



Sumilla: Conforme con los estándares establecidos por la Corte IDH, para efectos de determinar la excarcelación de un interno por razones de salud, se debe evaluar:

a) Si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permite el ejercicio mínimo de derechos básicos, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen.

b) Se deben considerar i) Las condiciones del centro o ámbito donde está reclusa la persona enferma. ii) Las posibilidades reales de adecuada atención a su padecimiento. iii) La probabilidad de trasladarla a otro sitio dentro o fuera del propio sistema carcelario para darle atención. iv) El pronóstico médico respecto a las complicaciones que el caso pudiera presentar en el supuesto de prolongarse su reclusión.

c) Si es imposible asegurar la vida e integridad, entonces, se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad como medida de carácter extraordinario.

d) Si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.

e) Los jueces deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada.

En el presente caso, el condenado advierte comorbilidades que no obligan a inaplicar normas legales vigentes que se condicen con los parámetros de la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales, sin embargo, en el inédito contexto de la pandemia por el COVID-19, amerita una medida garantizadora de protección de su vida y salud.

AUTO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN N.º 6

Lima, dos de noviembre de dos mil veinte

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS: En audiencia pública, el recurso de apelación formulado y sostenido por escrito por la defensa técnica del sentenciado **RICARDO CHANG RACUAY**, con los recaudos adjuntos y las





Firmado digitalmente por BARRIOS
ALVARADO Elva FAU 20159981216
soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 19:15:39 -05:00

precisiones efectuadas en la citada audiencia, en el proceso que se le sigue por el delito de cohecho pasivo específico, en agravio del Estado.

Interviene como ponente en la decisión el señor **NEYRA FLORES**, juez de la Corte Suprema e integrante de la Sala Penal Especial (en adelante, SPE).

I. DECISIÓN CUESTIONADA

Viene en grado de apelación la Resolución N.º 15, de fecha 24 de agosto de 2020 (folios 991-1040), emitida por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante, JSIP), que resolvió:

I. DECLARAR IMPROCEDENTE la conversión de pena privativa de la libertad efectiva de cinco (5) años, siete (meses) y quince (15) días, en ejecución, por la pena de vigilancia electrónica personal.

II. DECLARAR IMPROCEDENTE el **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD** y **CONTROL DIFUSO** respecto al literal c del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 y segundo párrafo del literal b del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300.

[...]

II. PRINCIPALES FUNDAMENTOS DEL JSIP

El JSIP declaró improcedentes los pedidos presentados por la defensa técnica del condenado Chang Racuay, por las siguientes razones:

2.1. Cuando la condena es por delito de cohecho pasivo específico, la conversión de pena en ejecución de sentencia es manifiestamente improcedente por mandato expreso de la ley.

2.2. El Instituto Nacional Penitenciario (en adelante, INPE) es el ente rector del sistema penitenciario nacional, por tanto, es el responsable de los servicios brindados al interior del penal, por lo que, cualquier vulneración a los derechos del interno debe ser competencia de este ente.

2.3. El recurrente fue condenado en un proceso penal con todas las garantías del debido proceso, se le impuso una pena dentro de los parámetros constitucionales y legales, la que cumple en dichos términos, así también, las prohibiciones de conversión fueron preexistentes y conocidas por el solicitante antes de ser sentenciado.



Firmado digitalmente por NEYRA
FLORES Jose Antonio FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 21:22:02 -05:00



Firmado digitalmente por GUERRERO
LOPEZ Ivan Salomon FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 20:13:11 -05:00



2.4. Sobre el control de convencionalidad, la pandemia es un hecho notorio, pero existen medidas de aislamiento social obligatorias, además, de normas que le hacen frente como la Resolución Ministerial N.º 084-2020/MINSA, de 7 de marzo de 2020, modificada por Resolución Ministerial N.º 283-2020-MINSA. Lo que tiene relación con la Resolución N.º 1/2020, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.5. Frente a las recomendaciones efectuadas por el Estado peruano: a) El Poder Judicial ha emitido directivas urgentes para la reforma o cesación de prisión preventiva que se viene ejecutando a nivel nacional. b) El Poder Judicial en sendas resoluciones administrativas designó órganos jurisdiccionales de emergencia para atender los requerimientos de investigados y condenados. c) Para sentenciados, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Supremo N.º 004-2020-JUS, los Decretos Legislativos N.ºs 1459 y 1513.

2.6. No se acreditó que las condiciones de detención en cuanto a alimentación, salud (las enfermedades eran preexistentes), saneamiento y medidas de cuarentena, para impedir el contagio intramuros del COVID-19, se hayan visto afectadas, menos que no cuente con atención médica si lo requiere o que no hayan adoptado las medidas de seguridad y orden; o que haya sufrido alguna restricción indebida.

2.7. Por principio de inmediación, se apreció que el condenado se encuentra estable y con buen estado de salud, lo que se condice con el Informe Médico N.º 966-2020-INOE/18-234-SALUD, en el que también se señala que se encuentra recibiendo control y tratamiento por especialistas. El INPE ha adoptado e implementado diversas medidas sanitarias acorde con las medidas dictadas por el Ministerio de Salud, lo que no ha sido materia de cuestionamiento.

2.8. Sobre el análisis del control de convencionalidad, no se especificó la disposición del tratado que no se está cumpliendo. No se denuncia que esté cumpliendo penas inhumanas. La pena privativa de libertad es constitucional y legal, no se puede dejar sin efecto resoluciones en autoridad de cosa juzgada, ni modificar sentencias ni tardar su ejecución. El derecho a la ejecución de sentencias forma parte de la tutela judicial efectiva. La pena está siendo cumplida en los términos en



que fue impuesta y frente a la pandemia se viene implementando una serie de medidas sanitarias. La prohibición para sentenciados por delitos de corrupción corresponde al esfuerzo del Estado en la lucha contra la corrupción y cumplimiento de sus obligaciones internacionales. La conversión de la pena no es un derecho.

2.9. La afectación al derecho a la salud tiene una vía correspondiente para ser satisfecha.

2.10. Sobre el control difuso: a) Las normas superan el control de constitucionalidad y prohíben expresamente acceder a la conversión de pena y vigilancia electrónica a sentenciados por delitos de corrupción de funcionarios. b) Las alegaciones se refieren a su estado de salud, pero esto no corresponde evaluar a las normas citadas, por lo que no supera el juicio de relevancia para proceder al control difuso. c) Sobre la interpretación, la prohibición es expresa. Las normas se vinculan a los principios del Código Penal (en adelante, CP), como el de legalidad. La norma del artículo 52-A del CP no se aplica de forma igual a todos los sentenciados, contiene un tratamiento desigual, pero no infracciona la constitución, al ser parte de la política criminal del Estado en la lucha contra la corrupción. Además, no genera desigualdad en el condenado porque cumplirá la sentencia en los términos que fue dictada. d) Frente a la pandemia del COVID-19 el Estado peruano ha implementado una serie de medidas sanitarias de obligatorio cumplimiento, en tanto el riesgo de contagio no solo es intramuros, sino también fuera.

2.11. Las normas prohibitivas, ahora cuestionadas, no fueron emitidas durante la pandemia, son preexistentes y no hay declaratoria de inconstitucionalidad contra ellas.

2.12. Atendiendo a la regulación legal, tampoco procede la remisión condicional de pena.

III.FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Y PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

La defensa técnica del sentenciado **RICARDO CHANG RACUAY** interpuso recurso de apelación mediante escrito de folios 1046-1145, en el cual alega básicamente los siguientes argumentos:



3.1. En relación a la pretensión impugnatoria principal (revocatoria), el JSIP uso la misma argumentación de la resolución que fue anulada en una primera oportunidad. No obstante, el JSIP declara improcedente su solicitud, de una lectura adecuada e íntegra de la resolución, en realidad ha realizado estimaciones de fondo en la parte considerativa. Lo que autoriza a la SPE a realizar un pronunciamiento de fondo.

3.2. El JSIP cometió un error de hecho, pues si bien se declaró la improcedencia, la defensa no se basó solo en la aplicación de la ley, sino en el principio de garantía de ejecución (artículo VI del Título Preliminar del CP), así como en normas nacionales e internacionales y su jurisprudencia vinculadas al control de convencionalidad y difuso para no aplicar las exclusiones normativas por el riesgo real e inminente a la vida, salud e integridad del condenado Chang Racuay en el contexto de la pandemia originada por el COVID-19.

3.3. La defensa no ha discutido que la pena privativa de libertad impuesta inicialmente sea ilegal (tampoco las normas preexistentes que sustentan su ejecución), lo que cuestiona es su ejecución, pues al ser el condenado una persona que pertenece al grupo de riesgo, con alto grado de vulnerabilidad en el contexto de pandemia, la ejecución debe variarse por una pena alternativa (que no sea de carácter efectiva). Esto se fundamenta en el principio de humanidad: no puede dejársele morir en la cárcel. Las exclusiones normativas son causas de improcedencia radical, pero no se hicieron pensando en que por la pandemia el condenado formaba parte de un grupo de riesgo.

3.4. El juez debe considerar este contexto asumiendo un rol humano, pues en momentos de excepción se requieren soluciones de excepción.

3.5. La Organización Mundial de la Salud determinó al brote COVID-19 como una pandemia, el MINSA declaró el estado de emergencia sanitaria, el Poder Judicial también ha proferido regulación en este contexto para resolver de oficio y/o a pedido de parte la situación jurídica de procesados y sentenciados. Ello porque todos somos vulnerables al COVID-19, pero hay un grupo de especial riesgo, en el que se encuentra Chang Racuay. El JSIP no ha observado las comorbilidades del condenado, su alto grado de vulnerabilidad y como ello influye en la problemática que se presenta a la judicatura.



3.6. Con Resolución Ministerial N.º 084-2020/MINSA, del 7 de marzo de 2020 (modificado por Resolución Ministerial N.º 193-2020/MINSA, del 13 de abril de 2020), se aprobó el “Documento técnico: atención y manejo clínico de casos de Covid-19, escenario de transmisión focalizada”, en el que ha precisado qué personas integran grupos de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte, para personas mayores de 60 años, así como las comorbilidades: hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer, otros estados de inmunodepresión. Por ende, es un grave error del JSIP haber utilizado la Resolución Ministerial N.º 283-2020-MINSA, del 13 de mayo de 2020, pues esta solo tiene contenido laboral, no se puede aplicar a este caso, debido a que no modifica los grupos de riesgo.

3.7. La defensa acredita que el condenado adolece de un grave estado de salud con enfermedades incurables y conforma el grupo de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte frente a la pandemia del COVID-19. La salud de su defendido ha empeorado, se incrementaron sus afecciones cardiovasculares. Conforme a la Historia Clínica N.º 2005028 de la Clínica Internacional se puso en conocimiento al JSIP las enfermedades del condenado que representan un estado de vulnerabilidad que lo hacen pertenecer al grupo de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte frente a la pandemia del COVID-19: hipertensión arterial, fibrilación auricular, diabetes mellitus tipo 2, nefropatía diabética, insuficiencia renal crónica y obesidad. Además, padece otras complicaciones médicas.

3.8. El JSIP considera que el centro penitenciario es como una clínica, desconociendo que el condenado ha tenido que convivir en muchas ocasiones con los cuerpos de fallecidos por el COVID-19, además de otras circunstancias de nuestra realidad carcelaria, como el hacinamiento y desprotección del derecho a la salud de los internos.

3.9. Sobre el control de convencionalidad, contrario a lo señalado por el JSIP, sí se han señalado las disposiciones del tratado incumplidas en esta ejecución de pena, así como los derechos involucrados a nivel internacional que se encuentran transgredidos. Lo que solicita la defensa es que el control de convencionalidad tenga como fin evaluar la inaplicación de determinadas normas nacionales que, únicamente en el contexto temporal y fortuito de una pandemia, pueden ser

consideradas transgresoras de la normatividad del tratado, siempre y cuando exista un condenado que pertenezca a un grupo de riesgo y su condena obedezca a un delito de corrupción de funcionario.

3.10. No se pretende dejar sin efecto la sentencia anticipada que tiene autoridad de cosa juzgada, ni modificar ni retardar su ejecución. Lo que cuestiona es la ejecución de la pena, pues no viene siendo cumplida en los mismos términos en que fue impuesta, el JSIP no toma en cuenta la realidad y que el condenado pertenece a un grupo de riesgo frente al COVID-19 y tiene un alto grado de vulnerabilidad, por lo que debe variar la forma de ejecución en virtud del artículo VI del TP del CP, referido al principio de intervención judicial, norma que utilizó el JSIP en el Exp. N.º 00006-2001-4-5001-SU-PE-01, caso Alberto Fujimori Fujimori.

3.11. El JSIP pretende hacer creer que el INPE cuenta con todas las medidas sanitarias necesarias para mitigar cualquier riesgo en la salud y vida del condenado. Para el JSIP, en el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro, basta con un médico y dos técnicos en enfermería para efectuar todo el tratamiento especializado del condenado; sin embargo, pese a que se ha remitido el informe de condiciones carcelarias (presentado por el señor fiscal supremo), se precisa que la capacidad del albergue es de 1199 reclusos, pero el número actual de internos es de 5191, en esas condiciones no se puede asistir al condenado con atención médica especializada, es humanamente imposible. Tampoco se tomó en cuenta la falta de abastecimiento médico especializado para el condenado.

3.12. El estar privado de su libertad no lo restringe de los derechos a la salud, integridad y vida, protegido por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Mandela), Reglas de Brasilia, sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, entre otros.

3.13. Con Decreto Legislativo N.º 1325, del 6 de enero de 2017, se reconoce que afrontamos una aguda crisis en los centros penitenciarios debido al hacinamiento y pésima infraestructura, lo que influencia en la salud, vida y seguridad de los internos. En la actualidad esto se ha incrementado y agravado por la pandemia del COVID-19. Con oficio N.º 208-2020-INPE/01, del 7 de abril de 2020, el presidente del Consejo Nacional Penitenciario puso en conocimiento del presidente del Poder

Judicial que ya existía una considerable cantidad de internos y personal penitenciario contagiados e incluso fallecidos a consecuencia del contagio del COVID-19. El JSIP, en la Resolución N.º 11 del Exp. N.º 0002-2019-5-5001-JS-PE-01 reconoce el estado de los centros penitenciarios. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 05436-2014-PHC/TC-Tacna, declaró el estado de cosas inconstitucional sobre el hacinamiento, capacidad de albergue, calidad de infraestructura e instalaciones sanitarias de salud, seguridad y otros servicios básicos a nivel nacional. La Recomendación 46 de la Resolución N.º 1/2020-“Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 10 de abril de 2020, señala que se deben evaluar las medidas alternativas a la pena de prisión. En ese contexto debe valorarse que el hacinamiento que presenta el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro es de 480% de sobrepoblación, que en la celda del condenado han fallecido varios internos por COVID-19 y que existe un gran porcentaje de la comunidad carcelaria que se encuentra contagiada; así como que los motines, que si fueron considerados en otro caso (Resolución N.º 11 del Expediente N.º 0002-2019-5-5001-JS-PE-01), pero que no se tomó en cuenta en este caso (no se debe diferenciar entre procesado o condenado).

3.14. La defensa no ha cuestionado la gravedad de los delitos contra la administración pública, el JSIP desvía el tema de discusión: la ponderación entre la ejecución de sanción frente a la vida, salud e integridad del condenado. En momentos de pandemia se debe considerar ello, pues si se le deja morir no habría posibilidad de resocializar.

3.15. Sobre la base de la Resolución N.º 1/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas” (adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 10 de abril de 2020) se determina: “Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarias y medidas alternativas a la pena de prisión”. Por ello el *ad quem* solo podrá verificar adecuadamente si existe incompatibilidad o no de las normas y demás prácticas internas con el CADH y su jurisprudencia, si se toma en cuenta el contexto de pandemia y cómo impacta esto en la ejecución de la pena del condenado. En consecuencia, se le debe imponer al condenado una medida alternativa a la prisión, pues la

pena automáticamente se ha convertido en una pena de muerte. En el caso Neyra Alegría vs. Perú se señala que el Estado debe garantizar el derecho a la vida de personas privadas de su libertad, al encontrarse en posición de garante.

3.16. Es un error exhortar al INPE a que refuerce sus medidas de protección al derecho a la salud, pues esta institución no cuenta con todos los mecanismos necesarios de salubridad e implementación médica para proteger y salvar vidas de sus propios funcionarios, peor aún para la del condenado frente a un eventual contagio de COVID-19.

3.17. El hacinamiento, agravado por el COVID-19, constituye una violación a su integridad personal: si se contagia dentro de un establecimiento penitenciario, no se podría cumplir con una atención médica adecuada, ni brindar un tratamiento médico en esas condiciones a cargo del personal médico calificado.

3.18. Como se ha declarado improcedente su solicitud, existe un alto grado de probabilidad que: i) El condenado se contagie de COVID-19 y, en razón de su alto grado de vulnerabilidad, fallezca. ii) Se contagie de COVID-19 y viva, pero su proyección de vida se vea altamente mermada, porque habría quedado con graves secuelas. Esto genera responsabilidad internacional del Estado.

3.19. Sobre el control de constitucionalidad, no obstante, la norma es válida y legítima, en el contexto actual, en el caso concreto, por las circunstancias de la pandemia y el riesgo en la salud y vida del condenado, el caso merece ser analizado desde la excepcionalidad provocada en esta temporalidad. El numeral 5.5. del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 cumple con la vinculatoriedad necesaria al caso concreto por excluir la vigilancia electrónica. Si bien el Decreto Legislativo establece un trato diferenciado sobre la base la política criminal del Estado, en el caso concreto, este trato diferenciado no es razonable, pues seguir esas líneas implicaría la muerte del condenado, solo la vigilancia electrónica le permitirá una esperanza de vida. El derecho a la dignidad humana, a la vida, integridad física y psicológica, salud, ocupar establecimientos adecuados, no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que se cumple la ejecución de una

condena. Además, en su caso, no cuenta con medicación ni ropa de invierno.

3.20. Sobre el análisis de proporcionalidad del control de constitucionalidad: a) Idoneidad: la ejecución de la pena ha devenido en inidónea, pues es una de muerte, por ello se busca el egreso. b) Necesidad: el juez tiene la posibilidad de convertir la pena privativa de libertad en una alternativa que sí cumple con los fines de la pena. c) Proporcionalidad estricta: no se puede hablar de internos peligrosos. Asimismo, se debe considerar que cometió un solo delito, ataco un bien jurídico genérico (correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública), la modalidad fue solicitar un beneficio, no fue un cohecho unilateral, se acogió a la terminación anticipada y confesión sincera, facilitó el esclarecimiento de hechos e identificación de otras personas en otros procesos, no es un delito pluriofensivo, ni de sangre, contra la libertad, seguridad pública, tranquilidad pública, humanidad. No cuenta con peligro de fuga, por el grillete que se le impondría y las condiciones de inmovilidad por la pandemia. No cuenta con antecedentes, reparó el daño, no puede cometer otro delito contra la administración pública al estar inhabilitado. Se allanó a los requerimientos del Ministerio Público, no se le imputa pertenecer o actuar por encargo de una organización criminal. Es abogado, exmagistrado y podrá hacer vida familiar con sus hijos menores (interés superior del niño).

3.21. Sobre la pretensión alternativa, se adhiere a sus argumentos esbozados que se hicieron sobre el Decreto Legislativo N.º 1322 arriba reseñados.

3.22. Existe un alto grado de muerte y contagio en los penales, es desafortunado decir que fuera de la cárcel también hay riesgo de contagio. La solución para el condenado no puede ser esperar que se reduzca la población penitenciaria, pues la solución debe ser inmediata.

3.23. Existen causas de nulidad en la resolución del JSIP, pues adolece de deficiencia en la motivación externa-justificación de las premisas, toda vez que el JSIP elige para formar su premisa mayor: el principio de legalidad (que no había sido cuestionado), la suscripción y ratificación de los convenios anticorrupción y OCDE, así como la diferenciación

entre la potestad estatal de investigar y sancionar y las condiciones que deben brindar los organismos del Poder Ejecutivo en la ejecución de las penas. Pero omite el estado de cosas inconstitucional señalado por el Tribunal Constitucional.

3.24. En el control difuso, contrario a lo que afirma el JSIP, sí se señalaron las disposiciones del tratado. Además, el JSIP solo recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la existencia de diferenciaciones que no constituyen discriminación, sin incorporar en su razonamiento los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.25. Es imposible que el JSIP observando al condenado en el acto de audiencia pública, pueda determinar que se encuentra estable y en buen estado de salud. No puede realizar juicios de valor médico. Ha hecho uso de su conocimiento privado introduciendo una circunstancia no advertida por ninguna de las partes y vulnera la imparcialidad.

3.26. Es falso que el Informe Médico N.º 966-2020-INPE/18-234-SALUD señale que el condenado se encuentre recibiendo control y tratamiento por especialistas.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES DURANTE LA AUDIENCIA

Con fecha 2 de octubre de 2020 se realizó la correspondiente audiencia de apelación del auto impugnado. Las partes refirieron, básicamente, los argumentos que se presentan a continuación:

4.1 DEFENSA TÉCNICA DEL SENTENCIADO

Se reafirmó en sus pretensiones y agregó lo siguiente:

- i. Su patrocinado cuenta con 65 años de edad, conforme al grupo de riesgo frente al COVID-19.
- ii. No se puede aplicar una política criminal rígida e incongruente a la realidad actual y transitoria del COVID-19, que es un hecho fortuito sobrevenido a la ejecución de la sanción penal.

4.2 REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público refirió que:

- i. No puede ser invocado y aplicado de manera irrestricta el control de convencionalidad.
- ii. La fundamentación del recurrente estriba en analizar normas distintas a las que tienen que ver con la conversión de las penas, como son las que se refieren al COVID-19, lo que no ha sido contemplado por los Decretos Legislativos N.º 1322 y N.º 1300.
- iii. No se han cumplido los requisitos que exigen las normas de conversión de penas, tanto en su trámite como supuestos, así el Decreto Legislativo N.º 1300 exige que el interno se encuentre en la etapa de mínima seguridad del régimen ordinario cerrado, situación que no cumple el señor Chang Racuay.
- iv. Si bien estamos ante un tratamiento jurídico desigual, este es legítimo y compatible con los fines de la pena, tanto más si en este caso se trata de un delito de corrupción de funcionarios que reviste suma gravedad.
- v. Conforme a la documentación del INPE, el interno se encuentra bajo supervisión y llevando a cabo su tratamiento.
- vi. Ninguna de las resoluciones que ha citado la defensa trata sobre el control difuso o la convencionalidad en el marco del COVID-19.
- vii. Actualmente nos encontramos en la fase 4 de la ejecución de las medidas del gobierno en diversos ámbitos para afrontar este estado de emergencia, y eso significa una mayor apertura no solamente de las diversas actividades comerciales, laborales, sino también del acceso a diferentes servicios como son los médicos en este caso.

4.3 DEFENSA MATERIAL DEL SENTENCIADO

El sentenciado Chang Racuay refirió que:

- i. Las condiciones de salubridad dentro del penal no son las adecuadas para ningún interno, no hay medicina, no hay oxígeno y no hay camas UCI.

- ii. Las únicas medidas que se tomaron por la pandemia fueron la entrega de una barra de jabón y dos mascarillas. Los internos no pueden ingresar lejía u otro desinfectante.
- iii. Comparte la celda con otro interno.
- iv. Existen traslados de internos por razones de salud, pero en casos en que están mal, hay gente fallecida.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En esta sección se expondrán las normas vinculadas al pronunciamiento de esta SPE.

1.1 El numeral 1 del artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resguarda que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente, al contrario, debe ser con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

1.2 El numeral 1 del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que el derecho a la vida es inherente a la persona humana; está protegido por la ley y nadie podrá ser privado de ella de forma arbitraria.

1.3. El preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción señala que la corrupción genera una serie de graves problemas y amenazas contra la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley.

1.4. A su vez, el preámbulo de la Convención Americana contra la Corrupción establece que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.

1.5. Los numerales 3, 5 y 6 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado establecen, respectivamente, la observancia del debido



proceso y la tutela jurisdiccional; la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan; y la pluralidad de instancia.

1.6. El artículo 55 de la Constitución Política del Perú señala que los tratados celebrados por el Estado, en vigor, forman parte del derecho nacional. Asimismo, su cuarta disposición final y transitoria establece, para el ordenamiento jurídico peruano, que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

1.7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, precisa el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad al señalar que cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía, por lo que debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella; entonces, si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado, de una ley violatoria de la Convención, produce responsabilidad internacional del Estado.

1.8. La sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, establece que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos

atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. De ahí que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución, así como del orden democrático previsto en el artículo 43 del mismo instrumento.

1.9. El numeral 1 del artículo 409 del Código Procesal Penal (en adelante, CPP) establece la competencia del Tribunal Revisor.

1.10. El numeral 3 del artículo 488 de la citada norma procesal establece la legitimidad de los sujetos para actuar dentro de la fase de ejecución.

1.11. El numeral 2 del artículo 489 del CPP establece que, en la fase de ejecución, el juez de la Investigación Preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten, para tal efecto, debe hacer las comunicaciones dispuestas por la ley y practicar las diligencias necesarias para su debido cumplimiento.

1.12. El numeral 4 del artículo 491 de la misma norma procesal determina taxativamente que, en los incidentes derivados de la ejecución de la sanción penal establecidos en el Código de Ejecución Penal (CEP), así como del procedimiento especial de conversión de penas para condenados, la toma de decisión requiere de una previa audiencia con asistencia de las partes.

1.13. La Corte IDH, en el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, del 29 de febrero de 2016, señaló que “[...] Los jueces de ejecución debían resolver las incidencias que se suscitaban durante el cumplimiento de la pena, cuya ejecución, mantenimiento de la legalidad” y todo lo que a ellas se relacione tenían a su cargo, así como velar por la salvaguarda de los derechos de los condenados frente a abusos de la administración y controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. En particular, entre otras funciones, podían resolver los incidentes relativos a la ejecución, libertad anticipada y todos aquellos en los cuales, por su importancia, el juez lo estime necesario, “teniendo siempre en cuenta los derechos de los condenados”.

1.14. El artículo 76 del CEP señala que la administración penitenciaria debe proveer lo necesario para el desarrollo de las acciones de

prevención, promoción y recuperación de la salud del interno, teniendo en cuenta las políticas nacionales de salud y, especialmente, los lineamientos y medidas establecidas por el Ministerio de Salud.

1.15. El artículo 82 del CEP establece que el interno que requiere atención médica especializada fuera del establecimiento penitenciario tiene que solicitarla al Consejo Técnico Penitenciario, el que dispondrá que una junta médica, compuesta por tres profesionales de la administración penitenciaria, se pronuncie, dentro del tercer día, sobre la procedencia de lo solicitado, bajo responsabilidad. En los lugares donde no exista el número requerido de médicos, se completa con profesionales al servicio del Estado. Solo en el caso en que no exista la posibilidad de establecer esta junta se realiza con el o los médicos que hubiere.

En caso de emergencia, el director del establecimiento penitenciario puede autorizar la atención médica fuera de este espacio, dando cuenta de inmediato al Consejo Técnico Penitenciario y al representante del Ministerio Público y, en el caso del interno procesado, al juez que conoce el proceso.

La atención médica especializada fuera del establecimiento penitenciario podrá realizarse en un centro asistencial público o privado.

El director adoptará, en todos los casos, las medidas de seguridad adecuadas, bajo responsabilidad.

1.16. El artículo 124 del Reglamento del CEP establece que la administración penitenciaria debe brindar una atención médico sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población en libertad.

1.17. El artículo 129 del Reglamento del CEP determina que, cuando el interno requiera atención médica, consulta, diagnóstico u hospitalización en un centro hospitalario, el personal de salud comunicará al director del establecimiento penitenciario, quien dispondrá lo necesario para efectuar el traslado.

1.18. El artículo 188 del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente conforme a su primera disposición complementaria y final, regula el

principio de necesidad de prueba; por ello, en todo el ordenamiento jurídico, los medios de prueba tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

1.19. El literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 establece que están excluidos de la aplicación de la vigilancia electrónica los procesados y condenados por diversos delitos, en particular el artículo 395 del CP, delito de cohecho activo específico.

1.20. El segundo párrafo del literal b) del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300 establece taxativamente que el procedimiento especial de conversión no procede para condenados por diversos tipos penales, entre estos el artículo 395 del CP, delito de cohecho pasivo específico.

1.21. El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que los jueces, en cualquier clase de proceso o especialidad, cuando encuentren que hay incompatibilidad en la interpretación de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

1.22. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud ha calificado el brote del COVID-19 como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea. El Estado, mediante Decreto Supremo N.º 8-2020-SA, emitido por el Ministerio de Salud, del 11 de marzo último, declaró emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dictó medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19, medidas adoptadas por la Presidencia del Consejo de Ministros y el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, las cuales son:

- i. Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, de fecha 15 de marzo de 2020, por el que la Presidencia del Consejo de Ministros declaró el estado de emergencia nacional por el plazo de quince (15) días calendario y dispuso el aislamiento social obligatorio por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.
- ii. Esta última, por el Decreto Supremo N.º 094-2020-PCM, del 23 de mayo del año en curso, prorrogada desde el 25 de mayo hasta el

30 de junio del año en curso, declarado mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM, ampliado temporalmente mediante los Decretos Supremos N.ºs 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM y 083-2020-PCM; y precisado o modificado por los Decretos Supremos N.ºs 045-2020-PCM, 046-2020-PCM, 051-2020-PCM, 053-2020-PCM, 057-2020-PCM, 058-2020-PCM, 061-2020-PCM, 063-2020-PCM, 064-2020-PCM, 068-2020-PCM, 072-2020-PCM y 083-2020-PCM.

- iii. Resolución Administrativa N.º 115-2020-CE-PJ, del 16 de marzo de 2020, suspende las labores del Poder Judicial desde el 16 de marzo de 2020 en acatamiento del estado de emergencia nacional, la cual fue prorrogada por la Resolución Administrativa N.º 117-2020-CE-PJ, del 30 de marzo de 2020, Resolución Administrativa N.º 118-2020-CE-PJ, del 11 de abril de 2020, Resolución Administrativa N.º 061-2020-P-CE-PJ, del 26 de abril de 2020, Resolución Administrativa N.º 062-2020-P-CE-PJ, del 10 de mayo de 2020 y la Resolución Administrativa N.º 157-2020-CE-PJ, del 25 de mayo de 2020.
- iv. Resolución Administrativa N.º 120-2020-CE-PJ, del 17 de abril de 2020, que establece medidas para que los jueces penales resuelvan, de oficio y/o a pedido de la parte legitimada, la situación jurídica de procesados y sentenciados privados de su libertad; y solicitudes de variación del mandato de detención o de cese de prisión preventiva.
- v. Resolución Administrativa N.º 173-2020-CE-PJ, del 25 de junio de 2020, que aprueba el protocolo temporal para audiencias judiciales virtuales durante el periodo de emergencia sanitaria.
- vi. La Presidencia del Poder Judicial, mediante Resolución Corrida N.º 105-2020-P-PJ, de 30 de abril de 2020, conformó una Comisión de Trabajo integrada por los señores jueces supremos titulares César San Martín Castro y Víctor Prado Saldarriaga, presidentes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, respectivamente, para que, de manera conjunta, presenten propuestas de medidas para resolver el problema del riesgo y contagio masivo de la población penitenciaria con el COVID-19, dadas las condiciones de hacinamiento de los penales y la vulnerabilidad de muchos de los internos. Fue así que, cumpliendo con el encargo, mediante Oficio N.º 001-2020/CET-CSMC-VPS, presentaron tres proyectos, dos de los

cuales contienen propuestas legislativas respecto al tratamiento de la exención de la pena y de revisión excepcional de la prisión preventiva; así como el denominado “Proyecto de directiva de medidas urgentes con motivo de la pandemia del COVID-19”.

SEGUNDO. ANÁLISIS JURÍDICO-FÁCTICO DEL CASO CONCRETO

En esta sección se expondrán los fundamentos del Colegiado para pronunciarse sobre lo que es materia de impugnación.

§. PRETENSIÓN DEL RECURRENTE

2.1. La defensa técnica del condenado solicita que se convierta su pena privativa de libertad de ejecución efectiva por la pena de vigilancia electrónica. Para tal efecto, invoca que no se apliquen las prohibiciones contenidas en el literal c) del numeral 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1322, publicado el 6 de enero de 2017, que regula la vigilancia electrónica personal; y en el segundo párrafo del literal b) del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300, publicado el 30 de diciembre de 2016, que regula el procedimiento especial de conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas, en ejecución de condena.

Alternativamente, solicita la implementación de una pena restrictiva de derechos u otra que tenga a bien considerar la SPE, en caso no proceda la conversión a vigilancia electrónica.

2.2. Al haber declarado el JSIP improcedentes los pedidos de la defensa, señala que se han realizado estimaciones de fondo en la parte considerativa, lo que autoriza a la SPE a realizar un pronunciamiento de fondo.

§. FORMA Y FONDO

2.3. La bipartición forma/fondo es el criterio más difundido y enraizado en la dogmática procesal y en la práctica forense; bajo este esquema, todo lo referido al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fondo (en materia penal se puede señalar a la acusación como acto procesal con un petitorio concreto); todo lo demás es

forma¹. No obstante, esta categoría no solo se aplica a la decisión principal del proceso, pues “un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de fondo y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como requisitos de validez de la cuestión misma, pero con mayor precisión”².

2.4. En ese esquema, “la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y elementos de validez (del pronunciamiento fondal). [...] La ausencia o defecto de un requisito de validez impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma”³. En ese contexto, la procedencia y la admisibilidad, en forma complementaria, se utilizan para decidir sobre todo aquello que no concierne al aspecto fondal de una cuestión, sino (en la gran mayoría de casos) a la validez de esta o del procedimiento sobre el cual se encarrila. La fundabilidad o no de una cuestión es la categoría que utiliza el juzgador para decidir sobre su aspecto de fondo. Se declara fundada o infundada una demanda, una excepción, una tacha, una apelación, etc.⁴.

2.5. El pedido de conversión de pena privativa de libertad por una pena alternativa es una cuestión a resolver, para lo cual analizaremos las dos leyes que son materia de pronunciamiento:

- i. El artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 exige, para la procedencia del pedido de vigilancia electrónica para el caso de condenados, que: a) el condenado tenga impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a ocho años; y b) la condena no esté referida a una serie de delitos, entre estos, lo previsto en el artículo 395 del CP, así como que no tengan la condición de reincidentes o habituales; o cuando su internamiento sea a consecuencia de la revocatoria previa de

¹ MONROY PALACIOS, Juan José. (2007). “Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano”. En: *Revista Oficial del Poder Judicial*. N.º 1/1. p. 296.

² *Ibidem*. p. 299.

³ *Ibidem*. p. 300.

⁴ *Ibidem*. p. 305.

alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio, suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o conversión de penas en ejecución de condena.

Para llegar a esta decisión, conforme al artículo 7 de la citada norma, se debe presentar: a) documentos que acrediten el domicilio o lugar señalado en el cual se cumplirá la medida; b) documentos que acrediten las condiciones de vida personal, laboral, familiar o social del procesado o condenado; en el caso de internos, esta información es brindada por el INPE a través de la emisión de los informes sociales y psicológicos correspondientes; c) antecedentes judiciales y penales; y, d) documentos que acrediten estar inmerso(a) en alguna(s) de las prioridades establecidas en el artículo 5, si fuere el caso. Como se advierte, más allá de la terminología que usa la ley, el artículo 5 da cuenta de hechos que deben acreditarse para declarar fundado un pedido y el artículo 7 da cuenta de las cuestiones de validez del procedimiento para tomar la decisión.

- ii. A su vez, el artículo 3 del Decreto legislativo N.º 1300 exige, para su procedencia: a) haber sido condenado a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y encontrarse en el régimen ordinario cerrado del sistema penitenciario; o haber sido condenado a pena privativa de libertad no mayor de seis años y encontrarse en la etapa de mínima seguridad del régimen ordinario cerrado del sistema penitenciario; b) no haber sido condenado por una serie de delitos como el del artículo 395 CP, así como no contar con la condición de reincidente o habitual, o que su internamiento sea a consecuencia de revocatoria previa de alguna pena alternativa a la privativa de libertad, beneficio penitenciario, reserva de fallo condenatorio o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.

Para llegar a esta decisión, conforme con el artículo 4 de la citada ley, se debe presentar: a) copia certificada de la sentencia consentida o ejecutoriada; b) antecedentes judiciales; c) informes del órgano técnico de tratamiento del INPE, que acrediten una evaluación favorable cuando la pena impuesta no sea superior a dos (2) años o dos evaluaciones favorables continuas, cuando esta sea mayor de dos (2) y hasta seis (6) años; d) documento emitido

por el INPE que acredite el régimen penitenciario en que se encuentra el interno; y, e) declaración jurada del interno señalando la dirección del domicilio o residencia habitual, al momento de egresar del establecimiento penitenciario. Como se advierte, más allá de la terminología de la ley, el artículo 3 da cuenta de presupuestos que deben acreditarse para declarar fundado un pedido y el artículo 4 da cuenta de las cuestiones de validez del procedimiento para tomar la decisión.

2.6. Esto quiere decir que, para efectos del incidente de conversión de penas, el pronunciamiento sobre si un determinado delito se encuentra dentro de las prohibiciones de ley siempre implica un pronunciamiento de fondo, tanto más si se alega que esto se debe a que la normativa legal se opone a la constitucional y convencional.

Estos pedidos también son cuestiones que deben de resolverse dentro del proceso, por lo que se hace necesario entender cuáles son los requisitos de los controles de convencionalidad y constitucionalidad, sobre todo porque, como cuestión lógica previamente a la emisión de una decisión sobre la fundabilidad o no del pedido de conversión, debe de resolverse sobre si corresponde aplicar estos controles o no.

§. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA CORTE IDH

Cuestiones generales de aplicación

2.7. El control de convencionalidad es “la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”⁵, data desde la vigencia misma de la CADH, es el control que realiza en cada una de sus sentencias, cuando al juzgar las violaciones a sus cláusulas cometidas por los actos u omisiones de los Estados, ha tenido que confrontar las normas de la misma con las previsiones del derecho interno. Asimismo, es el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales, cuando han juzgado la validez de los actos del Estado, al

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2019). “Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: Control de convencionalidad”. p. 4.

confrontarlos no solo con la Constitución respectiva, sino con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados contenidos en la Convención, o al aplicar las decisiones vinculantes de la Corte IDH, al decidir, en consecuencia, conforme a sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto⁶.

2.8. El control de convencionalidad se sustenta normativamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: el artículo 26, que establece el principio *pacta sunt servanda*, por el cual todo tratado obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; el artículo 27, que establece la prohibición de invocar las disposiciones del derecho interno para incumplir un tratado; y, el artículo 31, que establece la interpretación de los tratados de acuerdo con la buena fe. Sobre esa base, también son normas que sustentan el control de convencionalidad el artículo 1 de la CADH, que versa sobre la obligación de los estados parte de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención; y, el artículo 2 que establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades mencionados en el artículo 1.

2.9. La Corte IDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006, reconoce expresamente al control de convencionalidad, al señalarse que la Corte establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Ello es así porque, a la luz del artículo 2 de la Convención, tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: **i)** la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; y, **ii)** la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Como refiriera el juez García Ramírez en su voto razonado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, de lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan determinados deberes para este y reconocen a los individuos ciertos derechos.

⁶ VARGAS, Alan. (2018). "Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Bolivia". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XXIV. p. 541.

En la misma sentencia pone de relieve que, cuando el legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la CADH, el judicial permanece vinculado al deber de garantía, por lo que debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella; entonces, si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. El cumplimiento, por parte de agentes o funcionarios del Estado, de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado.

Este criterio ha sido asumido en copiosa jurisprudencia de la citada Corte, como la decisión recaída en el caso *Gelman vs. Uruguay*, del 24 de febrero de 2011, en el que señaló que cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, así como su jurisprudencia.

2.10. Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o las siguientes características)⁷:

- i. Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y

⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. pp. 10 y 11.

los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.

- ii. Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.
- iii. Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte.
- iv. Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública.
- v. Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Control de convencionalidad y derechos de los internos

2.11. Vista la obligación estatal de hacer el control de convencionalidad, que implica conocer la normativa y jurisprudencia de la Corte IDH, es necesario reseñar las distintas decisiones que se han pronunciado sobre los derechos citados en casos de personas privadas de su libertad, pues este será el marco de referencia para hacer el referido control:

- i. En el caso *Neira Alegría y otros vs. Perú*, del 19 de enero de 1995, se señaló que “en los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”.
- ii. En el asunto de la *Cárcel de Urso Branco* respecto a Brasil, en la resolución de la Corte IDH, de 18 de junio de 2002, se señaló que “en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal,

caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia”.

iii. En el caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, del 7 de junio de 2003, se indicó que el Estado como garante de este derecho le impone la prevención en aquellas situaciones que pudieran conducir, incluso por acción u omisión, a la supresión de la inviolabilidad del derecho a la vida. En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y, posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida.

iv. En el caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, del 2 de septiembre de 2004, se señaló que:

La privación de libertad trae a menudo, como consecuencia ineludible, la afectación del goce de otros derechos humanos además del derecho a la libertad personal. Pueden, por ejemplo, verse restringidos los derechos de privacidad y de intimidad familiar [...]. La restricción de otros derechos, por el contrario –como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso– no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional. Dichos derechos deben ser efectivamente respetados y garantizados como los de cualquier persona no sometida a privación de libertad.

Además, se indicó que:

De los hechos probados [...] se advierte que el Estado no había tomado las prevenciones suficientes para enfrentar la posibilidad de un incendio en el Instituto, ya que éste originalmente no fue pensado como un centro de reclusión y, por consiguiente, no contaba con la implementación de todas las medidas de seguridad, evacuación y emergencia necesarias para un evento de esta naturaleza. Por ejemplo, no contaba con alarmas ni extintores de incendio y los guardias no tenían preparación para enfrentar situaciones de emergencia.

v. En el caso De la Cruz Flores vs. Perú, del 18 de noviembre de 2004, se indicó que, como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos la existencia de condiciones que dejen a salvo sus derechos.

- vi. En el mismo sentido, en el caso Fleury y otros vs. Haití, del 23 de noviembre de 2011, se indicó que el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia. En ese sentido, el Estado debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a las personas detenidas o retenidas las condiciones necesarias para contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible, incluyendo el derecho a la vida, a la integridad personal y el debido proceso. Su falta de cumplimiento puede resultar en una violación de la prohibición absoluta de aplicar tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- vii. En el caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, se refirió que los detenidos tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y que el Estado debe garantizarles el derecho a la integridad personal. Está probado que durante la detención del señor Alfredo López Álvarez en los centros penales de Tela y de Támara había sobrepoblación carcelaria; la presunta víctima se encontraba en situación de hacinamiento permanente; estuvo en una celda reducida, habitada por numerosos reclusos; tuvo que dormir en el suelo durante un largo período; no contó con una alimentación adecuada ni agua potable, ni dispuso de condiciones higiénicas indispensables.
- viii. En el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, del 25 de noviembre de 2006, se determinó que dentro de las graves condiciones de detención se encontraron: ubicación en celdas en condiciones de hacinamiento que no permitían adecuada movilidad ni aseguraban condiciones razonables de higiene y salud, sin acceso a luz natural o artificial; precarias condiciones de alimentación; falta de atención médica adecuada y de suministro de medicinas, no obstante que había internos heridos y otros que adquirieron enfermedades en la cárcel; falta de ropa de abrigo, inclusive para quienes estaban en la cárcel de Yanamayo en donde las temperaturas descienden varios grados bajo cero; severo régimen de incomunicación; desatención de las

necesidades fisiológicas de la mujer al negarles materiales de aseo personal, como jabón, papel higiénico, toallas sanitarias y ropa íntima para cambiarse; desatención de las necesidades de salud pre y post natal; prohibición de dialogar entre sí, leer, estudiar y realizar trabajos manuales. El daño y sufrimiento experimentados por las mujeres en general y especialmente las mujeres embarazadas y por las internas madres resultó particularmente grave. Esas condiciones de detención y tratamiento significaron una afectación del derecho de los internos a vivir en un régimen de detención compatible con su dignidad personal, e incluyeron modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma, que conllevaron graves lesiones, sufrimientos y daños a la salud de los internos.

Asimismo, se indicó que se encuentra probado que algunos internos, después de concluido el “Operativo Mudanza 1”, fueron llevados a los hospitales y murieron debido a que no recibieron los medicamentos ni la atención médica que requerían. Esas omisiones en la asistencia médica a los internos heridos respondieron a decisiones deliberadas y no a meros descuidos o negligencias, que dieron lugar a privaciones arbitrarias de la vida. La Corte encuentra particularmente grave que los internos que estaban heridos y fueron mantenidos en las zonas del referido penal conocidas como “tierra de nadie” y “admisión” no recibieran atención médica. El Estado tenía el deber de brindarles la atención médica que requerían, considerando que era el garante directo de sus derechos.

- ix.** En el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, del 27 de abril de 2012, se incorporaron a la jurisprudencia de la Corte IDH los principales estándares sobre condiciones carcelarias y deber de prevención que el Estado debe garantizar en favor de las personas privadas de libertad:
- a)** El hacinamiento constituye en sí mismo una violación a la integridad personal; asimismo, obstaculiza el normal desempeño de las funciones esenciales en los centros penitenciarios.
 - b)** La separación por categorías deberá realizarse entre procesados y condenados y entre los menores de edad de

los adultos, con el objetivo de que los privados de libertad reciban el tratamiento adecuado a su condición.

- c)** Todo privado de libertad tendrá acceso al agua potable para su consumo y al agua para su aseo personal; la ausencia de suministro de agua potable constituye una falta grave del Estado a sus deberes de garantía hacia las personas que se encuentran bajo su custodia.
 - d)** La alimentación que se brinde, en los centros penitenciarios, debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente.
 - e)** La atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario.
 - f)** La educación, el trabajo y la recreación son funciones esenciales de los centros penitenciarios, las cuales deben ser brindadas a todas las personas privadas de libertad con el fin de promover la rehabilitación y readaptación social de los internos.
 - g)** Las visitas deben ser garantizadas en los centros penitenciarios. La reclusión bajo un régimen de visitas restringido puede ser contraria a la integridad personal en determinadas circunstancias.
 - h)** Todas las celdas deben contar con suficiente luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene.
 - i)** Los servicios sanitarios deben contar con condiciones de higiene y privacidad.
 - j)** Los Estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano.
 - k)** Las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento prolongado, así como cualquier otra medida que pueda poner en grave peligro la salud física o mental del recluso están estrictamente prohibidas.
- x.** En el caso Cantoral Benavides vs. Perú, del 18 de agosto de 2000, la Corte ha dado por probado que el señor Cantoral Benavides fue mantenido durante un año bajo aislamiento riguroso, hacinado con otros presos en una celda pequeña, sin ventilación

ni luz natural, y que las visitas que podía recibir estaban sumamente restringidas. También surge claramente, de las pruebas aportadas, que la atención médica brindada a la víctima fue muy deficiente.

- xi.** En el caso López Álvarez vs. Honduras, del 1 de febrero de 2006, se señala que está probado que durante la detención del señor Alfredo López Álvarez en los centros penales de Tela y de Támara había sobrepoblación carcelaria; la presunta víctima se encontraba en situación de hacinamiento permanente; estuvo en una celda reducida, habitada por numerosos reclusos; tuvo que dormir en el suelo durante un largo periodo; no contó con una alimentación adecuada ni agua potable, ni dispuso de condiciones higiénicas indispensables.
- xii.** En el caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, del 5 de julio de 2006, la Corte toma nota de que, según el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante, el CPT), una prisión sobrepoblada se caracteriza por un alojamiento antihigiénico y restringido, con falta de privacidad aun para realizar actividades básicas tales como el uso de las facilidades sanitarias; reducidas actividades fuera de la celda debido al número de internos que sobrepasan los servicios disponibles; servicios de salud sobrecargados; aumento de la tensión en el ambiente y, por consiguiente, más violencia entre los prisioneros y el personal penitenciario. Asimismo, el CPT estableció que 7 m² por cada prisionero es una guía aproximada y deseable para una celda de detención. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró que un espacio de cerca de 2 m² para un interno es un nivel de hacinamiento que en sí mismo era cuestionable a la luz del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y no podía considerarse como un estándar aceptable, y que una celda de 7 m² para dos internos era un aspecto relevante para determinar una violación del mismo artículo. En el mismo sentido, la Corte Europea consideró que en una celda de 16.65 m² en donde habitaban 10 reclusos constituía una extrema falta de espacio. En el presente caso, el espacio de aproximadamente 30 cm² por cada recluso es a todas luces inaceptable y constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y

degradante, contrario a la dignidad inherente del ser humano y, por ende, violatorio del artículo 5.2 de la Convención Americana.

- xiii.** En el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, se señaló que está probado que, durante su permanencia en la cárcel, el señor Daniel Tibi fue examinado dos veces por médicos proporcionados por el Estado, quienes verificaron que sufría heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de dichos padecimientos. A pesar de su grave situación física y psicológica, el señor Tibi nunca fue sometido a un tratamiento o atención médica adecuados y oportunos en el centro penitenciario, lo que ha tenido consecuencias desfavorables para su estado de salud actual. La deficiente atención médica recibida por la presunta víctima es violatoria del artículo 5 de la Convención Americana.
- xiv.** En el caso De la Cruz Flores vs. Perú, del 18 de noviembre de 2004, se indicó que está probado que la señora De La Cruz Flores sufrió diversos padecimientos físicos durante su detención, respecto de los cuales recibió una atención médica inadecuada, lo que no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno, conforme a su condición de ser humano, en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana.
- xv.** En el caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, del 5 de julio de 2006, se refirió que, entre los hechos aceptados por el Estado, se cuenta con que los servicios de asistencia médica a los cuales tenían acceso los internos del Retén de Catia no cumplían los estándares mínimos. Varios de los internos heridos a consecuencia de los sucesos ocurridos entre el 27 y el 29 de noviembre de 1992 permanecieron sin atención médica y medicación adecuadas. Asimismo, los internos enfermos no eran debidamente tratados, la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o por quienes ejercen su representación o custodia legal, sin que esto

signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de la persona privada de libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a su situación real.

- xvi.** En el caso Vélez Loor vs. Panamá, del 23 de noviembre de 2010, señaló que el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera. El principio 24 del conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión determina que “[...] se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos [...]”. La falta de atención médica adecuada podría considerarse en sí misma violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención y sus efectos acumulativos.
- xvii.** En el caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, del 19 de mayo de 2011, el Estado no brindó atención médica adecuada y oportuna al señor Pedro Miguel Vera Vera “[...] éste fue dado de alta luego de su primer internamiento en el Hospital de Santo Domingo de los Colorados sin que se hubiesen realizado los exámenes o diagnósticos pertinentes en atención a las lesiones que presentaba [...]”; cuando estuvo detenido en el Centro de Detención Provisional de Santo Domingo, el Estado no dispuso inmediatamente el traslado del señor Vera Vera a un hospital que contara con las facilidades para atender sus necesidades de salud sino que se le mantuvo en ese lugar hasta que las complicaciones de su herida fueron evidentes; cuando se le trasladó por segunda vez al Hospital de Santo Domingo de los Colorados el señor Vera Vera no fue intervenido quirúrgicamente ni se adoptaron otras medidas apropiadas para atender su grave estado de salud, lo cual le provocó un deterioro físico mayor [...]. Posteriormente, en el hospital Eugenio Espejo de Quito ya no se pudo salvar la vida del señor Vera Vera dado que su condición de



salud era ya muy delicada. En definitiva, la intervención quirúrgica que requería el señor Vera Vera no se realizó sino hasta diez días después de que recibió un impacto de bala y fue detenido, no obstante su grave estado de salud [...]. Además, la atención médica brindada por el Estado fue impulsada por la señora Vera Valdez en reiteradas ocasiones [...]. Para la Corte, la serie de omisiones en que incurrió el Estado a través de sus agentes, a lo largo del tiempo en que Pedro Miguel Vera Vera estuvo bajo su custodia, constituyó negligencia médica que resultó en su muerte, lo cual compromete su responsabilidad internacional.

xviii. En el caso Díaz Peña vs. Venezuela, del 26 de junio de 2012, la Corte ha señalado que la falta de atención médica adecuada a una persona que se encuentra privada de la libertad y bajo custodia del Estado podría considerarse violatoria del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, tales como su estado de salud o el tipo de dolencia que padece, el lapso transcurrido sin atención, sus efectos físicos y mentales acumulativos y, en algunos casos, el sexo y la edad de la misma, entre otros. En resumen, debe considerarse probado que las condiciones de detención eran sumamente deficientes, en particular por la falta de acceso a la luz y ventilación natural, y las salidas restringidas al aire libre, durante más de seis años, así como el encierro en las noches y con éste las restricciones de acceder al único baño disponible para diez celdas individuales, por más de tres años. Asimismo, está probado que el señor Díaz Peña sufrió un serio deterioro progresivo en su salud y que los servicios de asistencia médica no se prestaron de manera oportuna, adecuada y completa respecto de los problemas que el señor Díaz Peña presentó en su oído izquierdo, en particular en lo tocante a la indicación del especialista otorrinolaringólogo de que era necesario un examen y evaluación en un centro externo especializado en ese tipo de afectación del oído que contara con instrumental adecuado para tratarla, y a la demora de varios meses en practicarle tomografía axial computarizada (TAC) de oído medio y mastoides, así como audiometría tonal.

xix. El caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, del 29 de febrero de 2016, se refiere a una mujer privada de libertad en un

centro penitenciario para mujeres en Guatemala, donde cumplía una condena penal, cuyo estado de salud se deterioró progresivamente en relación con la diabetes y otros padecimientos. Tal situación le generó una discapacidad a partir de una serie de complicaciones, particularmente cuando le fue amputada una pierna, lo que la obligó a moverse en silla de ruedas, en razón de lo cual se requerían ajustes en el centro penitenciario que se alega no fueron debidamente realizados. Su situación empeoró y, luego de sufrir una caída, murió en dicho centro. Por ello, con base en el principio de no discriminación, el derecho a la vida de las personas privadas de libertad también implica la obligación del Estado de garantizar su salud física y mental, específicamente mediante la provisión de revisión médica regular y, cuando así se requiera, de un tratamiento médico adecuado, oportuno y, en su caso, especializado y acorde a las especiales necesidades de atención que requieran las personas detenidas en cuestión. Los servicios de salud deben mantener un nivel de calidad equivalente respecto de quienes no están privados de libertad. La salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los derechos a la vida e integridad personal, lo cual implica obligaciones para los Estados de adoptar disposiciones de derecho interno, incluyendo prácticas adecuadas, para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de personas privadas de libertad, así como por la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios. Las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado adecuados, que incluya espacios, equipo y personal calificado (de medicina y enfermería). La Corte considera que la necesidad de protección de la salud, como parte de la obligación del Estado de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, se incrementa respecto de una persona que padece enfermedades graves o crónicas cuando su salud se puede deteriorar de manera progresiva. Bajo el principio de no discriminación (artículo 1.1 de la Convención), esta obligación

adquiere particular relevancia respecto de las personas privadas de libertad. Esta obligación puede verse condicionada, acentuada o especificada según el tipo de enfermedad, particularmente si esta tiene carácter terminal o, aún si no lo tiene por sí misma, si puede complicarse o agravarse, ya sea por las circunstancias propias de la persona, por las condiciones de detención o por las capacidades reales de atención en salud del establecimiento carcelario o de las autoridades encargadas. Esta obligación recae en las autoridades penitenciarias y, eventual e indirectamente, en las autoridades judiciales que, de oficio o a solicitud del interesado, deban ejercer un control judicial de las garantías para las personas privadas de libertad. Las autoridades deben asegurarse de que, cuando lo requiera la naturaleza de una condición médica, la supervisión sea periódica y sistemática dirigida a la curación de enfermedades del detenido o a prevenir su agravamiento, en lugar de tratarlos de forma meramente sintomática. El Tribunal Europeo ha tomado en cuenta el principio de equivalencia de la atención médica, señalado por el CPT, con base en el cual el servicio de salud en los recintos de privación de libertad debe poder proveer tratamiento médico y de enfermería, así como dietas apropiadas, fisioterapia, rehabilitación y otras facilidades necesarias especializadas en condiciones comparables con aquellas disfrutadas por pacientes en la comunidad exterior. La falta y/o deficiencia en la provisión de dicha atención médica, o un tratamiento médico negligente o deficiente, no es acorde con la obligación de proteger el derecho a la vida de las personas privadas de libertad.

- xx.** En el caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, del 15 de septiembre de 2005, la Corte IDH indicó que mantener detenida a una persona en una celda reducida, veintitrés horas al día, aislada de los demás presos, en oscuridad, sin tener en qué ocuparse y sin que se le permita trabajar ni estudiar, constituye una violación a su derecho a ser tratado humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano. En el mismo texto, la Corte IDH cita el caso *Mukong* en el que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas insistió sobre la universalidad del derecho a un trato digno y humano y rechazó la escasez de recursos como excusa para la inobservancia de este derecho. Asimismo, también citó el *Caso Soering vs. Reino Unido*, en el que la Corte Europea

determinó que el llamado “fenómeno del corredor de la muerte”, constituido por un periodo de detención prolongado en espera y previo a la ejecución, durante el cual el condenado sufre de angustia mental y está sujeto a una tensión extrema y a trauma psicológico por la constante espera de lo que será el ritual de la propia ejecución, implica un trato cruel, inhumano y degradante. Así, la Corte IDH señala que numerosas decisiones de organismos internacionales invocan las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, a fin de interpretar el contenido del derecho de los presos a un trato digno y humano; aquellas prescriben las normas básicas respecto al alojamiento, higiene, tratamiento médico y ejercicio de los reos privados de la libertad. En el presente caso, el Estado no ha cumplido con estos parámetros mínimos durante la detención del señor Raxcacó Reyes en el sector once del Centro de Detención Preventiva para Hombres de la Zona 18. El peritaje de la señora Aída Castro-Conde [...] concluyó que las condiciones carcelarias en las que vive en señor Raxcacó Reyes le han provocado malestar psicológico intenso. Diagnosticó que el detenido sufre estrés postraumático y señaló que padece enfermedades psicosomáticas producto de la situación en la que se encuentra en espera de la ejecución.

El control de convencionalidad en relación con los derechos a la vida, integridad y salud

2.12. Habiendo hecho este recuento, es necesario revisar también la jurisprudencia de la Corte IDH para efectos de establecer el marco de análisis acerca del pedido de la defensa con relación a la actuación del Estado peruano respecto a los derechos a la vida, integridad y salud.

Es de señalar que, de la lectura de los diversos escritos de la defensa, esta no cuestiona la legalidad, constitucionalidad o convencionalidad de las normas prohibitivas reseñadas en general, sino que su argumento acota que solo en su caso concreto, por causa de la pandemia del COVID-19 y el grupo de riesgo al que pertenece, no otorgarle una alternativa a la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad pone en riesgo su vida y salud, cuyos derechos son reconocidos por la CADH.



2.13. En ese sentido, en la sentencia del caso Boyce y otros vs. Barbados, del 20 de noviembre de 2007⁸, se señaló que “a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida”. La Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento.

2.14. En el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, del 29 de febrero de 2016, se señaló:

[...] Los jueces de ejecución debían resolver las incidencias que se suscitaban durante el cumplimiento de la pena, cuya ejecución, mantenimiento de la legalidad “y todo lo que a ellas se relacione” tenían a su cargo, así como velar por la salvaguarda de los derechos de los condenados “frente a abusos de la administración” y “controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario”. En particular, entre otras funciones, podían resolver los incidentes relativos a la ejecución, libertad anticipada y “todos aquellos en los cuales, por su importancia, el juez lo estime necesario”, “teniendo siempre en cuenta los derechos de los condenados”. Por ende, no cabe duda que, en ejercicio del control de convencionalidad, ante la inexistencia de mecanismos de supervisión y monitoreo externo de los servicios de salud, en el marco de sus competencias y ante lo informado mediante los referidos incidentes de libertad anticipada, el juez de ejecución estaba en posición y obligación de garantizar una protección judicial con las debidas garantías a la presunta víctima, en relación con el deterioro de su salud y con su discapacidad sobrevenida, particularmente las falencias en el tratamiento médico que le era y podía ser proporcionado.

La Corte considera que, en atención a los referidos criterios de protección de los derechos a la integridad personal y a la vida de las personas privadas de libertad, ante ese tipo de solicitudes los jueces deben sopesar el interés del Estado en que se ejecute una condena penal válidamente impuesta con la necesidad de evaluar la viabilidad de continuar con el internamiento de

⁸ Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta a personas condenadas por homicidios en Barbados. Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggin fueron condenados por el delito de homicidio y condenados a muerte mediante la horca, bajo la sección 2 de la Ley de Delitos del Estado contra la Persona. De conformidad con esta disposición, una vez que una persona sea condenada por el delito de asesinato, ningún tribunal puede evaluar si la pena de muerte es un castigo adecuado a las circunstancias particulares de la víctima. Las cuatro personas estuvieron sometidas a condiciones degradantes en los centros de detención. El señor Atkins murió por motivos de enfermedad. Los otros tres continúan detenidos. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ob. Cit. p. 8.

personas condenadas que padecen determinadas enfermedades graves. Es decir, cuando la patología de salud sea incompatible con la privación de libertad, o sea que el encierro carcelario no pueda ser un espacio apto para el ejercicio de derechos humanos básicos, se hace necesario procurar que la cárcel reduzca y mitigue los daños en la persona y que se brinde el trato más humano posible según los estándares internacionales. Entonces, si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permite aquel ejercicio mínimo de derechos básicos, según las circunstancias del caso, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen, sin que eso implique la extinción de la pena impuesta ni dejar de cumplir con la obligación de asegurar su ejecución. Además, es necesario valorar si el mantener a la persona en prisión redundaría no sólo en la afectación de la salud de esa persona, sino también de la salud de todos los demás privados de libertad que indirectamente podrían ver reducidas sus posibilidades de atención médica por la necesidad de disponer más recursos para atender a aquella persona enferma.

De ese modo, lo anterior está condicionado a ciertas particularidades del caso, tales como las condiciones del centro o ámbito donde está recluida la persona enferma; las posibilidades reales de adecuada atención a su padecimiento; la probabilidad de trasladarla a otro sitio dentro o fuera del propio sistema carcelario para darle atención (ya sea dentro del mismo centro o modificando el régimen de seguridad); y, en definitiva, el pronóstico médico respecto a las complicaciones que el caso pudiera presentar en el supuesto de prolongarse su reclusión. En este sentido, existen una serie de padecimientos que, sin ameritar la estadía del paciente en un hospital, hacen necesaria su permanencia en un lugar donde sus actividades de la vida diaria puedan ser atendidas mediante un cuidado especial que no puede asegurarse en prisión, por ejemplo, en casos de enfermedades crónicas, neurodegenerativas, terminales o que, en general, supongan atenciones que solo puede brindar un cuidador especializado.

Así, cuando existan elementos que señalen que el reo ha sufrido o puede sufrir consecuencias graves por el precario estado de salud en que se encuentra, lo que hace que la ejecución de una sanción penal atente gravemente contra su vida e integridad o sea físicamente imposible de cumplir, al no existir los medios materiales y humanos dentro del centro de reclusión para atender tal situación, entonces se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad (arresto domiciliario, cambio de régimen de seguridad, libertad anticipada, ejecución diferida, por ejemplo) como medida de carácter extraordinario. Tal tipo de decisión, además de justificarse en razones de dignidad y humanidad, eliminaría riesgos institucionales derivados del deterioro de salud o riesgo de muerte de la persona en dichas condiciones dentro del centro penitenciario. En cualquier caso, si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.

Ciertamente en este caso el objeto de lo solicitado mediante los referidos incidentes era la libertad anticipada, en los que se alegaba la existencia de una enfermedad terminal o una situación extraordinaria. Es decir, ante determinada situación informada, el juez debía decidir si otorgaba un beneficio de redención de pena y la consecuente libertad anticipada. De este modo, es necesario aclarar que lo señalado anteriormente no significa que los jueces de

ejecución estén obligados a decidir en todos los casos por la libertad de la persona privada de libertad. Lo relevante es que los jueces de ejecución actúen con la mayor vigilancia y debida diligencia en función de las particulares necesidades de protección de la persona privada de libertad y los derechos en cuestión, particularmente si la enfermedad puede complicarse o agravarse ya sea por las circunstancias propias de la persona, por falta de capacidad institucional de atender la situación o por negligencia de las autoridades penitenciarias encargadas. Lo anterior implica que, en ejercicio de un adecuado control judicial de las garantías de las personas privadas de libertad, los jueces de ejecución deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada. De este modo, sea cual sea la decisión finalmente tomada, la misma debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación.

2.15. En consecuencia, para casos de personas privadas de su libertad que alegan afectación a su salud o vida, se debe considerar que:

- i. Los jueces deben resolver las incidencias de ejecución. Ante la inexistencia de mecanismos de supervisión y monitoreo externo de los servicios de salud, están obligados, en el marco de sus competencias, a garantizar una protección judicial con las debidas garantías a los internos. En consecuencia, el juez no puede dejar de lado la obligación de resolver cuando sea inquirido sobre la salud o integridad del interno a través de decisiones de improcedencia, pero solo en el supuesto que se señala.
- ii. Los jueces deben sopesar el interés del Estado en que se ejecute una condena penal válidamente impuesta con la necesidad de evaluar la viabilidad de continuar con el internamiento de personas condenadas que padecen determinadas enfermedades graves. La evaluación del juez pasa por resolver esta controversia, para lo cual la defensa y su contraparte deben de aportar los medios probatorios necesarios para tomar una decisión.
- iii. Cuando la patología de salud sea incompatible con la privación de libertad, se hace necesario procurar que la cárcel reduzca y mitigue los daños en la persona y que se brinde el trato más humano posible.
- iv. Si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permiten el ejercicio mínimo de derechos básicos, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas

a la prisión regular existen, sin que eso implique la extinción de la pena impuesta ni dejar de cumplir con la obligación de asegurar su ejecución.

- v. Se deben considerar: a) las condiciones del centro o ámbito donde está reclusa la persona enferma; b) las posibilidades reales de adecuada atención a su padecimiento; c) la probabilidad de trasladarla a otro sitio dentro o fuera del propio sistema carcelario para darle atención; d) el pronóstico médico respecto a las complicaciones que el caso pudiera presentar en el supuesto de prolongarse su reclusión.
- vi. Si es imposible asegurar la vida e integridad, entonces, se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad como medida de carácter extraordinario. Si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.
- vii. En este contexto, los jueces deben actuar con la mayor vigilancia y debida diligencia.
- viii. Los jueces deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada.
- ix. Sea cual sea la decisión, esta debe reflejarse en un adecuado razonamiento y debida motivación.

§. LOS PRONUNCIAMIENTOS INTERNACIONALES EN RAZÓN DE LA PANDEMIA

2.16. Aparte de lo reseñado hasta el momento, no puede dejar de reconocerse que nos encontramos en una situación excepcional. Al respecto ha habido pronunciamientos que debemos reseñar:

- i. La Resolución N.º 1/2020 "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas", adoptada por la Comisión de Derechos Humanos, del 10 de abril de 2020⁹, que indica que las medidas adoptadas por los Estados en la atención y contención del virus deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos. Los Estados de la

⁹ Recuperado de <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>

región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, entre otros; por ello, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos formula las siguientes recomendaciones a los gobiernos de los Estados miembros:

- a) Adoptar de forma inmediata, urgente y con la debida diligencia, todas las medidas que sean adecuadas para proteger los derechos a la vida, salud e integridad personal de las personas que se encuentren en sus jurisdicciones frente al riesgo que representa la presente pandemia.
- b) Guiar su actuación, de conformidad con los siguientes principios y obligaciones generales:
 - Ante las circunstancias actuales de la pandemia del COVID-19, que constituyen una situación de riesgo real, los Estados deben adoptar medidas de forma inmediata y de manera diligente para prevenir la ocurrencia de afectaciones al derecho a la salud, la integridad personal y la vida. Tales medidas deben estar enfocadas de manera prioritaria a prevenir los contagios y brindar un tratamiento médico adecuado a las personas que lo requieran.
 - Las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios “pro persona”, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada.
 - Aun en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de

requisitos —tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad— dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno.

c) Sobre las personas privadas de libertad, indicó que se deben:

- Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquellos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.
- Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, las evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes.
- Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica.
- Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia.

ii. La Declaración de la Corte IDH N.º 1/20, del 9 de abril de 2020, “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”¹⁰, que considera que:

- a) Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, entre otros.
- b) Dado el alto impacto que el COVID-19 pueda tener respecto a las personas privadas de libertad en las prisiones y otros centros de detención y en atención a la posición especial de garante del Estado, se torna necesario reducir los niveles de sobrepoblación y hacinamiento, y disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad.

2.17. En consecuencia, en este contexto de pandemia es obligación del juez evaluar los pedidos de libertad, siendo la prioridad las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, considerando, además, la gravedad del delito. Pero la libertad no es una consecuencia ineludible del pedido, pues el juez puede optar también por adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad para impedir el contagio intramuros del COVID-19 y se garantice la atención médica.

§. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL CASO EN CONCRETO

2.18. La defensa alega que se debe ejercer un control de convencionalidad que tenga como fin la no aplicación de determinadas normas nacionales que, únicamente en el contexto temporal y fortuito de una pandemia, pueden ser consideradas transgresoras de la normatividad de la CADH, toda vez que el

¹⁰ Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf

condenado (pese a serlo por un delito de corrupción de funcionarios) pertenece a un grupo de riesgo.

2.19. Siguiendo el esquema arriba mencionado, corresponde a esta SPE resolver esta incidencia que tiene relación con la alegación de probables vulneraciones a la vida e integridad del condenado, dentro del marco de sus competencias. Ello consistirá en la evaluación entre estos derechos y el cumplimiento de una pena legítima.

2.20. Para decantarse por una de estas opciones es necesario determinar:

- i. Si las condiciones carcelarias del condenado pueden reducir o mitigar los posibles daños a su salud y vida.
- ii. Si no fuera posible, cuál es la alternativa más adecuada a estos fines.

Estas consideraciones deben analizarse con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente los periciales y de carácter técnico, lo que se reflejará en un adecuado razonamiento y debida motivación.

2.21. Al respecto, mediante escrito de folio 958 se tiene el Oficio N.º 378-2020-INPE/01, del 3 de julio de 2020, emitido por el INPE, que contiene información sobre el estado del interno Ricardo Chang Racuay, se señala lo siguiente:

- i. El establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro tiene condición de recinto hacinado con 5191 internos (ha sobrepasado aproximadamente 432% su capacidad). No obstante, se están manteniendo y mejorando los ambientes, preservando la higiene en todas las zonas de dependencia, en especial la cocina.
- ii. Cuenta las 24 horas del día con suministro de agua potable, desagüe, energía eléctrica y telefonía pública.
- iii. Cuenta con el Área de Salud Penitenciaria que tiene una Clínica para la atención de enfermedades y emergencias de salud de los internos, así como de los internos que se encuentran hospitalizados con tratamiento médico especializado; cuenta con personal médico, odontólogo, licenciado y técnicos en



Firma
Digital

REPUBLICA DEL PERU
Firmado digitalmente por BARRIOS
ALVARADO Elmer FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 18:01:48:00

**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL ESPECIAL
EXPEDIENTE N.º 19-2019-10**

enfermería, quienes no se abastecen para atender a la población penal en el tópico de este establecimiento.

- iv. Existen limitaciones de personal de salud; por servicio de guardia se cuenta con un médico y dos técnicos de enfermería, en casos de emergencia, determinados por el personal médico del área de salud del centro penitenciario, se cuenta con 3 unidades móviles multiusos para la evacuación de los mismos.
- v. Con el MINSA, a través del Seguro Integral de Salud (SIS), se cubre la atención de los internos. De acuerdo con la red de asistencia con el Hospital de San Juan de Lurigancho, ubicado en la avenida Canto Grande-SJL, y con el Hospital Nacional Hipólito Unanue, ubicado en la avenida Cesar Vallejo N.º 1390, El Agustino, los internos que cuentan con seguro de atención médica por Essalud y FF. AA. y policiales son evacuados a su nosocomio, según corresponda.

2.22. Respecto al estado de salud del interno, se cuenta con el Informe Médico N.º 966-2020-INOE/18-234-SALUD, suscrito por el médico cirujano Víctor Ríos Palacios. Este documento señala como diagnóstico: hipertensión arterial, fibrilación auricular, diabetes mellitus tipo II, obesidad grado III, enfermedad renal crónica, psoriasis vulgar, onicomicosis pedís e insuficiencia venosa en miembros inferiores. Asimismo, señala como plan de trabajo y tratamiento: continuar con tratamiento: ibersartan 300 mg, atenolo 50 mg, saxagliptina/metformina 50/100 mg, rivaroxaban 20 mg, ibersartan 150 mg, clobetasol 0.05% crema, urea 20% en crema y continuar control y tratamiento por especialistas en cardiología, endocrinología, nefrología, dermatología y cirugía cardiovascular. En el referido informe médico no se señala que el interno padezca una enfermedad grave, crónica o terminal. En todo caso, puede interpretarse que la enfermedad crónica hace referencia a aquella de data anterior extensa pero que es pasible de control periódico. No existe información certera o contundente de los niveles de gravedad especial.



Firma
Digital

Firmado digitalmente por NEYRA
FLORES Jose Antonio FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 21:47:38 -05:00



Firma
Digital

Firmado digitalmente por GUERRERO
LOPEZ Ivan Salomon FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 20:39:06 -05:00

2.23. Asimismo, con escrito de folio 948, remitido por la defensa, refiere en el sumillado: “se informa el complicado estado de salud actual de mi patrocinado y se presenta documentación médica adicional y reciente (posterior a la solicitud primigenia que guarda estricta relación con la misma)”. Se aporta: a) receta de fecha 20 de julio de 2020, emitida por el cardiólogo José Manuel Sosa Rosado de la Clínica Internacional (folio 951); b) recetas únicas estandarizadas N.º 0019633, que tiene como fecha de atención el 21 de julio de 2020, emitidas por Ronny Chilón Troncos, del establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro (folios 952 y 953); c) Certificado Médico N.º 2094671, de fecha 18 de agosto de 2020, suscrito por el médico cirujano-cardiólogo José Manuel Sosa Rosado de la Clínica Internacional (folio 954), que señala: “paciente de alto riesgo cardiovascular, necesita tratamiento y cuidado diarios”¹¹.

¹¹ También obra en el expediente los siguientes documentos presentados por la defensa a fin de demostrar las enfermedades que invoca, que están vinculados con los informes médicos que se analizan en la presente resolución: **i)** Informe médico de Clínica Internacional N.º 2669-2019, de folio 814, sin firma de médico tratante, pero con visto bueno de Carlos Wong Chu, director médico de Sede San Borja, en el que presenta como diagnóstico: diabetes melitus descompensada, hipertensión arterial e insuficiencia renal aguda, luego es hospitalizado el 12 de octubre de 2016. **ii)** Informe Médico de Clínica Internacional N.º 2651-2019, de folio 815, sin firma de médico tratante, pero con visto bueno de Carlos Wong Chu, director médico de Sede San Borja, en el que presenta como diagnóstico: onicomycosis, onicogrifosis y onicocriptosis, se indica que el 15 de agosto de 2018 fue su última atención en Sede San Borja. **iii)** Informe médico de Clínica Internacional sin número, de folio 816, de fecha 24 de diciembre de 2019, sin indicar tipo de atención ni motivo de ingreso, firmado por María Teniente Urbina. **iv)** Informe médico de Clínica Internacional sin número, de folio 817, de fecha 20 de diciembre de 2019, correspondiente a una consulta externa, con diagnóstico: onicomycosis, onicogrifosis y onicocriptosis, sin sello, pero firmado sin reconocerse al médico tratante. **v)** Informe Médico de Clínica Internacional N.º 2606-2019, de folios 818-819, de 16 de diciembre de 2019, firmado por Christian Ortiz Morante, médico tratante de nefrología, en el que presenta como diagnóstico: diabetes mellitus con manifestaciones tardías: nefropatía diabética, hipertensión arterial y obesidad, se indica que su última consulta es de 18 de marzo de 2019. **vi)** Carta de Clínica Internacional, de folios 820-821, del 23 de diciembre de 2019, en el que transcribe informe médico, en el que se señala que requiere seguimiento estricto en lo posible mensual, apoyo familiar en el manejo de su diabetes mellitus más comorbilidades. El remitente no lo ha firmado. **vii)** Informe médico de Clínica Internacional sin número, de folio 822, de fecha 16 de diciembre de 2019, correspondiente a una consulta externa, con diagnóstico: diabetes, hipertensión arterial, obesidad, sin firma del médico tratante Han Morales Bayona. **viii)** Carta de la Clínica Internacional de 12 de diciembre de 2019, de folio 823, que señala remitir copia certificada de Historia Clínica N.º 2005028. **ix)** Informe médico de Clínica Internacional, de 10 de diciembre de 2019, de folio 824, sin número, firmado por Juan Manuel Sosa, con diagnóstico fibrilación auricular, hipertensión arterial u diabetes tipo 2. **x)** Informe médico de Clínica Internacional, de 10 de septiembre de 2019, de folio 825, sin número, firmado por Carmen Antón Olivera, con diagnóstico psoriasis vulgar, onicomycosis pedís y xerosis cutis. **xi)** Informe médico N.º 210-2020-INPE/18-234-SALUD,

Al respecto, debemos aclarar:

Que los documentos a) y b) guardan relación con las enfermedades que se evalúan en los informes médicos que estamos analizando en la presente resolución; y, en cuanto al punto c) cabe precisar que en esa fecha (18 de agosto de 2020) el recurrente se encontraba privado de su libertad y el propio certificado indica que se ha expedido a solicitud de un familiar, invocándose su historia clínica, pero sin encontrarse acreditada la realización de un examen personal o evaluaciones complementarias actualizadas, por consiguiente, este documento no posee fuerza acreditativa suficiente.

2.24. En el derecho corresponde a quien presenta una solicitud acreditar su pretensión. Conforme al principio de necesidad de prueba no se puede resolver sobre hechos alegados sin suficiente sustento acreditativo, en ese sentido, el artículo 188 del Código Procesal Civil señala que los medios de prueba tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones.

Como señala Taruffo, una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión es que esté fundada en una determinación verdadera de los hechos del caso [...] porque es evidente que un sujeto es efectivamente titular de un derecho solo si son verdaderos los hechos de los que depende en concreto la existencia de ese derecho¹².

Es decir, para declarar fundado un pedido es necesario que los presupuestos legales que habilitan esa declaración se hayan acreditado con base en pruebas o elementos de convicción, no basta la sola alegación, sino lo que se requiere es la prueba o acreditación del supuesto de hecho, que es lo único que habilita el otorgamiento de la consecuencia jurídica. Sin acreditación no hay derecho aplicable.

de folio 826, del 16 de abril de 2020, en el que se refiere que se hizo un examen físico actual, señalando como impresión diagnóstica: adulto mayor, diabetes mellitus tipo 2 en tratamiento, hipertensión arterial en tratamiento, arritmia cardiaca en tratamiento y psoriasis en tratamiento, firma Carlos de la Cruz Tasayco. **xii)** Recibo de mantenimiento de agosto de 2019 del Edificio Iluminare, de folio 827. **xiii)** Informe médico N.º 420-2020-INPE/18-234-SALUD, de folio 828, del 31 de mayo de 2020, en el que se refiere que se hizo un examen físico actual, señalando como diagnóstico: hemodinamicamente estable, diabetes mellitus, hipertensión arterial, arritmia cardiaca, insuficiencia venosa periférica, psoriasis y obesidad mórbida, sin sello visible.

¹² TARUFFO, Michele. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons. p. 134.

2.25. En el presente caso, la defensa alegó (y debe acreditar) que:

- i. El condenado es parte de un grupo de riesgo frente al COVID-19.
- ii. Sufre condiciones carcelarias de hacinamiento.
- iii. En el establecimiento penitenciario se han presentado motines que lo pondrían en riesgo.
- iv. En la celda del condenado se encuentran personas contagiadas con COVID-19.
- v. El sentenciado no cuenta con la posibilidad de acceder a atención médica.

Señala que estos hechos, de ser acreditados, serían contrarios a los estándares que establece el sistema regional de protección de derechos humanos, pues de lo reseñado hasta ahora se tiene que el Estado debe garantizar los derechos de las personas bajo su custodia, sobre todo de aquellos derechos que no son afectados por la sentencia que priva de libertad, como son los derechos a la salud, integridad y, obviamente, la vida. Ello implica una serie de situaciones, como el evitar el hacinamiento, que haya separación entre reclusos sobre bases razonables, que dentro del penal se tenga acceso a agua, alimentación atención médica, etc. Además, que el centro penitenciario debe poseer medidas de seguridad para los internos. En lo que es materia de discusión, el Estado debe garantizar una atención médica, pero adecuada y oportuna. Esto implica una revisión médica, regular, de tal forma que se cumpla el principio de equivalencia de la atención médica. Por lo que, de lo alegado por el solicitante debe de analizarse:

a) Sobre si el condenado es parte de un grupo de riesgo frente al COVID-19

- El "Documento Técnico: Atención y Manejo Clínico de Casos de COVID-19", aprobado por la Resolución Ministerial N.º 084-2020-MINSA, de 8 de marzo de 2020¹³,

¹³ Es de acotar que el Decreto Supremo N.º 083-2020-PCM, "Decreto supremo que proroga el estado de emergencia nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del COVID-19 y establece otras disposiciones",

tiene como un fin específico poner a disposición información actualizada sobre las características biológicas y de transmisión del virus de COVID-19, con base en evidencias técnicas y científicas internacionales disponibles.

- En ese sentido, en su capítulo VI “Contenido”, en específico en la parte: “1. Características principales del COVID-19”, señala que son grupos de riesgo para cuadros clínicos severos y muerte: Personas mayores de 60 años. Comorbilidades: hipertensión arterial, diabetes, enfermedades cardiovasculares, enfermedad pulmonar crónica, cáncer, otros estados de inmunosupresión.
- Al comparar esta información con el Informe Médico N.º 966-2020-INOE/18-234-SALUD, se advierte que el condenado presenta hipertensión arterial, fibrilación auricular, diabetes mellitus tipo II, obesidad grado III, enfermedad renal crónica. Además, este interno posee más de 65 años de edad. Por lo que está acreditado que es parte de un grupo de riesgo frente al COVID-19.
- Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que el JSIP indicó que, por principio de inmediación, se apreció que el condenado se encuentra estable y en buen estado de salud; no obstante, debe recordarse que una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta percepción de la práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esa percepción se extraen¹⁴, de la simple percepción no se puede determinar, por ejemplo, que si un testigo se muestra manifiestamente nervioso en el tribunal, por ello no es fiable, pues esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de

del 10 de mayo de 2020, en su artículo 8, señala que la edad para considerarse como grupo de riesgo es de 65 años.

¹⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. (2017). “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia. Inmediación e inferencias probatorias”. En: *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. N.º 33/2017. p. 4.

experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas. Con mayor razón con la sola observación una persona que no es profesional de la salud puede dar un diagnóstico, más cuando los estándares internacionales exigen para la prueba de la salud de las personas prueba científica.

b) Sobre si el condenado sufre condiciones carcelarias de hacinamiento

El Oficio N.º 378-2020-INPE/01 señala que el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro tiene condición de recinto hacinado con 5191 internos, lo que representa que ha sobrepasado aproximadamente 432% de hacinamiento; no obstante, el mismo documento señala que se están manteniendo y mejorando los ambientes, preservando la higiene en todas las zonas de dependencia, cuenta las 24 horas del día con suministro de agua potable, desagüe, energía eléctrica y telefonía pública, cuenta con un área de salud penitenciaria, entre otros. Por lo que se acredita el estado de hacinamiento en general, pero se deben considerar las particulares condiciones del centro o ámbito donde está recluso el condenado, pues está separado de otros reclusos, así que esto no lo afecta, pues —como se señaló en audiencia— solo comparte celda con una persona más. La acreditación de un hecho general, como el hacinamiento en todo el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro, no acredita un hecho particular, como es que el propio condenado sufra condiciones carcelarias de hacinamiento, para acreditar esta situación que alega la defensa no basta con citar resoluciones administrativas o generales que no se refieren a su caso, sino que debió adjuntar elementos de convicción, sobre la particular situación de su defendido, al no hacerlo no pudo acreditar este hecho, es más, en audiencia se acreditó lo contrario, por lo que no está probado este hecho para el condenado.

c) Sobre si en el establecimiento penitenciario se han presentado motines que lo pondrían en riesgo

La defensa no ha presentado información o elementos de convicción que acredite tal hecho. El 25 de setiembre del año en curso se publicó el Decreto Supremo N.º 11-2020-JUS que, en el punto de emergencia sanitaria por el COVID -19 en el sistema penitenciario peruano, en la página 40, señala que en el presente año se han producido 17 motines en los establecimientos penitenciarios sin que existan elementos de juicio para considerar que alguno de esos eventos haya afectado o puesto en riesgo la vida o la salud del recurrente.

d) Sobre si en la celda del condenado se encuentran personas contagiadas con COVID-19

Al respecto, la defensa no ha presentado información o elementos de convicción que acredite tal hecho, tampoco es un hecho notorio o público, por ende, ante esta falta de acreditación por parte de la defensa, no se tiene acreditado.

e) Sobre si el condenado no cuenta con la posibilidad de acceder a atención médica

- El Oficio N.º 378-2020-INPE/01 señaló que el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro cuenta con el Área de Salud Penitenciaria que tiene una Clínica para la atención de enfermedades y emergencias de salud de los internos, pero el personal médico no se abastece para atender a la población penal.
- Por servicio de guardia se cuenta con un médico y dos técnicos de enfermería y, en casos de emergencia, determinados por el personal médico del área de salud del establecimiento penitenciario, se cuenta con tres unidades móviles multiusos para la evacuación de los mismos. Asimismo, con el Ministerio de Salud, a través del SIS, cubre la atención de los internos.

- La defensa afirma que no hay posibilidad de que el interno acceda a la atención médica, es decir, no existe ninguna forma de atención, irremediamente sus dolencias se agravaran, se contagiará de la enfermedad del COVID-19 y morirá o se afectará gravemente su salud.
- Para establecer si es que un razonamiento probatorio está correctamente fundamentado, TOULMIN¹⁵ ha propuesto el siguiente esquema: se tiene que ubicar la tesis, que es el hecho a probar; la base, es decir, el hecho probatorio del cual se desprenderá el primero; la garantía, que será el vehículo entre ambos; y, el respaldo, que sustenta a este último. Al respecto, si reconstruimos el razonamiento de la defensa, su línea argumental es la siguiente:
 - Como hecho base, del cual se deriva la conclusión (que es la afectación a la vida o salud), es que el condenado no cuenta con la posibilidad de acceder a atención médica.
 - No obstante, ello no es así, como señala el oficio citado, el MINSA, a través del SIS cubre la atención de los internos, de acuerdo con la red asistencial con el Hospital de San Juan de Lurigancho, ubicado en la avenida Canto Grande-San Juan de Lurigancho y con el Hospital Nacional Hipólito Unanue ubicado en la avenida Cesar Vallejo N.º 1390 de El Agustino¹⁶. Los internos que cuentan con seguro de atención médica por Essalud y Fuerzas Armadas y Policiales son evacuados a su nosocomio, según corresponda.
 - Es decir, la base de su razonamiento no es del todo cierto, ya que sí existe posibilidad de atención, más aún cuando es obligación de la administración

¹⁵ TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; y, JANIK, Allan. (2018). *Una introducción al razonamiento*. Lima: Palestra editores. pp. 56 y 57.

¹⁶ Debe recordarse que el artículo 3 Decreto Legislativo N.º 1164, Decreto Legislativo que establece disposiciones para la extensión de la cobertura poblacional del SIS en materia de afiliación al Régimen de Financiamiento Subsidiado, de 7 de diciembre de 2013, facultó a la SIS a afiliarse en forma directa a las personas reclusas en centros penitenciarios, o que residen en centros de atención residencial de niñas, niños y adolescentes (públicos y privados), centros juveniles de diagnóstico y rehabilitación a cargo del Poder Judicial y personas en situación de calle.



penitenciaria proveer lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud, teniendo en cuenta las políticas nacionales de salud y especialmente los lineamientos y medidas establecidas por el Ministerio de Salud (artículo 76 del CEP). Asimismo, como señala el artículo 124 del Reglamento del CEP, la administración penitenciaria debe brindar una atención médico sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población en libertad. Incluso, se debe atender su salud no solo dentro del establecimiento penitenciario, pues, cuando su estado lo exija, debe ser inmediatamente trasladado al centro de salud público más cercano a fin de que se le provea las atenciones inmediatas que requiera para cualquiera de las enfermedades que podría presentarse, con la seguridad que corresponde, conforme con los artículos citados y el artículo 82 del CEP que prevé las condiciones de la atención médica especializada fuera del establecimiento penitenciario, así como el artículo 129 del Reglamento del CEP que señala que, cuando el interno requiera atención médica, consulta, diagnóstico u hospitalización en un centro hospitalario, el personal de salud comunicará al director del establecimiento penitenciario, quien dispondrá lo necesario para efectuar el traslado, considerando el estado de salud del interno. Es decir, la posibilidad existe y corresponde al Estado asumir la responsabilidad de llevarla a cabo a través del respectivo órgano de ejecución. En ese sentido, se ha señalado, en la resolución recaída en el Expediente N.º 205-2018-2 de esta SPE, que la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud.

Es así que el Estado asume un deber, como garante de la salud de las personas bajo su custodia, sin embargo, dicho deber no es de carácter absoluto, sino que se circunscribe a un deber de no exponerlos a situaciones



que pudieran comprometer o afectar su salud, lo cual implica que el INPE, como órgano competente encargado de la dirección y administración del sistema penitenciario, es el responsable de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de las personas reclusas y debe, por tanto, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica (STC, recaída en el Exp. N.º 00925-2009-PHC/TC). En ese sentido, es un hecho público que los internos del penal Castro Castro recibieron pruebas COVID-19 el 15 de agosto de 2020; en total fueron 5184 los internos sometidos a las pruebas médicas¹⁷. Asimismo, en la Política Nacional Penitenciaria al 2030, aprobado por Decreto Supremo N.º 011-2020-JUS, del 25 de septiembre de 2020, se señala que se formuló un plan específico en el INPE orientado a realizar acciones específicas para atender la emergencia sanitaria, a partir del cual se han desarrollado acciones como la compra de insumos de limpieza y protección personal para las personas privadas de libertad y los servidores penitenciarios, además de la aplicación de pruebas para detectar el virus entre los trabajadores y las personas privadas de libertad. A estas medidas también incluyó la implementación de áreas para el aislamiento de pacientes con COVID-19, además de la activación del ex establecimiento penitenciario de San Jorge como área para tratar internos con COVID-19, entre otros.

- Como conclusión, se observa que la base del razonamiento de la defensa no está suficientemente acreditada, pues no posee elementos de convicción que puedan marcar la diferencia sustancialmente; por el contrario, de los oficios y normas, se advierte que sí existe la posibilidad de atención.

2.26. No obstante, que la defensa no haya podido probar todas sus afirmaciones y lograr su pretensión, el numeral 2 del artículo 489 del CPP

¹⁷ Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/2020/08/15/internos-del-penal-castro-castro-recipientes-pruebas-covid-19-anuncia-ministra-neyra/>.

señala que: “[...] 2. El Juez de la Investigación Preparatoria está facultado para resolver todos los incidentes que se susciten durante la ejecución de las sanciones establecidas en el numeral anterior. Hará las comunicaciones dispuestas por la Ley y practicará las diligencias necesarias para su debido cumplimiento”, lo que debe ser concordado con lo que ya ha señalado esta SPE en el fundamento 8.13. de la resolución recaída en el Expediente N.º 205-2018-2: “el juez [...] debe considerar, en virtud de las obligaciones convencionales asumidas por el Estado, que la privación de libertad es una posición de vulnerabilidad —para el acceso de justicia— que dificulta el ejercicio pleno de los demás derechos; así también, que la Comisión y la Corte IDH, ante las circunstancias actuales de la pandemia por el COVID-19, han evidenciado la necesidad de adoptar medidas para la protección de los derechos humanos, para cuyos efectos se ha recomendado que las autoridades procedan con una diligencia extraordinaria para prevenir la ocurrencia de afectaciones a los derechos a la vida, salud e integridad personal”.

2.27. Entonces, esta SPE, luego de analizar todas las aristas del caso, debe señalar que la sola posibilidad de resguardar la salud del interno no basta para decir que se cumplen con los estándares de la Corte IDH, pues se debe tener la seguridad de ello, ya que, como señaló este órgano internacional en el caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, la atención médica debe ser proporcionada regularmente, brindando el tratamiento adecuado que sea necesario y a cargo del personal médico calificado cuando este sea necesario.

En el mismo sentido, en el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, se señaló que es obligación de los Estados garantizar el acceso igualitario a la atención de la salud respecto de personas privadas de libertad, así como por la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios “[...] Las personas privadas de libertad que padezcan enfermedades graves, crónicas o terminales no deben permanecer en establecimientos carcelarios, salvo cuando los Estados puedan asegurar que tienen unidades adecuadas de atención médica para brindarles una atención y tratamiento especializado adecuados, que incluya espacios, equipo y personal calificado (de medicina y enfermería)”.

2.28. Como se advierte, de una comparación entre la información ofrecida por INPE en el Oficio N.º 378-2020-INPE/01, ya analizado, y los estándares de la Corte IDH, se advierte que las condiciones de atención médica no se condicen exactamente con estos estándares, pues hay falencias no superadas en cuanto a la capacidad de atención. Además, debe considerarse que el propio Poder Ejecutivo ha aceptado la situación grave por la que pasa el sistema carcelario, lo que es un hecho público, pues en la Política Nacional Penitenciaria al 2030, aprobado por Decreto Supremo N.º 011-2020-JUS, del 25 de setiembre de 2020, se señala en su diagnóstico “Emergencia sanitaria por Covid-19 en el sistema penitenciario peruano” que, no obstante las acciones realizadas, las críticas condiciones del sistema penitenciario siguen facilitando determinados escenarios negativos, como que en agosto de 2020 se registraron contagios en 21 648 internos y en 2868 servidores del INPE.

Así también, el número de fallecidos ha alcanzado a 346 personas privadas de libertad y a 39 servidores del sistema penitenciario. Esta situación ha generado angustia y violencia en los establecimientos penitenciarios, en los cuales se había registrado un total de 17 motines en lo que va del año. Sin embargo, como se puede apreciar en este informe que ciertamente resulta adverso a nivel general, no existen datos específicos del establecimiento penal Castro Castro.

2.29. El mismo documento señala que el INPE cuenta con 60 médicos como personal que cumplen la atención de la totalidad de población penitenciaria. Esto equivale a una razón de un médico por cada 1593 internos. No obstante, debe mencionarse que los internos pueden recibir atención no solo por parte de los médicos de INPE, sino que también pueden atenderse por el sistema de salud público o privado. La provisión del servicio de salud se hace problemática por sí misma al dar cuenta de los diversos actores que pueden participar en ella. En primera instancia, un interno puede atender una situación de salud en un establecimiento de salud ubicado al interior del penal, pero también puede recibir la atención por parte del personal del Ministerio de Salud, cuando este ingresa a los penales. En casos de emergencias, los internos son evacuados a hospitales, lo cual es bastante demandante para la seguridad del establecimiento penitenciario; y por otras atenciones los internos también podrían recibir tratamiento en las

instalaciones del sistema nacional de salud. La atención de salud brindada por el sistema nacional y el INPE se encuentra coordinada a través de experiencias como la afiliación de la Población Privada de Libertad (PPL) al SIS. Al tercer trimestre de 2019, la población afiliada a este seguro llegaba al 92% del total. Además, resalta que no se cuenta con información específica sobre población con enfermedades crónicas no transmisibles (diabetes, hipertensión, otras), pero el personal de INPE ha manifestado que estas vienen en aumento, y que existe un serio déficit de recursos para atenderlas.

Es importante señalar que, como antecedente de este documento, se tiene la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 05436-2014-PHC/TC-TACNA, caso C.C.B., del 26 de mayo de 2020, que señaló que a septiembre de 2019 el 67% de la infraestructura en salud de los penales son consideradas como de mala calidad por el INPE. Por ello, en atención a esta mala calidad, tanto por el hacinamiento, mala infraestructura y los malos servicios, el Tribunal Constitucional considera necesario y plenamente justificado recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de evitar mayores vulneraciones a los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad, más aún en contextos acuciantes como las emergencias sanitarias, como es el caso del COVID-19, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA.

De ahí que ordenara el establecimiento de medidas a corto, mediano y largo plazo para superar las severas deficiencias en la infraestructura de los establecimientos penitenciarios, instalaciones sanitarias, de salud, de seguridad, entre otros servicios básicos, a nivel nacional; y, exhortar a que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos evalúe, en un plazo no mayor a 3 meses, la reestructuración integral del INPE, a fin de redimensionar el tratamiento penitenciario con fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

2.30. Este estado de cosas, bajo una valoración amplia, se evidencia que las condiciones carcelarias no son las óptimas y no se conciben con los estándares internacionales, por lo que se hace necesario que esta SPE analice con qué alternativas cuenta el Estado para garantizar los derechos del condenado.

§. ALTERNATIVAS PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DEL RECURRENTE



2.31. La defensa solicita alternativas para resguardar los derechos del interno que no se ven satisfechos con la situación actual. Propone que se convierta su pena privativa de libertad de ejecución efectiva por la pena de vigilancia electrónica, para lo cual no se tendría que aplicar las prohibiciones contenidas en el literal c) del numeral 5.1 del Decreto Legislativo N.º 1322; o, en su defecto, la conversión de penas privativas de libertad por penas alternativas del Decreto Legislativo N.º 1300, para lo cual no se tendría que aplicar la prohibición del segundo párrafo del literal b) del primer párrafo de su artículo 3. Por último, en defecto de estas dos opciones, solicita una pena restrictiva de derechos u otra que tenga a bien considerar el juez.

2.32. Conforme con los estándares establecidos por la Corte IDH en el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala, se debe evaluar:

- i. Si existe un peligro de daño a la vida o la integridad personal y el encierro no permite el ejercicio mínimo de derechos básicos, los jueces deben revisar qué otras medidas alternativas o sustitutivas a la prisión regular existen.
- ii. Se debe considerar: i) las condiciones del centro o ámbito donde está reclusa la persona enferma; ii) las posibilidades reales de adecuada atención a su padecimiento; iii) la probabilidad de trasladarla a otro sitio dentro o fuera del propio sistema carcelario para darle atención; iv) el pronóstico médico respecto a las complicaciones que el caso pudiera presentar en el supuesto de prolongarse su reclusión.
- iii. Si es imposible asegurar la vida e integridad, entonces, se justifica considerar la aplicación de un sustitutivo de la pena de privación de libertad como medida de carácter extraordinario.
- iv. Si el juzgador no adoptara otra medida sustitutiva, le corresponde ejercer el control sobre las actividades administrativas ejercidas previamente y, de encontrarse errores, ordenar su inmediata subsanación o reparación.
- v. Los jueces deben adoptar sus decisiones con base en la más amplia valoración de elementos probatorios, particularmente periciales y de carácter técnico, incluidas visitas o inspecciones al centro penitenciario para verificar la situación planteada.

2.33. En el presente caso, como se ha advertido, las condiciones del establecimiento penitenciario no son las óptimas para la salud del condenado, no obstante, esto no quiere decir que no se pueda establecer la obligación de cuidar preferentemente la salud del condenado, en atención a que pertenece a un grupo de riesgo (y no a un grupo con enfermedad grave, crónica y terminal, como se señala en el caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala); considerando, además, que aunque el apelante indica que estar interno en penal significa convertir su pena en una de muerte, han transcurrido 7 meses desde la declaratoria de estado de emergencia por coronavirus en nuestro país y en los establecimientos penitenciarios continúan restricciones propias por su naturaleza para evitar contagios y no hay información que el interno se haya contagiado por el coronavirus; esto quiere decir que existe un esfuerzo por un adecuado control de sanidad del interno y esfuerzos por cuidar de su salud, encontrándose el penado ejerciendo un control adecuado para evitar el contagio. Asimismo, no hay información de que haya altas tasas de muerte por comorbilidad en ese penal.

2.34. También debe considerarse que siempre hay personal médico en el establecimiento y que, en casos de emergencia, se cuenta con las facilidades para trasladar al interno a un establecimiento de salud fuera del penal.

En ese sentido, esta medida (la obligación de cuidar preferentemente la salud del condenado) cumple con los cánones de la proporcionalidad para la salvaguarda de los derechos del interno. Este principio, previsto en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, es un parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales (STC, recaída en el Exp. N.º 4677-2004-PA/TC, folio 26). En la medida que las decisiones judiciales tienen una permanente incidencia sobre los derechos fundamentales, la invocación del principio de proporcionalidad resulta plenamente válida también tratándose del control de este tipo de decisiones. El presupuesto para su aplicación es siempre la presencia de dos principios constitucionales en conflicto y una decisión que afecta alguno de estos principios o bienes constitucionales. De este modo, la aplicación del principio de proporcionalidad debe suministrar elementos para determinar si la intervención, en uno de los principios o derechos en cuestión, es

proporcional al grado de satisfacción que se obtiene a favor del principio o valor favorecido con la intervención o restricción. El test está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (STC, recaída en el Exp. N.º 4677-2004-PA/TC).

Por la idoneidad, la conclusión a la cual se arribe debe ser la más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que se realice debe ser conveniente, jurídicamente hablando y contar con un fin legítimo (STC, recaída en el Expediente N.º 6712-2005-HC/TC).

En este caso, con la obligación de cuidar preferentemente la salud del condenado en atención a que pertenece a un grupo de riesgo, se está ordenando una medida más asertiva e intensa de parte de la administración penitenciaria, con lo que se logrará los fines que debe perseguir el Estado, como es que se cumplan las sentencias en los propios términos en que fueron dictadas, efectivizando su ejecución y los fines que persigue la sanción en el derecho penal, pero también logra cuidar la salud y vida del interno.

En cuanto a la necesidad, señala la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 0030-2004-AI/TC que, para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental. No obstante, esto debe hacerse sin perder el fin constitucional que se busca proteger, de ahí que la medida adoptada es la necesaria, pues la obligación de cuidar preferentemente la salud del condenado, en atención a que pertenece a un grupo de riesgo, logra proteger su salud y vida sin perder los fines de la justicia.

Sobre la proporcionalidad estricta, señala la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 0030-2004-AI/TC, que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental,

al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso. La medida adoptada es proporcional en sentido estricto, toda vez que se cuida la salud e integridad y se ejecuta la pena en sus propios términos. Además, debe considerarse que el Estado peruano ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como la Convención Americana contra la Corrupción, por lo que es política criminal del estado la lucha contra la corrupción, de ahí que la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 00017-2011-PI/TC, establece que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones van contra las bases mismas del Estado.

De ahí que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que el Tribunal Constitucional ha deducido de los artículos 39 y 41 de la Constitución, así como del orden democrático previsto en el artículo 43 del mismo instrumento, lo que debe ser tomado en cuenta en relación a los delitos que son materia de sanción, referidos a graves actos de corrupción.

Estando a esta posibilidad y siendo obligación del Estado cuidar de la salud del interno, no se justifica considerar la aplicación de una alternativa a la pena privativa de libertad, más aún cuando una medida de este rango solo es una de carácter extraordinario, como señalan los estándares de la Corte IDH.

En consecuencia, corresponde al juzgador ejercer el control sobre las actividades administrativas para la atención de salud del interno, para ello se debe exhortar al director del establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro que adopte medidas idóneas y necesarias que garanticen la salud y vida del condenado Ricardo Chang Racuay, debiendo brindar las facilidades para su atención médica las veces que la requiera, así como acceder a la medicación y evaluaciones que requiera su salud, realizando acciones, de ser el caso, para evitar el contagio con el COVID-19 al interior del establecimiento penitenciario.

Esta decisión se condice parcialmente con el pedido de la defensa de una alternativa en caso no proceda la conversión a vigilancia electrónica, pero solo parcial, en tanto no implica la liberación del sentenciado.

Al no darse el supuesto de hecho para una excarcelación del interno, no corresponde analizar los defectos formales y omisiones en que cayó la defensa al plantear el pedido de conversión de pena por vigilancia electrónica y otras.

Sobre la base de estos argumentos cabe integrar la recurrida en aplicación de lo previsto por el artículo 124.2 del CPP, resultando evidente que la exhortación dispuesta por el JSIP es insuficiente.

§. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

2.35. Como señala el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso abandonar la tesis según la cual la Constitución Política era una mera norma política, para consolidar la doctrina, conforme con la cual es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido vinculante para todos. En consecuencia, sus normas vinculan a todo el ordenamiento jurídico, supremacía normativa que tiene dos vertientes: **a)** objetiva, por la que la Constitución Política preside el ordenamiento jurídico (artículo 51 de la Constitución); y **b)** subjetiva, por la cual ningún acto de los poderes públicos (artículo 45 de la Constitución) o de la colectividad en general (artículo 38 de la Constitución) puede vulnerarla válidamente (STC, recaída en el Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005).

2.36. En consecuencia, todas las normas o actos que se opongan a la norma fundamental son pasibles de un control constitucional, sea a través de un control concentrado (encargado al Tribunal Constitucional) o un control difuso (encargado a los demás jueces de la Nación), pues, como señala el Tribunal Constitucional, el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez. El artículo 138 de la Constitución lo habilita como mecanismo para

preservar el principio de supremacía constitucional (STC, recaída en el Exp. N.º 2502-2005-HC/TC, del 24 de junio de 2005).

2.37. Como desarrollo legal de este principio constitucional, el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que los magistrados, al momento de fallar, cuando encuentren que hay incompatibilidad entre una norma de rango legal y una disposición constitucional, preferirán la constitucional.

Cuando ello ocurre, estas resoluciones son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Asimismo, en estos casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional para el caso concreto, sin afectar su vigencia. Entonces, como señala la Consulta N.º 8427-2015-Puno, del 11 de marzo de 2016, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad.

2.38. En ese sentido, señala GARCÍA TOMA que en este caso no existe un órgano contralor especial o *ad hoc*. La totalidad de jueces tienen facultades para establecer la inconstitucionalidad de una norma dentro del marco de una controversia concreta. Dicha facultad se disemina en la vastedad de todos los órganos jurisdiccionales del ente judicial, los cuales poseen el poder-deber de no aplicar una norma inconstitucional en aquellos casos sometidos a su conocimiento. La situación de inconstitucionalidad debe entenderse como una cuestión incidental respecto a la controversia concreta, ergo, no puede ser planteada como una acción directa¹⁸.

2.39. En consecuencia, la facultad legal para pronunciarse sobre este extremo se ubica en la propia Constitución y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es un deber de la magistratura pronunciarse cuando se ha instado. No obstante, no puede dejarse de tener en cuenta que estamos ante un control excepcional, pues se ejerce como *ultima ratio*

¹⁸ GARCÍA TOMA, Víctor. (2013). "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de constitucionalidad y el modelo de control derivado y sinérgico". Revista Derecho y Sociedad. N.º 40, pp. 16-22.

(Consulta N.º 8427-2015-Puno); por ello, no puede ser ejercida de forma irrestricta, posee límites de tal forma que no se vulnere el ordenamiento jurídico y constitucional, de ahí que la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, del 16 de agosto de 2016, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, haya emitido criterios para estos efectos. Así, el juez debe:

- a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, en consecuencia, quien afirme que una norma infringe la jerarquía de la norma constitucional, debe demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.
- b) Realizar el juicio de relevancia, es decir, debe verificar que la norma cuestionada sea la aplicable al caso.
- c) Luego de identificar la norma del caso, debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva, para lo cual debe distinguir entre disposición y norma; en ese sentido, deberá agotar los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma.
- d) Por último, debe identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal supera el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.40. En el presente caso se debe de partir en abstracto de la presunción de validez las normas cuestionadas, lo que no se cuestiona, al contrario, la defensa impugna que la situación concreta de la pandemia hace devenir en ilegítima la aplicación de la norma a su caso concreto.

2.41. En ese sentido, corresponde a la defensa acreditar que, en el caso concreto, se pone en riesgo la vida y salud del condenado y no existe otra opción que no aplicar las normas que denuncia el recurrente.

No obstante, como se advirtió en los fundamentos 2.25 a 2.30, la defensa no ha podido demostrar todos sus hechos alegados, lo que

podría haberle dado sustento fáctico para aplicar la consecuencia jurídica.

§. DECISIÓN DE LA SALA SOBRE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Sin perjuicio de ello, esta SPE, bajo una valoración estricta, determina que la defensa no ha acreditado los presupuestos para resolver la inaplicación de las normas invocadas para tal fin. Sin embargo, deben garantizarse los derechos a la salud y atención médica de acuerdo con su peculiar situación personal, lo que tiene relación con los derechos a la salud, integridad y vida, reconocidas en la Constitución Política del Perú, normas relevantes y que identifican los derechos en cuestión que, al ser analizados bajo el test de proporcionalidad, como se ha hecho en el fundamento 2.34, establece que corresponde implementar —vía integración— una alternativa que cumpla con proteger los derechos del interno.

§. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

2.42. Señala la defensa que la resolución de primera instancia es deficiente en la motivación externa: justificación de las premisas, toda vez que el juez eligió, para formar su premisa mayor, el principio de legalidad (que nunca fue cuestionado), así como la suscripción y ratificación de los convenios anticorrupción y OCDE, entre otros. Pero omite el estado de cosas inconstitucional señalado por el Tribunal Constitucional.

Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.º 00728-2008-PHC/TC-Lima, caso LLamoja, del 13 de octubre de 2008, este defecto se presenta cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. No obstante, no son las únicas premisas en las que se basa el JSIP para dar respuesta al pedido de la defensa, pues también analizó las condiciones y estado de salud del peticionante, a tal punto que la propia defensa señaló que el JSIP hizo un control de fondo y no solo de forma. Además, la defensa argumenta que no se tuvo en cuenta el estado de cosas inconstitucional declarado por el Tribunal Constitucional, pero esto no abona a que el juez haya caído en una falta de justificación de sus premisas, no se explica la conexión lógica

entre ambas afirmaciones y que esto devenga en una falta de motivación externa.

2.43. Sin perjuicio de lo anterior, como bien señala el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que las sustentan en las que ha basado su argumento. En todo caso, mediante la presente resolución se está complementando la motivación frente a las omisiones tangenciales.

En ese sentido, la defensa también señala que el JSIP afirmó argumentos contrarios a la realidad, al considerar que la defensa no señaló las disposiciones del tratado en el control de constitucionalidad, no incorpora los principios de razonabilidad y proporcionalidad; también argumenta que es imposible que el JSIP, observando al condenado en el acto de audiencia pública, pueda determinar que se encuentra estable y en buen estado de salud, pero —como se señaló— esto también se ha subsanado en la presente resolución, reconociendo los argumentos de las partes y dando respuesta en su momento acerca de cada cuestión planteada.

Por último, rechaza la defensa que el Informe Médico N.º 966-2020-INPE/18-234-SALUD señale que el condenado se encuentre recibiendo control y tratamiento por especialistas. Al respecto, cabe aclarar que lo nuclear para la inaplicación de normas invocadas vía control de convencionalidad, se residencia en una transgresión a garantías constitucionales protegidas por los tratados, que, sin embargo, no se han acreditado.

No obstante, el juez o jueza es garante de los derechos fundamentales y no es ajeno a circunstancias concretas de riesgo que puede padecer quien esté en prisión. En ese sentido, la coyuntura sanitaria inédita obliga a que esta Sala Suprema dicte medidas en el horizonte de garantizar la salud y la vida del recurrente.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República **RESUELVE:**

- I. **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **RICARDO CHANG RACUAY**.
- II. **CONFIRMAR** la Resolución N.º 15, de fecha 24 de agosto de 2020, emitida por el señor juez del Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (folios 991-1040), que resolvió:
- I. **DECLARAR IMPROCEDENTE** la conversión de pena privativa de la libertad efectiva de cinco (5) años, siete (7) meses y quince (15) días, en ejecución, por la pena de vigilancia electrónica personal.
- II. **DECLARAR IMPROCEDENTE** el **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD** y **CONTROL DIFUSO** respecto al literal c del numeral 5.1 del artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1322 y segundo párrafo del literal b del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1300.
- [...]
- III. **INTEGRAR** la resolución recurrida, disponiendo la medida consistente en la **obligación de cuidar la salud del condenado recurrente**, que significa que se adopten las acciones idóneas y necesarias que garanticen su salud, debiendo brindar las facilidades para su atención médica las veces que necesite, por las enfermedades que padece, así como acceder a la medicación y evaluaciones correspondientes, realizando acciones, de ser el caso, para evitar el contagio por el COVID-19 al interior del establecimiento penitenciario y, en situaciones debidamente justificadas, el traslado inmediato al centro de salud más próximo para la atención que corresponda de acuerdo a ley; debiendo, el Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria, realizar la supervisión en forma periódica y sistemática de su cumplimiento. Dichos servicios de salud deben mantener un nivel de calidad razonable para velar por el acceso a la salud garantizando la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de tales servicios¹⁹.
- IV. **DISPONER** que, para el debido cumplimiento de lo previsto en la presente resolución, **SE CURSE OFICIO** al director del establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro.

¹⁹ Según parámetros de la sentencia del caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala citado en la presente resolución que esta Suprema Sala siguiendo los estándares internacionales los asume.



V. NOTIFICAR la presente resolución con arreglo a ley.

S. S.

BARRIOS ALVARADO



Firmado digitalmente por BARRIOS
ALVARADO Elvia FAU 20159981216
soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 19:45:38 -05:00

NEYRA FLORES



Firmado digitalmente por NEYRA
FLORES Jose Antonio FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 22:16:26 -05:00

GUERRERO LÓPEZ

NF/jhsc



Firmado digitalmente por GUERRERO
LOPEZ Ivan Salomon FAU
20159981216 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 02.11.2020 20:59:39 -05:00