

REPLANTEAMIENTO DEL RÉGIMEN DE ACCESO A LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE EFECTOS EXCARCELATORIOS EN EL PERÚ

Ricardo A. Brousset Salas

Magister en Derecho con Mención
en Ciencias Penales por la UNMSM.

Profesor asociado de Derecho Procesal Penal en Pre-Grado y
Post-Grado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.

SUMARIO:

Presentación	409
1.- Naturaleza jurídica de los Beneficios Penitenciarios	411
2.- El Tratamiento resocializador, su progresividad y los Beneficios Penitenciarios de efectos excarcelatorios	415
3.- Los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorios y las otras funciones específicas (protección social y prevención general) que nuestro sistema penal le asigna a la pena	419
4.- El manejo político criminal de los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorios en nuestro país	420
5.- Necesidad de replantear el Régimen de acceso a los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorios	425
5.1.- Principio de Legalidad	426
5.2.- Principio de Individualización Judicial	426
5.3.- Principio de Excepcionalidad de la prohibición absoluta	427
6.- Conclusiones	428
7.- Bibliografía	429

1.- Presentación

Con propósito de la entrada en vigencia de la prohibición al acceso a Beneficios Penitenciarios (excepto la redención de la pena por el trabajo o estudio) para los sentenciados por los "delitos agravados", a que refería el Decreto Legislativo N° 896, contenida en el numeral octavo del Decreto Legislativo N° 897, se produjo tanto en el foro nacional como en la magistratura

(judicial y fiscal) un intenso debate respecto a la naturaleza jurídica de tales beneficios penitenciarios y a la conveniencia o no de su prohibición; el que dio lugar a pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios, esto en medio de una ola generalizada de protesta por parte de los internos de los principales centros penales del país, por la exclusión de tales beneficios a un grueso sector de la población penada, situación que motivó el interés en la clase política por la solución del "problema" generado por la norma prohibitiva de marras".

Es en este contexto que con el consenso de todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento Nacional, se aprobó la Ley N° 27472 por la cual se derogó los Decretos Legislativos antes glosados, reduciéndose (aún a conminaciones desproporcionadas) la penalidad para los delitos de secuestro, violación sexual de menores de catorce años, así como su figura agravada por muerte o lesión grave en la víctima, robo, robo agravado y extorsión; y derogándose tanto el absurdo trámite especial que se establecía para el procesamiento de tales delitos, como la prohibición de los beneficios penitenciarios en los términos antes señalados (y no solo respecto de aquellos que permiten la excarcelación anticipada) que regía para los delitos en mención; norma que fuera promulgada por el Ejecutivo y publicada en el Diario Oficial con fecha 05 de Junio del 2001.

Es el caso que la misma opinión pública que inicialmente se evidenció sensibilizada por la protesta de los reclusos y sus familiares, reaccionó contrariamente a la medida legislativa adoptada (soliviantada por algunos medios periodísticos) reclamando la reimplantación del rigor en las medidas penales para los autores de tales delitos, especialmente respecto de los delitos de Violación sexual de menores de edad; siendo que en respuestas casi inmediata, el Congreso por unanimidad aprobó con fecha 15 de Junio del mismo año, la Ley N° 27507 que no solo, repuso la sobrepenalización para el delito de violación sexual de menores, sino también la prohibición de los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional para los condenados por dicho delito; y adicionalmente estableció la prohibición de indulto presidencial para el ilícito en mención¹.

El contexto socio-político-jurídico referido líneas arriba, hace necesario el análisis sobre la real naturaleza, alcances y límites de los Beneficios Penitenciarios de efectos excarcelatorios en nuestro país; así como la búsqueda de

¹ Ley que al no haber sido promulgada por el señor Presidente de la República dentro del plazo previsto en nuestra Constitución, lo fue por el Congreso en la forma prevista en el numeral 108 de nuestra Carta Fundamental.

fórmulas jurídicas que permitan, conciliando el garantismo penal con la función integral que debe cumplir la pena, para satisfacer las exigencias político-sociales de lucha contra la criminalidad dentro del contexto de la constitucional, replantear el Régimen de acceso a dichos Beneficios Penitenciarios, teniendo como eje los principios de Legalidad, Individualización Judicial y Excepcionalidad de la prohibición absoluta.

El presente trabajo que pongo a vuestra consideración, tiene como base la ponencia que bajo el título "Alcances y Límites de los Beneficios Penitenciarios en el Perú", sustentáramos en el Primer Congreso Nacional de Sistema Penal y Ejecución Penal realizado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos los primeros días del mes de Julio del presente año; y sistematiza nuestro modesto análisis en búsqueda de un adecuado replanteamiento alternativo a las fórmulas político-criminales vigentes para el acceso a los beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorio anticipado.

1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS.

Los Beneficios Penitenciarios surgen como **instituciones jurídicas de refuerzo a la progresividad del tratamiento resocializador, tendientes a generar en los internos un estímulo para la adopción de actitudes readaptativas; permitiendo adicionalmente mejorar las condiciones para el desarrollo de las interrelaciones dentro de los establecimientos penitenciarios.**

En la actualidad predomina la tendencia de exclusivizar como la finalidad y efectos de los beneficios penitenciarios, la obtención anticipada de la libertad por parte de los penados, para lo cual se pretende considerar que los beneficios que tienen tal efecto constituyen "incentivos" indesligables de la función rehabilitadora del tratamiento penitenciario²; visión parcial marcada de utiliza-

² "... Particularmente conceptúo a los beneficios penitenciarios, como incentivos que propenden y ayudan al interno a su rehabilitación y le permiten posteriormente acceder a la semi-libertad, a la liberación condicional, a la libertad definitiva como antelación al término legal establecido, adicionando para ello de ser el caso a la reclusión efectiva el tiempo redimido por el trabajo y la educación..."; Germán Small Arana "Innovaciones en el nuevo Código de Ejecución Penal Peruano y Beneficios Penitenciarios en Leyes Especiales" en Revista de Derecho y Ciencia Política - Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM - Vols. 52, 53 y 54 (Nº 2), Lima 1997, págs. 265 - 266.

rismo despenalizador que no considera en su real magnitud la función y variedad de efectos de los beneficios en comento, lo cual motiva percepciones distorsionadas con respecto a su naturaleza jurídica.

Es necesario señalar que nuestro ordenamiento legal desde Abril de 1969 en que se dio el Decreto Ley N° 17581 "Unidad de Normas para la ejecución de sentencias condenatorias", hasta la actualidad con el Código de Ejecución Penal de 1991, pasando por el Código de Ejecución Penal de 1985, recogiendo las experiencias de la legislación comparada en la materia (básicamente la mexicana, venezolana, argentina y española), ha establecido beneficios penitenciarios que por sus efectos finales se clasifican en **exclusivamente intracarcelarios** (el permiso de salida, la visita íntima, así como las recompensas y premios) y **excarcelatorios** (la redención de pena por el trabajo o estudios, la semi-libertad y la liberación condicional)³; y entendidos en tal integralidad que la institución de los beneficios penitenciarios por un lado refuerza la progresividad del tratamiento resocializador, y de otro lado estimula las actitudes readaptativas de los internos. Con respecto a la naturaleza jurídica de los Beneficios Penitenciarios y en especial de aquellos que permiten la excarcelación anticipada del condenado, el debate forense y jurisprudencial, exige establecer si **el acceso a dichos beneficios - entendida como la existencia de un régimen que permita el goce indiferenciado de tales beneficios - tiene rango de derecho constitucional inherente a todos los sentenciados que purgan condena a pena privativa de la libertad.**

Esta posición se sustenta básicamente en las prescripciones constitucionales contenidas en el inciso vigésimo segundo del numeral 139° de nuestra Carta fundamental que a la letra reza "el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad", y en el inciso segundo del numeral segundo de la pre-citada Carta Política que consagra el principio de igualdad ante la Ley, las que consideran concordantes con las "Recomendaciones Mínimas de las Naciones Unidas para la persecución del delito y tratamiento del delincuente" y el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que señala como funciones de la pena la prevención, protección

³ El DL. N° 17581 del 15 de Abril de 1969 introdujo los Beneficios Penitenciarios de Permiso de Salida, redención de la pena por el trabajo, semi libertad y liberación condicional; por DL. N° 23164 del 18 de Julio de 1980 se incorporó el Beneficio de redención de pena por la educación; por su parte a partir de la dación del Código de Ejecución Penal de 1985 se incorporan como Beneficios Penitenciarios la visita íntima, así como las recompensas y premios.

y resocialización; argumentando que el acceso a los beneficios penitenciarios forma parte inherente del tratamiento resocializador que permite opere la reinserción del penado al seno de la sociedad, por lo que constituye un derecho de todo condenado; y su restricción o exclusión a partir de la Ley configura un acto discriminatorio implicate con el derecho de igualdad ante la Ley.

Al respecto cabe precisar, en primer término que en nuestro derecho interno no existe norma legal alguna que establezca como derecho inherente a todo penado el acceso a un régimen de Beneficios Penitenciarios que permitan su excarcelación con antelación al cumplimiento de la condena impuesta judicialmente; así mismo las "Recomendaciones Mínimas de las Naciones Unidas para la persecución del delito y tratamiento del delincuente" no contienen disposición alguna en tal sentido.

De otro lado las Reglas Mínimas de la 59 a la 77, señalan que la rehabilitación implica el tratamiento individualizado, basado en un estudio de sus antecedentes, carácter y aptitudes, instrucción, orientación y formación laboral, asistencia social, médica y psicológica, visitas de sus familiares, asistencia religiosa y espiritual, trabajo penitenciario remunerado, un régimen preparatorio para la libertad y un programa de ayuda post-penitenciaria; siendo que de las observaciones preliminares de las Recomendaciones en comento, se colige flexibilidad en su aplicación, en razón de lo cual no resulta obligatorio acogerlas en su integridad.

La resocialización como función de la pena y principio de la ejecución penal, constituye la finalidad del tratamiento rehabilitador con fines de reinserción social, el mismo que de ordinario debe efectuarse institucionalmente durante la duración de la pena; resultando difícil, a decir de Daniel O'Donnell⁴, saber en que medida la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario puede ser considerada como un derecho subjetivo del recluso; siendo que en todo caso se trataría primordialmente de una obligación del Estado frente a la sociedad; criterio que varía cuando se trata de la autorización para la visita de familiares, la que resulta exigible por razones de humanidad, aspecto del tratamiento a la que por lo antes expuesto la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha reconocido como derecho subjetivo del reclusos⁵. Si esto es así el acceso -

⁴ Daniel O'Donnell "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas 1988; pág. 97.

⁵ Daniel O'Donnell, ob., cit., pág. 97

mediante un régimen único- a los Beneficios Penitenciarios previstos como estímulos coadyuvantes al tratamiento, no puede entenderse como un derecho de todos los penados y menos aún considerarse como inconstitucionales las normas legales que establecen regulaciones diferenciadas para el acceso a tales beneficios o que incluso por consideraciones de carácter general impiden el acceso a los mismos; pues "el derecho a la igualdad ante la Ley y a la igualdad de protección de la Ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no constituye discriminación prohibida..."⁶, ello implica que solo podría reputarse violatoria al derecho constitucional previsto en el inciso segundo del numeral 2º de nuestra Carta Fundamental, así como en el Pacto Internacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, la exclusión a un individuo de los programas de tratamiento rehabilitador, sin que medie causa justificada, atendiendo a criterios arbitrarios o discriminatorios; o el impedir a un penado a quien la regulación legal se lo permite, el acceso a determinado beneficio penitenciario mediando los criterios arbitrarios e injustificados antes referidos, pues en este último caso si el interno cumple adicionalmente con los requisitos sustanciales y formales previstos para su obtención, si nos encontraríamos frente a una práctica violatoria al derecho Constitucional en comento, dado que en las condiciones detalladas el acceso al beneficio penitenciario sí constituye un derecho subjetivo del interno ciertamente condicionado⁷.

El análisis precedente nos permite concluir que, aún cuando es de considerar que la exclusión o impedimento de acceder a beneficios penitenciarios de efectos excarcelatorios, aplicada prescindiendo del necesario criterio de excepcionalidad que la prudencia aconseja, resulta una medida inconveniente para los fines del tratamiento rehabilitador y el propio manejo de los Establecimientos Penales, dada su repercusión en términos de sobrepoblación carcelaria y de desmotivación de las actitudes readaptativas de los internos; resulta incontrovertible que el acceso a tales beneficios no constituye un derecho del penado (sea de rango constitucional u ordinario).

⁶ Decisión del Comité de Derechos Humanos citada por O'Donnell en la pág. 374 de su obra citada.

⁷ Germán Small Arana, citando a Bueno Arus Francisco, en "Los Beneficios Penitenciarios en el Perú", Ediciones BLG, Lima 2001, pág. 59.

En virtud de lo antes expuesto, sostenemos que por su naturaleza los Beneficios Penitenciarios como instituciones penológicas constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes readaptativas de los penados⁸, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que nuestro sistema penal le asigna a la pena, por lo que corresponde al Estado graduarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal, resultando imperativo el establecimiento de un marco de principios intangibles que a modo de vigas maestras limiten la discrecionalidad de la decisión política respecto de ellos.

2.- EL TRATAMIENTO RESOCIALIZADOR, SU PROGRESIVIDAD Y LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE EFECTOS EXCARCELATORIOS.

Siendo el propósito del presente trabajo proponer criterios que permitan reestructurar el régimen de acceso a los beneficios penitenciarios, guardando congruencia tanto con el entorno normativo (enunciado funcional de la pena), como con el entorno social involucrado (el tratamiento resocializador en nuestra realidad penitenciaria); no podemos dejar de referirnos preliminarmente a los cuestionamientos de infactibilidad real que se ciernen sobre la función resocializadora de la institucionalización penal y el tratamiento resocializador como medio para su realización. Tales cuestionamientos inciden en el ámbito ideológico-sociológico de la resocialización, en cuanto ésta parte de una pretendida normalidad o sanidad de la sociedad, colocando al interno como asistemático respecto de ella, cuando no es necesario mayor esfuerzo racional para conceptuar que el incremento de la criminalidad, en lo sustancial, guarda relación de efecto a causa con la crisis socio-económica que constituye, cual enfermedad endémica, una constante de nuestra realidad en los últimos 20 años, con una marcada tendencia a su agudización.

Una sociedad en tal situación de crisis permanente, que como en nuestro caso ha comenzado a socavar incluso sus cimientos morales primarios, se erige como principal fuente de disidencia social, la que dentro de un contexto de falsa modernidad global va a discurrir necesariamente hacia los cauces de una criminalidad cada día más afflictiva dado su reciclaje en términos de organización y

⁸ Posición que coincide con la del profesor Germán. Small Arana quien sostiene que no se trata "ni de derechos, ni gracia, sino de incentivos", ob., antes citada pág. 60.

operatividad. En tales condiciones tendríamos que preguntarnos a) ¿resulta fácticamente viable un tratamiento rehabilitador en condiciones de reclusión que como efecto estimulativo primario respecto del interno propende a desculturarlo (despercudiéndolo de los pocos valores positivos provenientes de la "sociedad sana" con los que ingresa) para luego enculturarlo⁹ (con los valores de la "sociedad carcelaria" a la que necesariamente debe integrarse)?; b) ¿bajo que patrones debería darse el "tratamiento resocializador" si tenemos en cuenta que la criminalidad es producto de la misma sociedad que falsamente se pretende normal y sana, y por ende el accionar criminal una conducta aprendida y motivada en la misma?; y c) ¿qué razón tiene enarbolar como "bondad del sistema penitenciario" la reinserción del penado presuntamente "rehabilitado" a su entorno social deprimido y caótico que no superó su carácter altamente criminógeno, acaso la razón no nos indica que mientras no se remitan las causas, no podrá impedirse los efectos, en el caso concreto materia de tratamiento, la reincidencia en el delito?. La respuesta fáctica a tales interrogantes la podemos encontrar en los alarmantes índices de reincidencia inmediata en el delito, que se da en nuestra realidad, tanto en ex-internos renuentes al tratamiento, como en aquellos que acogidos al mismo, demostraron actitudes readaptativas que les permitieron acceder a beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio anticipado.

Adicionalmente a la reflexión precedente, es de puntualizar que el "Tratamiento Resocializador" tiene además una limitación intrínseca que se deriva de la insuficiencia de los actuales conocimientos, tanto acerca del fenómeno criminal, como de la terapia adecuada a cada uno de los casos, esto en razón que la criminalidad y su etiología, dada su readecuación mutativa al desarrollo social que se expresa en su diversificación organizativa y operacional, no obstante los esfuerzos de la criminología, continúa siendo en gran medida un real acertijo para el sistema penal¹⁰.

En virtud de lo antes expuesto, "reconociendo por un lado, el carácter contrafáctico (en las circunstancias actuales) de la resocialización; y de otro lado la exigencia social de seguridad y protección frente al incremento de la

⁹ Fenómeno que Clemmer denomina "prisionización" con su proceso primario de desculturación y el secundario subsiguiente de enculturación. Clemmer "The Prisión Community" 2da Edición, citada por Muñoz Conde Francisco en "La Resocialización del delincuente - Análisis y Crítica de un mito" en Política Criminal y Reforma del Derecho Penal, Editorial Themis, Bogotá Colombia 1982, págs. 145 a 147.

¹⁰ FLORES MUÑOZ, Milko ob., cit., pág. 83.

criminalidad que genera la implementación global del modelo neoliberal, con el consecuente requerimiento de autoafirmación del Estado en su rol de protección social, entre otras acciones, por medio de la imposición de la pena; postulamos el mantenimiento principista de la reinserción social como función deseada de la pena, pues esto exigiría la búsqueda de su reinterpretación y reconstrucción, mientras esto suceda; y por encima de la función política innegable de autoafirmación estatal que es inherente a la pena y al derecho penal, consideramos que constituye la exigencia fundamental de un sistema que se pretenda democrático y moderno, el garantizar los derechos inherentes a la condición humana del penado y dirigir el tratamiento penitenciario a la neutralización de los efectos desocializadores de la prisión"¹¹.

Planteada la necesaria apreciación precedente, consideramos que en términos conceptuales la definición mejor lograda del Tratamiento Penitenciario es esbozada por el Maestro peruano Alejandro Solís Espinoza quien lo concibe como "... la acción o conjunto de acciones dirigidas a modificar la conducta del recluso, teniendo en cuenta sus peculiares características personales, con la finalidad básica de su adecuación a la sociedad y evitar su reincidencia...", considerando que "... el término tratamiento es un concepto más genérico (que la reeducación, resocialización o readaptación del delincuente), pues engloba las diversas formas de influencia para la resocialización del interno"¹²; así concebido el tratamiento penitenciario constituye el mecanismo para que la ejecución penal cumpla con su función preventivo especial encarnada en la resocialización del penado¹³ basado en el principio de modificabilidad del comportamiento humano y sujeto necesariamente a la aceptación o no por parte del interno, pues "... el tratamiento no corresponde a la finalidad retributiva de la pena, y que no hay tratamiento médico, educativo o psicológico que pueda tener éxito sin la voluntaria cooperación del interesado..."¹⁴.

¹¹ Ricardo A. Brousset Salas "La Problemática intracarcelaria en los establecimientos penitenciarios de mujeres" en la "Revista de Investigación" de la Unidad de Investigación - Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año 2º N° 2º, Lima Abril del 2000, pág. 181.

¹² Profesor Alejandro Solís Espinoza "Ciencia Penitenciaria" 3ra. Edición ampliada, Lima 1986, pág. 335.

¹³ De la cual los cuestionamientos a su carácter contrafáctico, han repercutido dando lugar a posiciones que bajo argumentos válidos consideran al Tratamiento Penitenciario como una institución en crisis.

¹⁴ Francisco BUENO "Los Derechos y Deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria", Revista de Estudios Penitenciarios N° 224 / 227, Madrid 1979, referido por el profesor A. Solís Espinoza en su ob., cit., pág. 336.

Nuestro Código de Ejecución Penal vigente siguiendo la orientación de la normatividad supranacional proveniente de documentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país, entre ellos "Las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos", así como "Las recomendaciones para la prevención del delito y tratamiento del delincuente" ambas de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), define al tratamiento penitenciario como "... la utilización de métodos médicos, biológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento (... la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad...) de acuerdo a las características propias del interno... enunciándolo como individualizado y grupal"¹⁵, estableciendo en el artículo IV de su Título Preliminar que éste "... se realiza mediante el sistema progresivo".

Resulta importante señalar que la progresividad del tratamiento está íntimamente ligada a su carácter individualizado en razón a las particularidades de los rasgos personales de cada interno determinados en el diagnóstico y pronóstico criminológicos, guardando además relación con las categorías clasificatorias que permiten ajustes y reajustes en las acciones de tratamiento, pues en cada caso particular éste puede operar progresiones como regresiones¹⁶.

En estos términos conceptuales, si bien resulta evidente que el periodo del tratamiento resocializador requerido en particular, en muchos casos presenta contradicciones con los plazos de duración de las penas concretas fijadas judicialmente -especialmente cuando se trata de penas de larga duración fijadas a delincuentes jóvenes y/o primarios-; también aparece claro que el acceso a los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio no forma parte de las acciones del tratamiento propiamente dichas¹⁷, tal es así que su regulación legal en el Código de Ejecución Penal no se encuentra dentro del Título que comprende al "tratamiento penitenciario", ni lo incluyen dentro de tales acciones componentes del tratamiento las Recomendaciones y Reglas Mínimas de la Organización de las Naciones Unidas en lo que respecta al tratamiento de reclusos.

¹⁵ Arts. 60° y 61° del Código de Ejecución Penal de 1991 promulgado mediante Decreto Legislativo N° 654.

¹⁶ Esto fluye claramente de lo dispuesto en los numerales del 61° al 64° del Código de Ejecución Penal antes citado.

¹⁷ Tanto según la regulación supranacional antes citada, como las disposiciones del Código de Ejecución Penal que las establece taxativamente en su Título III en ocho capítulos.

Lo antes sostenido no enerva el hecho que los Beneficios Penitenciarios en general y los de efecto excarcelatorio en particular, constituyan instituciones íntimamente vinculadas al tratamiento penitenciario, que permiten reforzar su progresividad en dos ámbitos: **el primero** estimulando en los internos la adopción de actitudes readaptativas, permitiendo además mejorar las condiciones para el desarrollo de las interrelaciones dentro del penal; y **el segundo** posibilitando que en determinados casos (sujetos a la regulación legal o determinación legal para el acceso a tales beneficios, y a la progresión particular de las actitudes readaptativas del interno como consecuencia de su acogimiento al tratamiento penitenciario), opere un periodo de prueba extramuros, reinsertando anticipadamente al vencimiento del plazo de su condena al penado al seno de la sociedad, monitoreando su desenvolvimiento en el medio libre a partir del cumplimiento de determinadas reglas de conducta; periodo de prueba que debe entenderse como eventual en el tratamiento como consecuencia de lo antes puntualizado.

3.-LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE EFECTO EXCARCELATORIO Y LAS OTRAS FUNCIONES ESPECIFICAS (PROTECCIÓN SOCIAL Y PREVENCIÓN GENERAL) QUE NUESTRO SISTEMA PENAL LE ASIGNA A LA PENA.

De lo antes tratado debe quedar claramente establecido que los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorio, al encontrarse vinculados al tratamiento penitenciario y coadyuvar a la operatividad de su progresividad permitiendo incluso en determinados casos un eventual periodo de prueba condicionado extramuros, resultan no solo compatibles con la función resocializadora que nuestro sistema le asigna a la pena, sino que además en los casos determinados en que procede su concesión pueden erigirse como eficaces mecanismos operativos para su cumplimiento. Ahora cabe preguntarnos: ¿estos Beneficios resultarán compatibles con las otras funciones que en nuestro medio también debe cumplir la pena, esto es, la prevención general o disuasión social, y la protección social tras la cual se mantiene el sentido retributivo que resulta indesligable de la pena?, o por el contrario ¿el acceso indiscriminado a tales beneficios no resultará contrario a la concreción de estas "otras funciones", implicancia que a la postre no estará determinando la deslegitimación social del derecho penal?; y Por último ¿acaso los excesos pseudo garantistas, producto en unos casos de la candidez intelectual y en otros de la demagogia política; no solo resultan contrarios al garantismo integralmente humanista y racional que compulsando las exigencias sociales se condiga con las exigencias de un estado democrático de derecho; sino que generan corrientes de opinión contrarias a

la racionalidad garantista que desembocan en demandas sociales en favor de medidas exclusivamente retributivas, desproporcionadas e irracionales?.

En primer término, es de considerar que resulta de vital importancia para la legitimidad social del sistema penal y la vigencia de los beneficios penitenciarios en comento, que la indiscriminada utilización político-criminal de estos últimos, no impida la concreción general de las funciones protectora y disuasivo-general de la pena privativa de libertad; en otras palabras se hace necesario establecer un equilibrio que permita su co-existencia fáctica, sin que éstos sean percibidos (y en la práctica operen) como la negación de aquellas.

El problema entonces estriba en detectar el elemento desequilibrante o distorsionador de la relación entre las funciones de la pena y los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio. A nuestro criterio éste elemento no es otro que **el acceso indiscriminado a tales beneficios penitenciarios bajo condiciones generales, salvo excepciones también generalizadas**; muestra de ello es que en determinadas coyunturas, la política criminal del Estado se orienta a restringir o excluir de modo general el exceso a los beneficios de marras, para los sentenciados por determinados delitos considerados graves, lo cual a su vez genera inequidad al impedir que sea una apreciación individualizada de las condiciones personales, el grado de participación criminal, el contexto factual y el móvil de la determinación delictiva del agente penal, la que permita una decisión respecto a las condiciones de acceso a los beneficios penitenciarios en mención ó en su caso la exclusión de los mismos como medida excepcional.

Como consecuencia de lo antes glosado, la fórmula de equilibrio requiere combinar la flexibilización de la legalidad (a nivel normativo), con la adopción de criterios individualizadores para su aplicación; lo que implica necesariamente desplazar al ámbito jurisdiccional la discrecionalidad de la decisión, respecto al régimen de acceso a tales beneficios que corresponde en cada caso concreto.

4.- EL MANEJO POLÍTICO CRIMINAL DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE EFECTO EXCARCELATORIO EN NUESTRO PAÍS.

Una retrospectiva histórica nos informa que si bien el primer Reglamento Penitenciario de nuestro país lo dio Torre Tagle el 23 de Marzo de 1822¹⁸, es

¹⁸ Según lo detalla la Dra. Lucía Otárola Medina en su obra "Ejecución Penal y Libertad", Lima 1989.- pág.72.

recién mediante el Decreto Ley N° 17581 expedido con fecha 15 de Abril de 1969, denominado también "Unidad de Normas para ejecución de sentencias condenatorias" y "Ley de Bases de Ejecución Penal", que se incorporan a nuestro acervo legal los beneficios penitenciarios, entre ellos la redención de la pena por el trabajo, la semi-libertad y la liberación condicional. Así mismo que luego mediante Decreto Ley N° 19910 se excluyó a los sentenciados por delito de robo agravado (asalto y robo) del goce de tales beneficios penitenciarios, antes de lo cual también se había excluido de tal prerrogativa a los sentenciados por delito de Abigeato. Siendo que mediante la dación del Decreto Ley N° 23164 del 18 de Julio de 1980 se incorporó el Beneficio Penitenciario de Redención de la pena por la educación; y mediante Decreto Ley N° 23165 de la misma fecha se dispuso que los sentenciados por delito de robo agravado podían acogerse al Beneficio Penitenciario de Liberación Condicional. Luego mediante los Decretos Leyes Nros. 23689 y 23956, ambos del año 1983 se excluyó de los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio a los sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

Mediante Decreto Legislativo N° 330 de fecha 06 de Marzo de 1985 se promulgó nuestro Primer Código de Ejecución Penal que entre otros recogió los Beneficios Penitenciarios de A) Redención de pena por el trabajo y el estudio a razón de un día de pena por cada dos días trabajados o estudiados; B) Semi-libertad al haber cumplido un tercio de la condena el reo primario y la mitad de la condena el reincidente; y C) Libertad Condicional al haber cumplido la mitad de la pena el reo primario y dos tercios de la misma el reincidente; manteniendo su vigencia los Decretos Leyes Nros. 23689, 23956 y 24063.

Mediante Decreto Legislativo N° 654, publicado con fecha 02 de Agosto de 1991, se promulgó nuestro Segundo Código de Ejecución Penal (el que nos rige a la actualidad), el mismo que denota un tratamiento diferenciado para el acceso a los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorio, estableciendo incluso la inaplicabilidad de tales beneficios para procesados por determinados delitos; así tenemos: A) Un régimen general que permite el acceso a la Redención de pena por trabajo y estudio a razón de un día de condena por cada dos días trabajados o estudiados, a la Semi-libertad con el cumplimiento de un tercio de la pena, y a la Liberación Condicional con el cumplimiento de la mitad de la pena (en estos dos últimos casos siempre que no se tuviere proceso pendiente con mandato de detención); B) Casos Especiales para los sentenciados por delitos de Exposición o abandono de persona en peligro en su forma agravada -art. 129° C.P.-, Extorsión agravada -art. 200 2do párrafo C.P.- y Contra el Estado y la Defensa Nacional -arts. 325 al 332 del C.P.-, que permite el acceso

a la Redención de pena por trabajo y estudio a razón de un día de condena por cada cinco días trabajados o estudiados, a la Semi-libertad con el cumplimiento de dos tercios de la pena, y a la Liberación Condicional con el cumplimiento de tres cuartos de la pena; y C) La exclusión de todos los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio para los sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas -arts. 296, 297, 301 y 302 C.P.-, Genocidio -art. 319 C.P.-, Desaparición Forzada de personas -art. 320 C.P.- Tortura -art.321 C.P.- y Cooperación de profesionales en tortura -art.322 C.P.

Posteriormente mediante Decretos Leyes Nros. 25475 y 25744 se prohibió el acceso a ningún Beneficio Penitenciario a sentenciados por delito de Terrorismo; mediante Ley N° 25659 se estableció igual prohibición para los sentenciados por delito de Traición a la Patria. Por Ley N° 26320 publicada el 02 de Junio de 1994, se flexibilizó el acceso a los beneficios penitenciarios en comento para los condenados por determinadas modalidades del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, solo cuando se tratare de la primera condena; así tenemos que los condenados por la modalidad de Micro-posesión o Micro-comercialización de Drogas -art. 298 C.P.- se acogen al Régimen general previsto en el Código de Ejecución Penal; y los condenados por las modalidades previstas en los arts. 296, 300, 301 y 302 del C.P., respecto al Beneficio Penitenciario de Redención de pena por trabajo o estudio, acceden al mismo en la proporción de un día redimido por cada cinco días trabajados o estudiados, siendo que respecto a la Semi-libertad y Liberación Condicional, acceden conforme al régimen general previsto en el Código de Ejecución Penal; en cuanto a las modalidades previstas en los arts. 296-A, 296-B, 296-C, 296-D y 297 del C.P. se mantiene la restricción absoluta para el acceso a los referidos beneficios penitenciarios.

Mediante Ley N° 26293 se condicionó el acceso a los Beneficios Penitenciarios de Semi-libertad y Liberación condicional, para los sentenciados por los delitos de violación sexual en todas sus modalidades, seducción y atentados contra el pudor, a la expedición de informe médico y psicológico que se pronuncie sobre la evolución del tratamiento terapéutico a que debe someterse el penado.

Excediéndose del ámbito de la delegación de facultades legislativas conferidas al ejecutivo, se expidieron los Decretos Legislativos Nros. 895 y 897 publicados el 23 y 26 de Mayo de 1998, respectivamente, el primero prohibió el acceso a cualquier beneficio penitenciario a los condenados por delito de Terrorismo agravado (hoy terrorismo especial), mientras el segundo excluyó del ac-

ceso a los Beneficios Penitenciarios de Semi-libertad y Liberación Condicional a los sentenciados como autores o coautores de los llamados Delitos Agravados (Asesinato, Secuestro, Violación Sexual de menor de 14 años, Robo, Robo agravado, y Extorsión), manteniéndose solo el acceso al Beneficio de Redención de pena por el trabajo o estudios en la proporción de un día de pena por cada dos días de trabajo o estudio. Cabe anotar que la restricción no alcanzaba a los sentenciados como cómplices o instigadores de los delitos agravados.

Últimamente se expidió la Ley N° 27472 publicada el 05 de Junio del 2001 que devolvió el acceso a los Beneficios Penitenciarios de Semi-libertad y Liberación Condicional a los condenados por los delitos agravados antes referidos, devolviéndolos al régimen general del Código de Ejecución Penal; y mediante Ley N° 27507 del 13 de Julio del 2001 incluyó a los sentenciados por delito de Violación Sexual de menores -arts. 173 y 173A del C.P.- en el régimen especial del art. 46 del Código de Ejecución Penal con respecto al Beneficio de Redención de Pena por trabajo o estudio, excluyéndolos del acceso a los Beneficios de Semi-libertad y Liberación Condicional.

Sintetizando la información legal antes detallada, el panorama actual de los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorio en nuestro país, nos permite percibir una estratificación de regímenes para el acceso a tales beneficios, la que se da en los siguientes términos:

Régimen GENERAL del Código de Ejecución Penal.

Redención de Pena por trabajo o Estudio 2x1 (arts.44 y 45); Semi-libertad 1/3 de la condena (art. 48 1° párrafo); Liberación Condicional 1/2 de la condena (art. 53 1° párrafo).

Régimen Especial I

Para sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de Micro-posesión y Micro-comercialización de drogas -art. 298 C.P.-, **siempre que sea la primera condena.** Redención de Pena por trabajo o Estudio 2x1; Semi-libertad 1/3 de la condena; y Liberación Condicional 1/2 de la condena. **ART. 4° LEY N° 26320.**

Régimen Especial II

Para sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades previstas en los arts. 296, 300, 301 y 302 C.P., **siempre que sea la primera condena.** Redención de Pena por trabajo o Estudio 5x1; Semi-libertad 1/

3 de la condena; y Liberación Condicional 1/2 de la condena. **ART. 4° LEY N° 26320.**

Régimen Especial III Casos Especiales previstos en el Código de Ejecución Penal.

Para los sentenciados por delitos de Exposición o abandono de persona en peligro en su forma agravada -art. 129° C.P.-, Extorsión agravada -art. 200 2do párrafo C.P.- y Contra el Estado y la Defensa Nacional -arts. 325 al 332 del C.P.-. Redención de pena por trabajo y estudio 5x1 (art. 46); Semi-libertad 2/3 de la pena (art. 48 2° párrafo); y Liberación Condicional 3/4 de la pena (art. 53 2° párrafo).

Régimen Especial IV

Para los sentenciados por delito de Violación sexual de menores -arts. 173 y 173A C.P.- Solo Redención de pena por trabajo o estudio 5x1 **Art. 2° de Ley N° 27507** y prohibición de acceder a Semi-libertad y Liberación Condicional **Art. 2° de Ley N° 27507.**

Régimen de Exclusión al acceso de cualquier Beneficio Penitenciario de Efecto Excarcelatorio.

Para los sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas agravado -art. 297 C.P.-, Delitos Contra la Humanidad -arts. 319, 320, 321 y 322 C.P.- **Arts. 47° 2° párrafo, 48° 3° párrafo y 53° 3° párrafo del Código de Ejecución Penal.**

Para los sentenciados por delito de Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades previstas en los arts. 296A, 296B, 296C, y 296D del C.P. **Art. 4° in fine de la Ley N° 26320 y Ley N° 26332.**

Para los sentenciados por delitos de Terrorismo y Traición a la Patria. **Art. 19° del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley N° 25744 y Ley N° 25659.**

Para los sentenciados por delito de Terrorismo Agravado (hoy Terrorismo Especial) **Art. 8° del Decreto Legislativo N° 895.**

5.- NECESIDAD DE REPLANTEAR EL RÉGIMEN DE ACCESO A LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE EFECTO EXCARCELATORIO.

El manejo político-criminal de los Beneficios Penitenciarios de efectos excarcelatorios, nos lleva indefectiblemente a colegir que **por un lado** el establecimiento de un régimen general de acceso dichos beneficios por parte de todos los penados, solo a condición que se acojan a participar en las acciones de tratamiento penitenciario, resulta implicate con el cumplimiento de las funciones de protección social y prevención general (entendida como mecanismo de disuasión general), impidiendo que estas operen en términos racionales -a cambio en muchos casos de una ilusa prevalencia de la función resocializadora de la pena, la misma que desgraciadamente no se da en la realidad, salvo casos excepcionales, dada la precaria situación socio económica del país y las condiciones de nuestro sistema carcelario- lo que deslegitima socialmente al sistema penal, situación que genera demanda social para su endurecimiento, con el consiguiente riesgo para el mantenimiento de las instituciones despenalizadoras que tanto ha costado al garantismo racional incorporar a nuestra legislación; y **por otro lado** el establecimiento de regímenes diferenciados de acceso a tales beneficios, **como respuesta a la demanda social de endurecimiento**, los que llegan incluso a la exclusión de los mismos, tomando en cuenta el referente delito de modo general, prescindiendo de criterios individualizadores respecto a la persona del penado, así como de un análisis particularizado del delito en concreto, sus circunstancias y móvil, tiende a desnaturalizar la finalidad que en el contexto de un sistema penitenciario equilibrado y humanista, le corresponde a los Beneficios Penitenciarios sub-materia, esto es, estimular las conductas readaptativas y permitir se proyecte la progresión del tratamiento permitiendo la excarcelación anticipada bajo periodo de prueba, en términos realistas y razonables, atendiendo a las condiciones objetivas de readaptabilidad de cada penado.

En razón del análisis precedente, considero imperiosa la necesidad de replantear el Régimen de acceso a los Beneficios Penitenciarios que permiten la excarcelación anticipada del condenado a pena privativa de libertad, tomando como referentes básicos tres vigas maestras: el principio de legalidad, la individualización judicial del régimen a aplicarse en cada caso, y el principio de Excepcionalidad de la prohibición absoluta.

5.1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Como se ha podido establecer en el punto precedente, a partir de distintas disposiciones legales, en la práctica existen hasta cinco regímenes de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos excarcelatorios, desde uno general de acceso en condiciones altamente favorables para el penado -en razón que permiten la excarcelación anticipada mediando periodos de carcelería inferiores a un tercio real de la condena impuesta- hasta uno que prohíbe el acceso a cualquiera de estos beneficios, tomando como referente general el delito materia de condena (salvo el caso de los regímenes intermedios para algunas modalidades de tráfico de drogas que incorpora como referencia adicional que se trate de la primera sentencia, lo cual implica una condición personal). Resulta evidente que la «legalidad» imperante prescinde de la apreciación particular de los hechos e individual de las condiciones del penado, esto es el positivismo jurídico en el tratamiento de los beneficios sub-materia, ajeno al justiciable y al problema social, incurre en un relativismo moral que al cerrar los ojos ante la realidad, resulta contrario a la concreción de la justicia.

La única alternativa frente a tal situación anómala, es rediseñar la legalidad relativa a los beneficios sub-materia de tal manera que utilizándose criterios diferenciados y flexibles, se establezcan tres o cuatro regímenes de acceso a éstos, que permitan su aplicación discrecional de modo individualizado. Estos criterios diferenciados deben tomar en cuenta necesariamente las condiciones personales del penado, entre ellas si se trata de un reo primario o reincidente, en este último caso si anteriormente ya fue beneficiado o no con excarcelación anticipada; así mismo la naturaleza de los hechos materia de la condena y las circunstancias que rodearon su perpetración, a efecto de poderse establecer regímenes que oscilen entre la actual fórmula general del Código de Ejecución Penal hasta otras restrictivas de forma gradual. Una fórmula así concebida permitiría regular el acceso a los beneficios excarcelatorios en armonía con la función integral de la pena, así como la discrecionalidad en cuanto a la determinación individualizada de cada uno de los regímenes según cada caso en concreto.

5.2.- PRINCIPIO DE INDIVIDUALIZACION JUDICIAL.

En materia del replanteamiento de los regímenes de acceso a los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio, la flexibilización de

los criterios de legalidad según la propuesta del punto precedente, exige desplazar la discrecionalidad en la asignación del régimen que corresponda a cada caso en concreto, de la sede política a la sede jurisdiccional, pues la particularidad de los hechos y la individualización de las condiciones del penado cuyo conocimiento resulta necesario para la decisión, es materia de percepción y evaluación por el Juzgador (individual o Colegiado) quien a su vez gradúa la pena; en virtud de lo cual resulta indispensable, en razón de la unidad y concentración de la decisión punitiva, que sea el Juzgador quien al momento de imponer la condena individualizada, establezca del mismo modo el régimen de acceso a los beneficios en comento.

Este desplazamiento de la decisión a la sede judicial operativamente indiscutible, permite la prevalencia de un garantismo integralmente concebido, afianzándose así la efectividad del Estado Democrático de Derecho y la estabilidad del sistema político, al combinarse fórmulas flexibles de legalidad aplicables discrecionalmente por el ente jurisdiccional bajo criterios individualizadores, superándose así la crisis de la legalidad generalizadora y abstracta como forma de "trato igual"¹⁹ -en materia de acceso a los beneficios penitenciarios de efecto excarcelatorio- y evitando que tal situación crítica genere como reacción manifestaciones de ilegalidad, arbitrariedad y fortalecimiento de instancias secretas de "discrecionalidad" en el aparato estatal²⁰.

5.3.- PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA.

Si bien deviene racional, el establecer dentro de los regímenes graduales de acceso a los beneficios penitenciarios que permiten la excarcelación anticipada del condenado, uno que considere la prohibición absoluta de este tipo de beneficios, el mismo deberá acordarse para casos extremos, debiendo entenderse su aplicación como excepcional, esto tomando prioritariamente en cuenta el efecto negativo que la generalización de tal prohibición generaría en la población penal, al desmotivar la adopción de "actitudes readaptativas" las que aun cuando aparentes en

¹⁹ Luigi Ferrajoli, "El Garantismo y la Filosofía del Derecho", Universidad Externado de Colombia, Colombia 2000.- pág. 72.

²⁰ A las que refiere Luigi Ferrajoli en su obra citada págs. 72 a 74.

muchos casos, generan el acatamiento de la disciplina que permite reducir las ya desfavorables condiciones de la reclusión.

Pudiera incluso establecerse regulaciones procesales de garantía en cuanto a la aplicación razonablemente excepcional de la prohibición absoluta de los beneficios excarcelatorios, así por ejemplo que tratándose de Cuerpos Colegiados de juzgamiento, la decisión en tal sentido deba tomarse por unanimidad, siendo que de no ser así deba aplicarse el régimen que le sigue a esta; y que tratándose de juzgamiento por jueces individuales la decisión de prohibición absoluta, de no ser apelada la sentencia sea elevada en consulta, para su aprobación por la instancia superior.

6.- CONCLUSIONES

6.1.- Por su naturaleza los Beneficios Penitenciarios como instituciones penológicas constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes readaptativas de los penados, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que nuestro sistema penal le asigna a la pena, por lo que corresponde al Estado graduarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal, resultando imperativo el establecimiento de un marco de principios intangibles que a modo de vigas maestras limiten la discrecionalidad de la decisión política respecto de ellos.

6.2.- El panorama actual de los Beneficios Penitenciarios de efecto excarcelatorio en nuestro país, nos permite percibir a partir de diversas normas legales, una estratificación de regímenes para el acceso a tales beneficios que prescinden de criterios individualizadores para regirse por el delito materia de la condena como elemento generalizador.

6.3.- Se hace necesario replantear el Régimen de acceso a los Beneficios Penitenciarios que permiten la excarcelación anticipada del condenado, tomando como referentes básicos tres vigas maestras: el principio de legalidad, flexibilizado en su rediseño con opciones graduales; la individualización judicial del régimen a aplicarse en cada caso, desplazándose la decisión de la sede política a la sede judicial, correspondiendo la misma al ente Juzgador quien deberá apreciarla discrecionalmente al momento de emitir la condena; y el principio de Excepcionalidad de la prohibición absoluta.

7.- BIBLIOGRAFÍA

- 7.1) **BUENO, Francisco** "Los Deberes y Derechos del Recluso en la Ley General Penitenciaria" Revista de Estudios Penitenciarios N° 224/227 Madrid, 1979.
- 7.2) **BROUSSET SALAS, Ricardo A.** "La Problemática intracarcelaria en los Establecimientos Penitenciarios de Mujeres" en la Revista de Investigación de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM., año 2, N° 2, Lima 2000.
- 7.3) **FERRAJOLI, Luigi.** "El Garantismo y la Filosofía del Derecho", Universidad Externado de Colombia, Colombia 2000.
- 7.4) **FLORES MUÑOZ, Milko R.** "La Pena Privativa de Libertad en el Código Penal Peruano", Ediciones Debate Jurídico, Lima, 1994.
- 7.5) **MIR PUIG S., Stratenwerth G., Roxín C, Bergali R., Muñoz Conde F. y otros** "Política Criminal y Reforma del Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá Colombia 1982.
- 7.6) **OTÁROLA MEDINA, Lucía** "Ejecución Penal y Libertad: Beneficios Penitenciarios e Indultos" Lima, Perú 1989.
- 7.7) **SOLÍS ESPINOZA, Alejandro** "Ciencia Penitenciaria" Lima, Perú, 1986.
- 7.8) **ODONNELL, Daniel** "Protección Internacional de los Derechos Humanos", Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.
- 7.9) **SMALL ARANA, Germán** "Innovaciones en el nuevo Código de ejecución Penal Peruano y beneficios penitenciarios en Leyes Especiales" en Revista de Derecho y Ciencia Política Vols. 52 (N° 2), 53 y 54 (N° 1) de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima 1997.
- 7.10) **SMALL ARANA, Germán** "Los Beneficios Penitenciarios en el Perú" BLG. Lima, 2001.