio de legalidad. Así, las personas susceptibles de internamiento son los condenados por terrorismo y abuso sexual. Será impuesta conjuntamente con la pena cuando exista un pronóstico grave y fundado de reincidencia. Antes de ser ejecutada, el juez verificará si se mantienen las circunstancias que dieron lugar a su imposición. En caso de ser ejecutada, su duración no excederá los diez años.



J. Torrico H.

De esta manera, la incorporación del sistema dualista que permitiría aplicar la custodia de seguridad y la vigilancia necesaria revela su constitucionalidad, como también su legalidad al enmarcarse en el principio de proporcionalidad, coadyuvando, también a la materialización de los fines de la pena, previstos en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, al hacer posible que la ejecución de esta medida se oriente a reeducar y rehabilitarlo, minimizando la proclividad en la ejecución de conductas patológicas vinculadas al delito por el que fue condenado, con lo cual se haría posible su reinserción en la sociedad.

### III. Fundamentos de orden constitucional

Para establecer la constitucionalidad de esta propuesta, se pueden plantear diversos argumentos. En general, estos pasarán que finalmente se consolidarán en la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, para establecer que se trata de restricciones razonables y proporcionales a derechos fundamentales, además de plantear que el trato diferenciado que establecen no genera una distinción no justificada o irrazonable.

#### III.1. Aplicación del test de proporcionalidad en la limitación de derechos

Las medidas propuestas en el proyecto de ley generan restricciones al derecho a la libertad personal. Por ello, se hace necesario determinar si dichas restricciones son constitucionales.

El mecanismo que se ha establecido para ello es el denominado "test de razonabilidad y proporcionalidad" o "test de proporcionalidad", que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, incluye tres subprincipios: idoneidad o adecuación (injerencia en derechos fundamentales debe responder a un objetivo constitucionalmente legítimo); necesidad (injerencia en derechos fundamentales debe ser necesaria, por lo que no debe existir otro medio alternativo con la misma idoneidad que afecte menos el derecho afectado) y proporcionalidad en sentido estricto o *strictu sensu* (grado de realización de objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación al derecho fundamental)<sup>15</sup>.

##### III.1.1 Subprincipio de idoneidad o de adecuación

Su aplicación implica que toda restricción debe ser útil para conseguir un fin constitucionalmente legítimo.

En el Proyecto de Ley, el **objetivo constitucional** es *proteger la continuidad del Estado social y democrático de Derecho, como también la indemnidad sexual* (especialmente de grupos en estado de indefensión), bienes jurídicos de importancia central para la convivencia en una sociedad determinada.

<sup>15</sup> Cfr., entre otras, STC 0048-2004-PI/TC, FJ 65.



J. Torrico H.

Ello se puede reconducir también a la protección del orden interno, esto es, un estado de tranquilidad o paz social que permita la convivencia y el desarrollo del proyecto de vida de cada persona. Se trata de un bien jurídico que tiene protección constitucional<sup>16</sup>.

### III.1.2 Subprincipio de necesidad

Este subprincipio se refiere a que no debe existir otra medida alternativa que vulnere en menor medida los derechos y, al mismo tiempo, consiga el fin en igual o mayor medida.

Al respecto, se puede constatar que el proyecto plantea, por un lado, la denominada "custodia de seguridad" y, por otro, las medidas de "vigilancia necesaria". Se busca que estas restricciones, entendidas como un todo, permitan una mayor eficacia en la protección de bienes jurídicos de suma importancia, como se señalaba al analizar el anterior subprincipio.

De esta manera, se prevé que personas sobre las cuales no han surtido efectos los fines de la pena (como la resocialización) sean beneficiarios de la custodia de seguridad o vigilancia necesaria para que, luego de su reevaluación (judicial), puedan reinsertarse en la sociedad.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que en lo relativo al ámbito objetivo (de los delitos en cuyos casos se podrían aplicar estas medidas), se trata de las personas condenadas por terrorismo y abuso sexual, supuestos en los cuales se presenta reincidencia en este tipo de conductas o en la realización de otro tipo de acto delictivo que podría estar vinculado a los que fueron condenados.

Como se ha señalado, uno de los factores preponderantes para esta fórmula legal es la **proclividad a la reincidencia** de los condenados por esta clase de delitos. Por tal motivo, para que las medidas propuestas satisfagan el análisis de constitucionalidad sobre el trato diferenciado, es imprescindible analizar el grado de proclividad a la reincidencia de los condenados por esta clase de delitos. Ello nos permitirá comprobar que esta se encuentra condicionada con factores intrínsecos que les impiden inhibir su realización, con lo cual se fundamenta la propuesta en aras de resguardar los derechos fundamentales y la continuidad del Estado social y democrático de Derecho.

En el caso específico de la **proclividad a la reincidencia de los agresores sexuales**, esta propuesta se ampara en el alto índice de reincidencia de las personas condenadas por los delitos contemplados en los mencionados artículos del Código Penal.

Conforme refiere Solís Serrano, ello se constata en el siguiente fundamento:

"Otro apartado distinto se merecen los psicópatas agresores sexuales, donde se ha comprobado que *entre un 20% y 40% de agresores muestran un alto riesgo de*

<sup>16</sup> A dicho bien jurídico se hace referencia en la Constitución peruana vigente (del año 1993), en los artículos 118 inciso 4 (al establecer como atribución del Presidente de la República el velar por él), 166 (se encarga su protección a la Policía Nacional), 137 y 166 (las Fuerzas Armadas asumen su mantenimiento en el caso de los regímenes de excepción).



J. Torrico H.

*reincidencia* máxime cuando la motivación que les mueve es la violencia sádica, la venganza y/o la hostilidad, siendo uno de los componentes fundamentales de la violación el factor poder, dominio, violencia o humillación sobre la víctima y su única expresión es la sexual. (...) Con este panorama (...), las personalidades psicopáticas representan un grave peligro para la sociedad, dada su tendencia a la criminalidad, y en especial a la comisión de delitos de carácter violento, a la vez que presentan un alto riesgo de reincidencia"<sup>17</sup> (las cursivas son nuestras).

Este tipo de circunstancias ha sido ya advertida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 0012-2010-AI.

En este caso, el colegiado avaló el trato legislativo diferenciado sobre los condenados por el delito de violación sexual en agravio de menores de edad, al confirmar la constitucionalidad de su exclusión como beneficiarios del indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional.

El Tribunal sustentó su fallo al reconocer que la intervención en la igualdad de trato fue de carácter leve, al señalar lo siguiente:

"Una intervención (...) es de *intensidad leve* cuando se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución [artículo 2 inciso 2] y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 35).

En el presente caso, *la diferenciación de trato* no se sustenta en ninguno de los motivos expresamente prohibidos por el artículo 2, inciso 2, de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), sino *en la distinta condición del sujeto pasivo del delito de violación sexual* (menor de edad, en un caso; mayor de edad, en el otro). (...) Por consiguiente, en el caso *sub exámine*, la intervención en el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, es de intensidad leve"<sup>18</sup>.

Las mismas consideraciones son susceptibles de ser aplicadas sobre el análisis de la proclividad del condenado por abuso sexual de reincidir en esta conducta. Ello puede hacer previsible, en función de los hechos analizados dentro del proceso penal, apreciar al juez la idoneidad de establecer tras el término de la pena la medida de internación sobre el imputable agresor sexual o el cumplimiento de las reglas de conducta propuestas. Asimismo, cabe precisar que la medida prevista en la sentencia es condicional, es decir, está sujeta a una evaluación del sentenciado, realizada previamente al término de su condena.



J. Torrico H.

<sup>17</sup> SOLÍS SERRANO, F. "Los psicópatas, una especie sin peligro de extinción. Agresores sexuales". En: Avilés Gómez, Manuel (Coord.). "Delitos y delincuentes". Editorial Club Universitario. Alicante, 2010, pp. 358-359.

<sup>18</sup> STC N° 0012-2010-AI, FJs. 14-15.

En relación con la **proclividad a la reincidencia de los actos terroristas**: Los condenados por terrorismo albergan una ideología contraria a la democracia que los conmina a realizar actos ilegales dirigidos a instaurar un orden político totalitario, que atenta contra el rasgo social y democrático del Estado peruano. Esta tendencia se puede apreciar claramente en la siguiente cita:

“Alonso-Fernández (...) recoge la dimensión de irracionalidad del terrorismo. (...) [Entre ellas destacan] las abundantes distorsiones de la realidad encerradas en sus ideales y en su absolutización. (...) Nos encontramos ante el fanático. Como puede apreciarse el discurso de *la irracionalidad del terrorismo acaba indefectiblemente en la psicopatología del individuo*. (...) Casi todos [los terroristas] asumen el [rasgo] de ‘fanatismo luchador o combativo’. (...) *A lo largo de la vida se alternan fases de apagamiento o suspensión del fanatismo con otras de encendido y activación*”<sup>19</sup> (las cursivas son nuestras).

En caso esa tendencia, pese a haber cumplido condena en un establecimiento penitenciario, se mantenga, las medidas propuestas en el proyecto de ley pueden revertir la situación, mientras no se produzca la plena resocialización, en la preservación del Estado social y democrático de Derecho, sobre el cual el Tribunal Constitucional ha destacado lo siguiente:

“La configuración del Estado social y democrático de Derecho requiere no sólo de la exigencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos –lo que exige una relación directa de las posibilidades reales y objetivas del Estado con la activa participación de los ciudadanos en el quehacer estatal- sino, además su identificación con los fines de su contenido social, a efectos de que pueda evaluar tanto los contextos que justifiquen su accionar, como aquellos que justifiquen su abstención, evitando convertirse en un obstáculo para el desarrollo social”<sup>20</sup>.

Las medidas de seguridad planteadas se presentan como complementos a la pena que buscan la protección de la sociedad, el fin que buscan alcanzar no es otro que la prevención de nuevos actos dañosos graves que repercutan de modo significativo en la convivencia y la seguridad de la comunidad pero además la reinserción del sujeto de un modo seguro. Este objetivo solo sería posible para el caso de los sentenciados por violación a través de la llamada castración química posterior al cumplimiento de la pena, de un modo que evite que cometa nuevas condenas, pero esta medida evidentemente es mucho más lesiva que la aquí planteada, por ser considerada como una pena cruel e inhumana. Para el caso del terrorismo, es aun mas clara la necesidad de esta medida pues no existe medida alternativa alguna que logre el objetivo de la prevención especial y general del sistema penal.

### III.1.3 Subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*:

<sup>19</sup> RODRIGO ALSINA, M (1991). “Los medios de comunicación ante el terrorismo”. Icaria. Barcelona, p. 105.

<sup>20</sup> STC N° 7320-2005-AA, FJ. 5.



J. Torrico H.

Una restricción legítima debe generar una satisfacción mayor del fin legítimo (derecho fundamental o bien jurídico) que afectación de otro derecho fundamental o bien jurídico.

Al respecto, existe relación directa entre la aplicación de la medida con el beneficio obtenido a través del aseguramiento de la continuidad del Estado social y democrático de Derecho, como también de los derechos fundamentales, al limitarse el ejercicio de la libertad individual de quienes aún no han logrado rehabilitarse y, en consecuencia, reinsertarse en la sociedad.

Una vez que su rehabilitación sea verificada en el cumplimiento de la medida, el individuo podrá concluir con la misma y reinsertarse socialmente, razón por la cual la medida **no vulnera la dignidad, la libertad personal ni los demás derechos fundamentales de los condenados**, puesto que la adopción de la medida no constituye una forma de agravamiento de la pena, sino una medida de seguridad, destinada a crear condiciones que permitan la rehabilitación efectiva de la persona, a efectos de reinsertarlo en la sociedad cuando tal objetivo haya sido cumplido.

Debe, además, tenerse en cuenta que un elemento que permite en mayor medida justificar la constitucionalidad de las medidas es que se trata de restricciones impuestas por un órgano jurisdiccional, al momento de emitir la sentencia condenatoria. Adicionalmente, el hecho de que es evaluada nuevamente antes de su imposición efectiva (dos meses antes) y tiene una nueva posibilidad de revisión, cada año, durante el tiempo en que mantenga su vigencia.

### ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

Es fundamental resaltar que la custodia de seguridad y la vigilancia necesaria serán ejecutables -mínimamente- en 20 ó 30 años, conforme a las penas asignadas en los delitos comunes pasibles de tales medidas y se hará con cargo al presupuesto de cada sector involucrado. A saber, si bien aquellas se aplicarían con la sentencia que señala la pena, será al culminar la misma que recién podrán cobrar vigencia, conforme a la evaluación que en ese momento realice el operador jurídico. De ello se desprende que no existe una irrogación de gastos al tesoro público ni a corto ni a mediano plazo.

Considerando los lineamientos normativos del presente proyecto, la custodia de seguridad solo será aplicada de modo muy excepcional, y mientras que la vigilancia necesaria que sería la medida más común, al no implicar manutención de internos, puede ejecutarse con menores recursos conforme ocurre con las reglas de conducta actualmente aplicables. No obstante, el universo de sujetos a los que se aplique cualquiera de estas medidas será mínimo, pues no será de aplicación automática por el solo hecho de ser sentenciado por cualquiera de los delitos que prevé la norma (violación de menores de edad, terrorismo o reincidencia de delitos de violación sexual) sino que solo se aplicará a aquellos sujetos que representen un peligro real para la sociedad.



J. Torrico H.

En cuanto al beneficio social, la incorporación de la presente medida contribuye al reforzamiento de los regímenes de tratamiento, buscando garantizar una debida reinserción social, además de evitar actos reincidentes que perjudiquen la tranquilidad social.

### **IMPACTO DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL**

La aprobación de la presente norma implica generar una herramienta eficaz que permitirá optimizar el control y el tratamiento de egresados de establecimientos penitenciarios que persisten en conductas y aptitudes problemáticas. Asimismo, el esfuerzo redundará en la protección integral de sociedad, reparando las expectativas de todos los ciudadanos, incluyendo a la persona objeto de la medida.

Finalmente, precisar que con la entrada en vigencia de la presente norma, se complementan las normas penales referidas a medidas de seguridad, además de las normas penitenciarias que regulan aspectos post-penitenciarios.



J. Torrico H.