

ANÁLISIS DE LA LEY N° 27770 SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

*Germán Small Arana**

"Aplicación Temporal de la Ley N° 27770, en el sentido de que si ésta es aplicable a los hechos cometidos antes de su promulgación, es decir retroactivamente nos lleva a realizar el siguiente análisis".

SUMARIO: I.- Antecedentes. II.- Antecedentes de los Beneficios Penitenciarios en el Perú. 1.- Redención de Pena. 2.- La Semilibertad y la Liberación Condicional. III.- Naturaleza Jurídica de los Beneficios Penitenciarios. IV.- Análisis de la Ley N° 27770 en función del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la aplicación retroactiva de esta norma V.- Conclusiones. Bibliografía.

I.- ANTECEDENTES:

1.- En primer lugar se debe señalar que la **Ley N° 27770, del 27 de Junio de 2002**, regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a favor de aquellas personas que cometen delitos graves contra la administración pública, señalando específicamente que en los casos de: Concusión en todas sus modalidades, Peculado en todas sus modalidades excepto el culposo, Corrupción de Funcionarios en todas sus modalidades, incluidas las co-

metidas por particulares y por último el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, cuando los hechos materia de condena se halle relacionados con atentados contra la Administración Pública, contra el Estado y la Defensa Nacional o contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional.

2.- La **Ley N° 27770**, en su texto establece mecanismos de concesión de beneficios penitenciarios en tiempos mayores a los que venían operando para los tipos penales contenidos en ella, de esta mane-

ra la Redención de Pena por el Trabajo y la Educación que era en la modalidad del 2 x 1 (dos días de trabajo efectivo o estudio por uno de pena), será en la modalidad del 5 x 1 (cinco días de trabajo efectivo o de estudio debidamente comprobado), sólo redimirá un día de pena y en los casos de los beneficios de pre-libertad como la semilibertad y la liberación condicional, éstas se concederán en el extremo mayor, es decir al cumplimiento de las dos terceras (2/3) partes de la pena o tres cuartas (3/4) partes de la misma, previo pago del íntegro de la Reparación Civil y la Multa, en caso de insolvencia la fianza conforme al artículo 183° del Código Penal.

II. ANTECEDENTE DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN EL PERU:

1. Redención de Pena:

En el caso de la Redención de Pena por el Trabajo y la Educación, es necesario precisar que el Código de Ejecución Penal vigente, Decreto Legislativo N° 654, estableció dos mecanismos para el acceso a la Redención de Pena, es decir, mantuvo lo que ya era conocido en la legislación penitenciaria desde 1969, mediante el Decreto Ley N° 17581 (Unidad de Normas para Ejecución de Sentencias Condenatorias) que dicho sea de paso, es el dispositivo legal con la que se inicia la eta-

pa normativa en el campo penitenciario y cuando se incorpora por primera vez éste beneficio sólo estableció la Redención de Pena por el Trabajo en la modalidad del 2 x 1, beneficiando sólo a un pequeño sector de la población encarcelada, esto es para los sentenciados primarios a más de dos años, siendo así, no accedían ni los procesados ni sentenciados reincidentes que eran aproximadamente el 90% de la población penal. Pero, a raíz de su aplicación satisfactoria y ser un contribuyente al proceso de tratamiento y rehabilitación del interno, el año 1980 se amplía su cobertura a toda la población penal, es decir, tanto a procesados y sentenciados mediante el Decreto Ley N° 23164 y recién con esta norma surge la Redención de Pena por el Estudio—actualmente conocido como Educación—en la misma modalidad del 2 x 1. Consolidando de esta manera, al trabajo y a la educación como medios de tratamiento rehabilitador, esta misma norma, exceptuaba en la modificatoria del artículo 28° del Decreto Ley N° 17581 de este beneficio a los internos que observen mala conducta, a los que intenten fugar y a los reincidentes específicos en el delito de Tráfico Ilícito de Drogas.

El primer Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 330 de marzo de 1985, en cuanto a la Redención de Pena, mantuvo el mis-

mo mecanismo del 2 x 1, sin embargo, estableció que la misma era procedente siempre que se tratase de «**días efectivos de labor**» y en el caso del estudio «**cuando hubiere aprobado el bimestre**»; en este contexto, se reconoce que este beneficio en su concesión no es automático ni mucho menos puede significar regalo de días redimidos para el interno, sino exige con rigor trabajo efectivo y aprobación del bimestre, para que ésta determine la certificación correspondiente de redención.

A raíz de la promulgación del nuevo Código de Ejecución Penal vigente a la fecha, Decreto Legislativo N° 654 del 31 de Julio de 1991, en cuanto a la redención mantuvo el mecanismo tradicional del 2 x 1, pero incorporó un mecanismo más, que es el 5 x 1, ello en virtud que no podía concederse éste beneficio en la misma condición a internos comisores de delitos de menor relevancia que aquellos que habían cometidos delitos graves y de mayor repercusión en la comunidad, por lo que ésta norma estableció la concesión de este beneficio en tiempos distintos, en razón de la gravedad del delito, permitiendo, por lo tanto, la incorporación de este nuevo mecanismo una mayor permanencia del interno en el establecimiento penal a diferencia del mecanismo del 2 x 1.

Es necesario precisar, que esta determinación técnica que establecía el Código de Ejecución Penal debió tenerse en cuenta para la dación de leyes respecto a beneficios penitenciarios, situación que no ha ocurrido en nuestro medio, donde las normas en la mayoría de los casos se expiden como consecuencia de la presión social, frente a un evento criminoso de mayor notoriedad o publicidad sin ser las mismas de carácter técnico, creando con ello confusión por la diversidad de normas dadas sobre un mismo delito (Tráfico de Drogas, Terrorismo, etc.), que dificulta su aplicación y la unidad de criterio para Jueces y Fiscales.

Se reconoce que la Redención de Pena permite al interno el acceso anticipado a los Beneficios de Pre Libertad como Semilibertad y Liberación Condicional incluyendo también la Libertad Definitiva, por lo que su otorgamiento debe estar debidamente controlado, para que éste beneficio penitenciario cumpla su rol de fortalecer la educación y el trabajo, en esta condición es que inclusive se prohíbe la acumulación de ambos beneficios cuando éstos se realizan simultáneamente.

2. La Semilibertad y la Liberación Condicional:

En cuanto a la Semilibertad, debemos indicar que también éste beneficio se incorporó a nuestro or-

denamiento penitenciario el año 1969, con el Decreto Ley N° 17581, cuando indicaba, que el sentenciado que hubiera cumplido la mitad de la pena impuesta pudiera egresar del establecimiento penal para efectos de trabajo, obligando al beneficiario a retomar luego de la jornada laboral al penal de origen. Si bien aquí realmente se cumplía «*la semi*» o sea durante el día en comunidad y en la noche en el penal, sin embargo, teniendo en cuenta que la Semilibertad se concede bajo los principios de **autodisciplina y autocontrol**, no se concebía fundadamente porqué mantener en las noches en un establecimiento penal debidamente controlado cuando su razón de ser era permitir la reincorporación gradual del sentenciado a la comunidad, situación que impedía el acceso de mayor número de internos a éste beneficio al que se debe agregar la exigencia de contar con un contrato de trabajo certificado por Notario o Juez de Paz, que imposibilitaba aún más la obtención de este beneficio, posteriormente fue eliminado por la dificultad que conllevaba el mismo. Frente a los inconvenientes mencionados y como mecanismo de cumplir con la finalidad de este beneficio, se creó en octubre de 1981, la primera casa de Semilibertad que permitió al interno en este beneficio acceder a un inmueble desprovisto de elementos de seguridad como medio de asimilarlo al mundo

libre pero con control real y efectivo por personal penitenciario que estaba a cargo de la casa.

Al eliminarse la casa de Semilibertad a la vigencia del Código de Ejecución Penal actual, se advierte definitivamente un retroceso en la ejecución y concepción de éste beneficio, razón por la que se confunde con la Liberación Condicional como lo ha determinado el Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo N° 015-2003; en tal virtud, se hace necesaria e imprescindible la restitución de la «**Casa de Semilibertad**», pues de lo contrario estamos perdiendo en la actualidad el contenido y fundamento de este beneficio importante y aceptado por la población penal y la propia administración carcelaria como un buen mecanismo anticipado de reincorporación social.

Es necesario indicar, que la legislación penitenciaria actual, estableció tanto para la Semilibertad como para la Liberación Condicional, dos mecanismos como consecuencia de la eliminación de la reincidencia, determinando para la Semilibertad el cumplimiento del tercio de la pena o dos terceras partes y para la liberación condicional el 50% de la misma, o tres cuartas partes, con lo que la concesión de estos beneficios desde 1991 en que entró en vigencia el Código de Ejecución Penal,

estaba en función de la gravedad del delito, considerando que en penas cortas prácticamente con la adición de la Redención de Pena a la reclusión efectiva, la permanencia del interno era muy corta, lo que ha creado malestar en la comunidad por la pronta liberación de penados, en base a ello se incorporó para estos dos beneficios, otro mecanismo que establecía el acceso en tiempo mayor, de tal suerte que la Semilibertad podría concederse al cumplimiento de las dos terceras partes de la pena y la liberación condicional, al cumplir las tres cuartas partes de la misma; situación ésta que se explica técnicamente a los efectos de que los beneficios penitenciarios como la Semilibertad y la Liberación Condicional pudieran ser otorgados en tiempos distintos en razón de la naturaleza y gravedad del delito cometido.

En atención a lo precedentemente indicado, se debe precisar también que, el Código de Ejecución Penal en el artículo 46° ya establecía los casos especiales de Redención de Pena en la modalidad del 5 x 1, tanto para el trabajo como para la educación. De igual forma el artículo 48° y el artículo 53° del Código, en el caso de la Semilibertad y la Liberación Condicional, hace referencia que en los casos del artículo 46°, es decir, en los tipos penales comprendidos en él, la Semilibertad y la Liberación Condicional será proce-

dente al cumplimiento de las dos terceras partes o tres cuartas partes de la pena impuesta y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183° del Código Penal.

Esto significa, que la legislación penitenciaria técnicamente había previsto la concesión de estos beneficios en los extremos máximos como los precedentemente indicados, al que debemos agregar que posteriormente nuevas disposiciones legales han incorporado tipos penales a esta excepción, como la Ley N° 27507, en cuanto a los Arts. 173° y 173°-A; la Ley N° 26320, respecto a los tipos penales 296°, 301° y 302° y la Ley materia de esta consulta Ley N° 27770, en los delitos contra la Administración Pública, Concusión, Peculado (excepto el culposo), Corrupción de Funcionarios y Asociación Ilícita para delinquir. Sin embargo, sólo en este último caso ha merecido el pronunciamiento del Tribunal Constitucional para su aplicación en forma retroactiva.

III. NATURALEZA JURIDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS.

La concepción que se tenga respecto de los Beneficios Penitenciarios, determinará realmente si estos están en la categoría de derechos o en el grupo

de las gracias. En este contexto **MAPELLI CAFFARENA**¹, catedrático de la Universidad de Sevilla, reconoce que nos encontramos ante derechos de la persona derivados de su condición de privado de libertad en un sistema resocializador, no es una cuestión baladí, sino que tiene un alcance muy considerable. De acuerdo al principio de legalidad al que esta sometido la ejecución de las penas, los derechos solo pueden limitarse bajo la cobertura de una ley, no bastando para ello una disposición reglamentaria.

En tanto, el Tribunal Constitucional Peruano ha considerado que los Beneficios Penitenciarios tienen la condición de derechos subjetivos de los internos², se establece como precedente de observancia obligatoria que **«los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos ciertamente condicionados porque su aplicación no procede automáticamente por el sólo hecho de que quien lo solicita se encuentre privado de su libertad»**.

Algunos tratadistas relacionan a los Beneficios Penitenciarios con las gracias, cuando en realidad éstas no tienen ninguna relación, teniendo en cuen-

ta que la gracia no tiene ninguna norma posterior de cumplimiento.

Particularmente, considero que los beneficios penitenciarios son verdaderos **INCENTIVOS**, concebidos como derechos espectaculosos del interno que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr una reincorporación anticipada del penado a la comunidad social, mediante los mecanismos de la Redención de Pena por el Trabajo y la Educación, para luego alcanzar la Semilibertad o la Liberación Condicional, accediendo paulatinamente a la libertad, por ello es, que los beneficios penitenciarios no pueden concebirse como un derecho ni como una gracia; pues si así fuera, en el primer caso hubiese simplemente una exigencia de carácter obligatorio de cumplir los requisitos determinados para su concesión, que le harían perder su concepción dentro del tratamiento penitenciario, más aun cuando el penado sigue siendo uno más del establecimiento penal, en tanto no alcance su libertad definitiva, siendo esto así, la semilibertad así como la liberación condicional, requieren de una calificación individualizada y en el segundo caso considerar a los beneficios penitenciarios como gra-

¹ MAPELLI CAFFARENA, Borja. «Principios Fundamentales de Sistema Penitenciario Español». Casa Editorial, S.A. Bosch S.A. Ugel, 51. Barcelona- España.

² BUENO AURUS, Francisco «Los Beneficios Penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria»; En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona; Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain; Instituto Vasco de Criminología; San Sebastián-España; 1989; Pág. 999-1000.

cia no resulta adecuado, porque no es un acto de condonación o perdón como el indulto y la amnistía que ponen fin a la condena.

Los Beneficios Penitenciarios, fundamentalmente los de pre-libertad, requieren de una evaluación particularizada, como lo es el propio tratamiento penitenciario pues, una vez concedidos están sujetos a reglas de conducta cuyo incumplimiento provoca la revocatoria que no opera en la gracia, de allí su diferencia y su calificación como incentivos que permiten, a la administración penitenciaria, mejor control y programación de las acciones de tratamiento del interno durante su permanencia en el centro penal, buena conducta y promoviendo actitudes positivas para convivir adecuadamente en la comunidad social; en tal virtud, los beneficios penitenciarios como incentivos que ofrece el régimen penitenciario, permite la ejecución de diversas acciones de terapia, educación y trabajo basados en la disciplina y el autocontrol del interno que lo obligará en su retorno a la comunidad, conducirse adecuadamente, respetando las normas de convivencia, y sobre la base de estos fundamentos consideramos que los beneficios son incentivos que no pueden estar en la categoría de derechos como tal, ni gracias porque están sujetos además del cumplimiento de los requisitos a la evaluación del órgano técnico del penal y del propio Juez, quien determinará en definitiva lo positivo y la oportunidad de su concesión en función del interno y la sociedad misma.

IV. ANALISIS DE LA LEY N° 27770 EN FUNCION DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE ESTA NORMA.

El Tribunal Constitucional considera que el otorgamiento de beneficios penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la Administración Pública, a juicio de este Tribunal, señala que por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

Considera el Tribunal Constitucional, que la ley aplicable en el tiempo como la Ley N° 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un proceso distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse.

Precisa también, que las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, éstas deben considerarse, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, como normas materialmente procesales o procedimentales.

En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, *prima facie*, a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho «a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos», al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política.

Por lo tanto, la cuestión ahora en debate es: ¿cuál ha de ser el momento que establezca la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que acontece, con el de los beneficios penitenciarios aquí abordados?. El Tribunal Constitucional considera que ese *dies a quo* es la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio de semilibertad o liberación condicional, esto es, conforme se desprende de los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, respectivamente, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficios penitenciarios.

Siendo esto así, tratándose de cualquier norma que regule el tema de las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario de liberación condicional o semilibertad, como sucede también con el regulado por la Ley N° 27770, su aplicación se efectúa de manera inmediata a todas aquellas solicitudes presentadas desde que ella entró en vigencia, con independencia de la ley que sobre la misma materia se encontraba vigente cuando se cometió delito o la que estuvo vigente cuando se dictó la sentencia condenatoria.

Sin embargo, una vez presentada la solicitud, se realizase una modificación de leyes, cuyo sentido fuera prever un tratamiento diferente, esas solicitudes deberán ser resueltas conforme a la Ley N° 27770, que se encontraba vigente al momento de presentarse la petición al Juez, pues la eventual aplicación de la nueva ley para resolver esa misma solicitud, sólo sería a condición de que esta última fuese más favorable al interno (Artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal).

Dentro de las condiciones de como se ejecutará la pena, se encuentra desde luego, la posibilidad que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello es compatible con los conceptos de educación y rehabilitación del penado. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen,

intrínsecamente, la posibilidad que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad en definitiva es la protección de la sociedad contra el delito. Ello sólo puede tener sentido, *«si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo»*.

En efecto, si mediante los beneficios penitenciarios, como la libertad condicional o la semilibertad, se autoriza legalmente que la pena impuesta por un juez pueda eventualmente suspenderse antes de su total ejecución, tal autorización está condicionada a que los fines de la pena, a los que se refiere el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución, se hayan cumplido. Los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena, es decir, en la reeducación y en la reinserción social: la prevención especial y el tratamiento y en los factores positivos en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta.

Consideramos, a tenor de lo precedentemente determinado por el Tribunal Constitucional, que se debe enten-

der que las disposiciones del Código de Ejecución Penal deben considerarse como normas procedimentales y por lo tanto para conceder la Semilibertad y la Liberación Condicional, indica que a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, debe resolverse conforme a la ley vigente al momento de la solicitud del beneficio penitenciario, en este caso la nueva ley que el interno desconocía a la comisión del hecho delictivo, lo que hace su aplicación retroactiva en interpretación distinta a lo que generalmente se ha venido dando en nuestro país.

En este contexto debemos referirnos en principio al Código de Ejecución Penal que en su artículo VIII. del Título Preliminar, textualmente establece: **«La retroactividad y la interpretación de este código se resuelven en lo más favorable al interno»**. Esta norma al hacer referencia al interno está considerando a los dos grandes grupos o categorías de reclusos, esto es a los procesados y sentenciados, y el artículo 1° indica que **«el interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin limitaciones que las impuestas por la ley y la sentencia respectiva»**, de allí debemos indicar que, en el Perú la aplicación de las leyes dictadas en el campo penitenciario han tenido efecto hacia futuro, tal como ocurrió con la Ley N° 23689 de octubre del año 1983, que modificó el artículo 64° de la Ley Matriz de Tráfico Ilícito de Drogas Ley N° 22095 que establecía que **«No se concederá liberación condicional, conmutación,**

condena condicional, indulto, permisos especiales de salida, libertad bajo vigilancia, trabajo fuera del establecimiento penal, redención de pena por el trabajo a los procesados o sentenciados según el caso, por la comisión del delito de Tráfico Ilícito de Drogas». Esta ley se empezó a aplicar retroactivamente a aquellas personas que se encontraban reclusas por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas con anterioridad a su vigencia, lo que produjo la reacción inmediata de los encarcelados por este delito que trajo como consecuencia, que el Congreso de la República tuviera que emitir una ley interpretativa que fue la Ley N° 23956, que en artículo único determinó «Interprétese que la Ley N° 23689 se aplica a los inculcados o sentenciados que hayan cometido o cometan el delito de Tráfico Ilícito de Drogas a partir del 06 de noviembre de 1993. Aquí se produjo una *interpretación auténtica de la ley*, mediante la cual el Congreso de la República determinó en forma clara que las modificaciones a la ley penitenciaria, incluso las prohibitivas de beneficio penitenciario, no tienen efecto retroactivo, si no que éstas se aplican a futuro para los hechos posteriores a su vigencia, de tal suerte que los beneficios penitenciarios han estado siempre en función de la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo.

Conforme a lo precedentemente indicado y frente a lo resuelto por el Tribunal Constitucional se debe indicar que el *principio de legalidad es una institución jurídica viva y real en el marco de un estado democrático de derecho y constitucional*, en tal sentido el principio de legalidad penal consagrado en la constitución irradia su vigencia sobre el derecho penal material, el derecho penal adjetivo y sobre el derecho penitenciario, sin embargo, algunos doctrinarios pretenden limitar el ámbito de aplicación de este principio, solo al derecho penal material, lo que significa dividir el sistema punitivo en forma arbitraria, tal como sostiene **URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ** en la publicación periodística de enero de 2004 «*Garantía sin fisuras*» cuando indica que no es posible, pues el *ius puniendi* del estado según los parámetros constitucionales es una unidad invisible, como sostiene también **JESCHECK, HANS-HEINRICH**³ en su *Tratado de Derecho Penal Parte General*, ya que tanto las normas de carácter material como las de carácter procesal y las normas que se refieren a la ejecución de la pena son de naturaleza aflictiva, y **ROXIN CLAUX** en su obra *Derecho Procesal Penal*, considera también, que los tres tipos de normas restringen derechos fundamentales de los ciudadanos, y por tanto, no

³ JESCHECK, Hans Heinrich «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Granada, Comares, 1993

pueden ser tratados en forma distinta como si fueran instituciones excluyentes o antagónicas, de allí se puede afirmar que tanto **el derecho penal, procesal penal y el derecho penitenciario** se corresponden estrechamente. Por su parte **MIR PUIG, SANTIAGO** en su obra *Derecho Penal Parte General*, sostiene que el derecho penal será un instrumento de protección de la sociedad frente al Estado, únicamente cuando el derecho penal adjetivo y el derecho de ejecución penal así lo permitan, en este mismo contexto **ROXIN CLAUS** afirma: para que las normas sustantivas que establecen los presupuestos de la acción punible y las respectivas consecuencias jurídicas puedan cumplir su función de asegurar la convivencia humana pacífica, es necesario contar con un procedimiento que este establecido jurídicamente de manera previa, clara, inequívoca e indubitable y segundo con un sistema penitenciario que en virtud a la aplicación de normas humanas previamente establecidas permita realizar el llamado fin resocializador de la pena.

El ámbito de aplicación del principio de prohibición de retroactividad de la ley penal que perjudica al ciudadano no es distinto al campo donde actúa el principio de legalidad penal y, por tanto, se aplica a todo **el sistema punitivo**. En ese orden de ideas, como ya hemos señalado anteriormente, la irretroactividad de la ley penal se aplica en el Derecho Penal material, en el campo del Derecho Procesal Penal como sostiene **JAKOBS, GUNTHER** en su obra *Derecho Penal*

Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación.

Independientemente a la doctrina es necesario también tener presente el pronunciamiento de los organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su informe N° 083/00 ha sostenido «la garantía de no-retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable abarca por igual tanto los preceptos **sustantivos como adjetivos o de procedimiento** que afectan cuestiones de derechos sustantivos, esa extensión de la denominada ley ex -post- facto o materia procesal penal que actualmente se aplica en el sistema procesal moderno ha sido evolución del derecho penal y procesal penal». En este mismo sentido, este organismo ha indicado que los principios de legalidad y retroactividad de la ley penal más favorable, como criterios orientadores del sistema penal y de procedimiento penal, protegen al imputado y procesado de la aplicación, de por sí ilegal, de leyes post-facto y ambos principios se predicen en materia sustantiva y adjetiva.

La propia Corte Interamericana ha reconocido en sus resoluciones consagrar y reiterar el canon de la retroactividad de la ley penal, restrictiva o favorable en materia penal y por lo tanto a contrario sensu, el canon de la no-retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no haciendo distinción alguna entre las leyes sustantivas o adjetivas ni procesales.

Asimismo, es necesario considerar, el pronunciamiento del Poder Judicial, en resolución de casos referidos a este tema relacionados a la aplicación de la Ley N° 27770 como era el caso de **Néstor Gilner Iglesias**, sostuvo que, no es de aplicación en razón que habiendo sido publicada con posterioridad a la comisión del delito, constituye una ley desfavorable al procesado.

De igual forma, la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema y con voto singular del Vocal Supremo **ROBINSÓN GONZÁLES CAMPOS**⁴ determinó que en aplicación del control difuso de la Constitución, que el Juez es el garante de la correcta aplicación de la constitución y precisa que «**las sentencias del Tribunal Constitucional en materia penal han sido contradictorias, recalcando el principio de la retroactividad benigna de la ley a favor del reo**».

El Vocal Supremo Instructor **JOSÉ LUIS LECAROS**, para casos de Anticorrupción al resolver la petición de Semilibertad del sentenciado Wilson Gerardo Angulo Flores, resolvió «**No resulta pertinente al caso concreto la Ley N° 27770 en razón de que habiendo sido publicada con posterioridad a la comisión del delito y resultando desfavorable, no puede aplicarse retroactivamente**». Este mismo magistrado al resolver la semilibertad de Mario Zosimo

Oropeza Villanueva indicó «que habiendo ocurrido los hechos y emitido sentencia con fecha anterior a su promulgación, en mérito del artículo 103° de la Constitución Política del Estado, inciso 2) del artículo 139° no es aplicable la mencionada ley al caso concreto, sino la anterior por ser la más favorable al reo.»

Conforme lo expuesto en los fundamentos precedentes, resulta evidente que no existe un criterio uniforme en la doctrina ni en las resoluciones judiciales respecto a la aplicación de la Ley N° 27770, sin embargo, considero que el Tribunal Constitucional no ha interpretado correctamente los alcances y vigencia del principio de legalidad en materia de beneficios penitenciarios, teniendo en cuenta que la vigencia en este principio determina la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable en todo el sistema punitivo.

En otro aspecto se debe indicar que si bien en el derecho penal material rige el *tempus delicti commissi* y en el derecho penal adjetivo, así como el derecho penitenciario rige el *tempus regis actum*, esa diferencia es solo de carácter formal considerando que tanto las normas penales sustantivas como las normas penales adjetivas y las normas penales penitenciarias restringen la libertad del ciudadano, razón por la que

⁴ El Vocal Supremo se pronuncia respecto al Control Difuso de la Constitución en el Exp. N° 14-2001

ésta diferencia formal no puede fundamentar la aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable en materia penitenciaria.

Debo significar que como hemos indicado reiteradamente el análisis de cualquier precepto penal se debe efectuar en forma sistemática y teleológica por lo que la interpretación de la Ley N° 27770, tampoco se puede revisar en forma aislada, sino en relación con los demás cuerpos legales y sobre todo teniendo en cuenta la Constitución Política del Estado que en su artículo 1° consagra como valor supremo de un estado democrático de derecho la dignidad y la libertad de la persona humana, debiendo por lo tanto el Tribunal Constitucional en sus fallos seguir la *ratio efendi* que en la ley en comento no ha seguido esa dirección pronunciándose por la aplicación retroactiva de la ley.

Si bien nuestra postura en cuanto a los beneficios penitenciarios, no es la de considerar un derecho para el interno, sino un incentivo, porque su concesión no es automática al cumplimiento de los requisitos que establece el Código de Ejecución Penal, sino que está sujeta a la calificación previa del campo penitenciario y evaluación del Poder Judicial al momento de resolverla, en base a criterios que determinen la adecuada reincorporación del penado a la comunidad social, sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha sostenido la no existencia de una unívoca referencia o definición respecto de los beneficios pe-

nitenciarios, existiendo realmente un debate no concluido en la doctrina sobre este aspecto, por lo tanto considero que los beneficios penitenciarios deben concederse conforme a la ley vigente al momento de la comisión del delito, salvo los casos de ley posterior favorable, que es consecuente con el fin preventivo general de la pena y la función de motivación de la norma penal y la orientación preventivo especial que la Constitución y el Código de Ejecución Penal otorgan a la Ejecución Penitenciaria. Este aspecto es coincidente con el voto singular del Vocal Supremo **ROBINSON GONZÁLES CAMPOS** en su pronunciamiento en el Expediente N° 14-2001-04, cuando indica que «la aplicación de los principios de la retroactividad benigna de la ley a favor del reo, el *tempus comissi delicti*, el principio de legalidad en materia penal y la garantía de la ejecución de las penas no deben afectar los derechos fundamentales de la persona humana, por lo que debe regir la aplicación de las normas del Código de Ejecución Penal, referente a Redención de Pena por el Trabajo y la Educación, la Semilibertad y la Liberación Condicional, para los casos de los delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 27770», opinión que es también congruente con los fundamentos que hemos expuesto detalladamente en leyes que han reconocido la irretroactividad de la norma desfavorable al interno.

Debo significar, que de mantenerse el pronunciamiento del Tribunal Cons-

titucional en el sentido de la aplicación retroactiva de la ley penitenciaria desfavorable, ésta posiblemente en el momento actual no tenga repercusión, sin embargo frente a la creciente ola criminal en los delitos de Robo Agravado, Secuestro y Tráfico Ilícito de Drogas que constituye un porcentaje igual o mayor al 50% de la población penal, en cuanto merezcan las modificatorias que la sociedad lo está exigiendo como garantía frente al flagelo de estos delitos, entendemos que las restricciones de beneficios penitenciarios retroactivamente aplicadas significarán también a no dudar la manifestación de protesta inmediata de los penados afectados con esta decisión, por lo que sería conveniente que el máximo organismo de control de la Constitución revise su decisión así como lo hizo también al pronunciarse respecto de las libertades por exceso de detención, por lo que finalmente consideramos que las normas en el campo penitenciario así como en las otras ramas del derecho deben ser claras a fin de evitar interpretaciones que afectan el derecho de las personas como en este caso.

También debemos señalar que el Artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal establece la retroactividad benigna de la norma penitenciaria, es decir que cualquier ley posterior que favorezca al interno, se aplicara retroactivamente como una excepción a la irretroactividad de las leyes. Esta aplicación retroactiva de la norma penitenciaria más favorable guarda concordancia con lo establecido en

la segunda parte del artículo 6° del Código Penal según el cual: *«...si durante la ejecución de la sanción se dictara una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda a la nueva ley»*, haciendo una interpretación *contrario sensu* no es factible aplicar una norma posterior que resulte menos beneficiosa o más severa para el condenado que la vigente al momento de la comisión del hecho materia del juzgamiento. Pero el artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal va más allá, pues dispone la resolución más favorable al interno en materia de interpretación de este código, esto requiere que cualquier controversia que surja en la interpretación de este cuerpo de leyes se adoptará la interpretación que más le favorezca.

En el mismo Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, queda establecido que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Y este fin no se cumple aplicando normas drásticas cada vez más severas, ni mucho menos aplicando en forma retroactiva normas que perjudiquen más, la difícil situación del interno, esto es aceptado por la mayoría de doctrinarios del mundo, como JIMÉNEZ DE ASÚA quien sostiene que *«si las nuevas formas de enjuiciamiento contienen disposiciones que influirán en la penalidad o defensa del imputado, no podrá dárseles efecto retroactivo, porque no es posible someter al acusado a*

condiciones más graves que las previstas por la ley vigente en el momento en el que el delito se perpetró»⁵

No podemos dejar de mencionar en este análisis la implicancia del principio de legalidad respecto a este tema. El principio de legalidad en materia penal se constituye como la Suprema Garantía Individual, ya que consiste en la necesidad de la ley previa al castigo. En un Estado de Derecho, el principio de legalidad resulta fundamental puesto que la única fuente del Derecho Penal es la ley. Este principio es reconocido universalmente; ya que se traduce esencialmente en la observancia de todas las normas; es decir, que se manifiesta en todos los ordenamientos en los cuales se tenga que sujetar el poder público a determinadas normas de observancia obligatoria.

Sobre este tema en particular, **BRAMONT ARIAS - TORRES** precisa que «...el principio de irretroactividad de la ley penal constituye uno de los pilares fundamentales del principio de legalidad... Conforme al principio de irretroactividad, al hecho se aplica la ley que rige al tiempo de su comisión. El principio fundamental de la irretroactividad encuentra su excep-

ción en el principio de retroactividad de la ley más favorable, conforme al cual se aplica la ley posterior cuando es más benigna que aquella vigente al tiempo de la comisión del hecho...»⁶

En ese mismo orden de ideas, el sostener que la Ley N° 27770 es de aplicación inmediata incluso para quienes incurrieron en los Delitos contra la Administración Pública mencionados en esta norma antes que ésta entrara en vigencia, es un grave error, debido a los siguientes fundamentos:

1. La Ley 27770 no puede tener efectos retroactivos porque se refiere a la forma de ejecutar la pena y esta no puede ser más penosa para los derechos del condenado, no es discutible establecer un régimen más drástico para un delito que le hace daño al Estado, pero no podemos pretender aplicarlo hacia atrás, ya que los Tratados Internacionales a los que se encuentra sometido nuestro país las prohíbe, así como el Pacto de San José en su artículo noveno, señala que tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, de igual forma el artículo decimoquinto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políti-

⁵ JIMÉNEZ DE AZUA, Luis «El Criminalista» Tomo III, Tipografía Editorial Argentina, Buenos Aires, 1949, p. 268

⁶ BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto. «Código Penal Anotado». Lima. San Marcos. p. 152.

cos de las Naciones Unidas, indica que cuando hablamos de pena más grave no podemos referirnos solo a tiempo de internamiento, sino a la obstrucción de redimirla por el trabajo o por el estudio. Los textos mencionados forman parte de la jurisdicción supranacional del Perú por haber sido aprobados constituyentemente de manera irreversible por la Asamblea 1978 – 1979⁷.

2. La distinción que hace el Tribunal Constitucional, entre la aplicación del derecho penal material y el derecho procesal, para decir que en lo que se refiere a ley penal se aplicará la ley vigente al momento de la comisión del delito mientras que en lo que concierne a la ley procesal se aplicará la ley vigente al momento de la realización del acto procesal, tendría su razón de ser, en que las materias que regulan cada una de ellas son distintas, sin embargo ni la Constitución ni los Tratados Internacionales a los que nos encontramos sometidos hacen esta distinción, además sostener esta posición es contradecir los principios del derecho penal y penitenciario, como el principio de legalidad, principio de irretroactividad y además de contribuir con la creación de un ámbito de inseguridad jurídica que atenta contra las garantías fundamentales

amparadas en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales.

3. En el derecho penitenciario como en el derecho penal material se aplica el principio de la retroactividad de la norma sólo en cuanto esta sea más beneficiosa para el reo, caso contrario es lógico que no debe aplicarse.
4. La razón de ser de la retroactividad benigna, que es la única permitida por nuestra Constitución, es que, se dé un cambio de valoración jurídica, en sentido discriminador o atenuatorio, que expresa la nueva ley, es decir que la nueva ley resulte más favorable al reo.⁸
5. En el derecho penitenciario la regla *tempus regit actum* no solamente tiene como misión permitir conocer al interno, desde que ingresa al establecimiento penitenciario, los derechos y obligaciones que se derivan de la privación de su libertad, sino el garantizar sus derechos fundamentales frente al ejercicio de la función punitiva.

V. CONCLUSION:

De lo antes expuesto, podemos concluir que la ley penitenciaria vigente al momento de la comisión del delito -

⁷ VALLE RIESTRA, Javier. Revista Actualidad Jurídica – Edición Especial. Gaceta Jurídica

⁸ JECSHECK, Hans Heinrich. «Tratado de Derecho Penal. Parte General». Granada: Comares, 1993. p.125

tempus comissi delicti- es la ley aplicable para la concesión de beneficios penitenciarios, salvo los casos de retroactividad benigna. En esta línea se orienta la doctrina mayoritaria, así para EUGENIO RAÚL ZAFFARONI⁹, «... si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición misma o su manifestación más importante. *El nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva porque nadie puede dudar que una de esa naturaleza, que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo, de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que conocía el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad».

La aplicación de la Ley N° 27770 a hechos ocurridos antes de su vigencia atenta contra los principios mencionados precedentemente con la determinación del régimen establecido por esta ley que resulta más severo que el que regía con anterioridad, se estaría perjudicando el derecho a la resocialización, el mismo que puede deducirse de nuestra Constitución y que se hace realidad mediante los beneficios penitenciarios.

Particularmente, considero que la aplicación de la Ley N° 27770 deberá ser a futuro, es decir a partir del momento de su publicación, en estricta aplicación del «*principio de la retroactividad benigna de la ley a favor del reo*», el «*tempus comissi delicti*», el «*principio de legalidad en materia penal*» y la «*garantía de ejecución de las penas*».

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, «Manual de Derecho Penal» Parte General. Buenos Aires. 1979 y «Tratado de Derecho Penal. Parte General», Tomo V. Editorial Editar, Buenos Aires - Argentina, 1983, p. 418

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

- BUENO ARUS, Francisco. «Los Beneficios Penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria»; en Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain; Instituto Vasco de Criminología; San Sebastián- España; 1989
- BUENOS AURUS, Francisco «Estudios Penales y Penitenciarios». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. España. 1981
- BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto «Código Penal Anotado» Editorial San Marcos, Lima – Perú
- CUELLO CALON, Eugenio «La Moderna Penología» Editorial Bosch, Barcelona, 1958
- DE CÓRDOVA FEDERICO «La Libertad Condicional», Editorial Cultural S.A., La Habana, 1942
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio «Manual de Derecho Penitenciario» Editorial COLEX, p. 436. Salamanca – España, 2001
- FLORES MUÑOZ, Milko «La Pena Privativa de Libertad» Editorial Jurídica Grigley, Primera Edición Lima - Perú, 1994
- GARCIA BELAUNDE, Domingo «La Constitución Peruana de 1993» Editorial Jurídica Grigley Lima - Perú, 1994
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS «Manual de Buena Práctica Penitenciaria» Editorial Mundo Gráfico de San José S.A. 1998, p. 195
Traducido de la primera versión, publicada en inglés. «Penal Reform International», Paris - Francia, 1997

- JECHECK, Hans Heinrich «Tratado de Derecho Penal Parte General» Editorial Comares, Granada, 1993
- MAPELLI CAFFARENA, Borja «Principios Fundamentales de Sistema Penitenciario Español» Casa Editorial, S.A. Bosch S.A. Ugel, 51 Barcelona - España
- MIR PUIG, Santiago «Fundamento Político del Derecho Penal y Función de la Pena»
X Taller Nacional sobre Justicia y DD.HH. Materiales de Lectura.
CEAS – Comisión Episcopal de Acción Social, Agosto, Lima – Perú, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco «Resocialización y Tratamiento de Delincuente en los Establecimientos Penitenciarios de España», España, 1993
- PEREZ CEPEDA, Ana «Manual de Derecho Penitenciario» Editorial COLEX, p. 436., Salamanca – España, 2001
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor «Comentarios al Código Penal de 1991», p. 159 Editorial Alternativas, 1993
- SMALLARANA, German Los Beneficios Penitenciarios en el Perú Editorial BLG, Lima – Perú, 2001
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro. Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal 5ta. Edición, Editores FECAT E.I.R.L., p. 532 Lima – Perú, 1999
- VALLE Riestra, Javier Revista Actualidad Jurídica Edición Especial. Gaceta Jurídica
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl «Manual de Derecho Penal» Parte General, Buenos Aires, 1979
- ZAFFARONI Eugenio Raúl «Tratado de Derecho Penal. Parte General.», Tomo V, Editorial Editar, p. 418. Buenos Aires - Argentina, 1983

CONSTITUCIONES Y CODIGOS:

- Constitución Política del Perú 1993
- Constitución Política del Perú 1979
- Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 330; 1985.
- Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654; 1991.
- Reglamento del Código de Ejecución Penal, Decreto Supremo 015-2003-JUS

LEYES Y DECRETOS LEYES:

- Ley N° 27770. Ley que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública.
- Ley N° 27507. Ley que restablece el texto de los artículos 173° y 173° a, del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 896
- Ley N° 26320. Dictan normas referidas a los procesos por delito de tráfico ilícito de drogas y establecen beneficio
- Ley N° 22095. Ley General de Control de Drogas
- Ley N° 23956. Interpretase que la Ley N° 23689, se aplica a los inculcados o sentenciados que hayan cometido o cometan el delito de tráfico ilícito de drogas a partir del 6 de noviembre de 1983, fecha de su vigencia
- Ley N° 23689. Modifican el Art. 64° del D.L. N° 22095, a que se refiere el Decreto Legislativo N° 122
- Decreto Ley N° 23164. Varían Artículos del D.L. N° 17581
- Decreto Ley N° 17581. Unidad de Normas para Ejecución de Sentencias Condenatorias

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM.