

Aplicación temporal de la ley penal y beneficios penitenciarios

Iván Meini Méndez*

I. Presentación

1. La concesión del beneficio penitenciario de semilibertad ha dado lugar, en la coyuntura actual, a la discusión de si la legislación en la cual se regulan debe ser aplicada retroactivamente o si, por el contrario, en su concesión rige el principio de aplicación inmediata de la Ley. La respuesta que se dé a esta interrogante no es en absoluto baladí, sobre todo en lo que respecta a los procesos penales que se siguen contra los miembros de la organización criminal de la década pasada.

2. La Ley 27770, publicada el 28 de junio de 2002, establece que los condenados por delito de concusión, peculado, corrupción de funcionarios y agrupación para delinquir podrán recibir el beneficio penitenciario de semilibertad recién cuando hayan cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada como reparación civil (art. 4.b), y que la redención de la pena por el trabajo y la educación es de un día de pena por cinco días de labor efectiva o de estudio debidamente comprobado (art. 4.a). En estos casos no se aplica el régimen general que regula el art. 48 del Código de Ejecución Penal [= CEP], que permite al sentenciado egresar del establecimiento penitenciario al cumplir únicamente una tercera parte de la pena; ni el de los arts. 44 a 47 CEP, en cuya virtud la redención de la pena por trabajo o estudio es a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva o de estudio. Dicho con un ejemplo: cuando alguien delinque antes de la dación de la Ley 27770 y se le impuso la pena de cinco años de privación de libertad, se discute si el tiempo que debe purgar condena es sólo de un año y 8 meses (art. 48 CEP) o tres años y dos meses (Ley 27770).

3. La postura que se tome al respecto y su posterior argumentación tiene que asumir como punto de partida, y de manera ineludible, el art. 103 de la Constitución Política del Perú. En él se establece que "ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo". La claridad del citado precepto constitucional no deja, en principio, lugar a dudas: sólo en materia penal y sólo cuando beneficie al reo se puede aplicar retroactivamente una Ley. Digo en principio, no obstante, porque no todo precepto jurídico que regule aspectos penales tiene contenido penal y, aunque parezca absurdo, no siempre se tiene en claro qué es aplicar retroactivamente una ley.

4. La tesis que defiendo consiste en que los beneficios penitenciarios no se aplican retroactivamente. La razón, *grosso modo*, es que no existe fundamento jurídico alguno que lo permita y, sobre todo, que resulta materialmente imposible aplicar retroactivamente un beneficio penitenciario. En lo que sigue trataré de argumentar en torno a este postulado.

II. El derecho penal sustantivo, el Derecho procesal penal y el Derecho de ejecución penal

1. No todo precepto jurídico que regule aspectos penales puede ser aplicado retroactivamente. Dos ejemplos al respecto: queda claro que si el máximo de la pena del delito de homicidio se redujera de veinte a diez años, tal modificación tendría que repercutir favorablemente en las personas que fueron condenadas por homicidio a una pena superior a diez años. Pero también queda claro que si hoy día entra en vigencia una ley que modifica el plazo para interponer

* Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú. Procurador Adjunto Anticorrupción.

recurso de apelación de tres días a un día, no se puede argumentar que el plazo para interponer apelación en todos aquellos procesos que empezaron antes de hoy siga siendo de tres días. Del mismo modo, si la ley aumentara de tres a cinco días el plazo para interponer recurso de apelación, el nuevo plazo sería de aplicación tanto para los procesos que se iniciaran hoy como para los que ya están en trámite. La razón de esto es bastante obvia, aunque muchas veces no se llegue a fundamentar adecuadamente. La aplicación retroactiva que rige en el primer ejemplo se explica porque se trata de una *ley penal sustantiva*, mientras que en el segundo ejemplo, la aplicación inmediata de la ley, y no su aplicación retroactiva, se elucida en razón de que se trata de un *precepto procesal*. Esta diferenciación es asumida de manera unánime por la doctrina¹.

Nuestro Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado también en este sentido, y de manera tajante sostiene que “en el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza (...) en el derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo (...) debido a la naturaleza del proceso como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen”². Profundizando en el tema, el mismo TC proclama que “la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo cuando se cometieron los delitos”³.

2. Esta distinción tiene su razón de ser en que las materias que regulan unos y otros preceptos legales son distintas. *Los preceptos procesales se encuentran en función al proceso, y rigen hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas tras su entrada en vigor*, salvo las excepciones que la propia ley establezca. Mientras que *los preceptos penales sustantivos o materiales se aplican al fondo del tema que es sometido a controversia en un proceso penal*⁴; es decir, *al delito*. Todo esto no es sino la manifestación del principio de irretroactividad de la ley, cuya única excepción es aquella en donde la nueva ley penal sustantiva es más beneficiosa para el reo.

3. El Derecho penitenciario, por su parte, no es ni Derecho penal sustantivo ni procesal. Él tiene su propia naturaleza, y su propio ámbito de regulación. No versa, el derecho penitenciario, sobre las condiciones que deben verificarse para la imposición de una pena, ni abarca los criterios en virtud de los cuales se determina la pena imponible. Es pues una tercera forma, independiente y autónoma, de leyes penales⁵, en la que rige el principio de aplicación inmediata de la Ley⁶. Los preceptos legales que regulan los beneficios penitenciarios, como el art. 48 CEP -y los demás que señala el art. 42 CEP- o la Ley 27770, no son entonces leyes penales sustantivas. Sobre esta afirmación difícilmente se podrá disentir, pues un beneficio penitenciario, por ejemplo la semilibertad, no versa sobre si se ha cometido un delito o no, ni sobre el grado de responsabilidad de quien lo cometió, ni sobre el grado de participación de quienes intervinieron en la comisión del delito, ni tampoco regula la pena a imponer. El presupuesto para empezar a discutir la concesión de un beneficio penitenciario es que exista una condena efectiva a pena privativa de libertad, lo

¹ Entro otros, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., München, § 5 n.m. 51 ss., 57 y 62 ss.; *Otto*, Grundkurs, Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, § 2 n.m. 8; *Stratenwerth*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat, 4ª ed., Berlin, 2000, § 3 n.m. 10; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 32. Aufl., Heidelberg, 2002, n.m. 48.

² Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 27 de agosto de 2003, Exp. 1300-2002-HC/TC.

³ Sentencia del TC de fecha 06 de enero de 2003, Exp. 0290-2002-HC/TC.

⁴ Con referencias bibliográficas y jurisprudencias, cfr. *San Martín Castro*, Manual de Derecho Procesal, I, 2 ed., Lima, 2003, p. 27 ss.

⁵ *Gracia Martín*, en Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español, Valencia, 1996, p. 284 ss.; *Tamarit Sumalla*, Curso de Derecho penitenciario, Valencia, 2001, p. 47 ss.;

⁶ *Maurach/Zipf*, Derecho penal, Parte genera 1, Buenos Aires, 1994, § 12 n.m. 6.

que, a su vez, presupone la comisión de un delito. Los beneficios penitenciarios no versan pues sobre la comisión del delito, sino sobre la excarcelación del condenado. Para decirlo a modo de tesis: el primer argumento que descarta la aplicación retroactiva de los preceptos que regulan beneficios penitenciarios es que no constituyen parte del Derecho penal sustantivo, y por lo tanto no deben ser entendidos como leyes de materia penal en el sentido que el art. 103 de la Constitución Política del Perú se expresa.

III. La imposibilidad jurídica y material de aplicar retroactivamente una ley

1. El segundo argumento en mérito del cual se descarta la aplicación retroactiva de los preceptos que prevén beneficios penitenciarios tiene que ver con el fundamento mismo de la aplicación retroactiva de la ley penal. La razón de ser de la retroactividad benigna responde principalmente a un cambio de valoración jurídica, en sentido discriminador o atenuatorio, que expresa la nueva ley. De ahí que parezca más justo aplicarla también a los hechos anteriores, y tratar a éstos de la misma manera que a los hechos cometidos con posterioridad⁷. Existe, además, un argumento adicional, relacionado con la prevención: no es necesario seguir penando determinadas conductas de la manera como se venía haciendo cuando el grado de desaprobación que ahora ameritan es inferior⁸, o cuando no merecen desaprobación alguna.

2. Este cambio de valoración, es verdad, puede recaer también sobre los requisitos o presupuestos de los beneficios penitenciarios. De hecho es lo que ha sucedido para que se diera la Ley 27770. Pero ello, en puridad, no obsta a que siga siendo materialmente imposible aplicar retroactivamente una ley que regula beneficios penitenciarios. La razón que sustenta esta idea es ya la propia naturaleza de la aplicación retroactiva de una ley. Aplicación retroactiva de una ley es tanto como resolver un caso utilizando una normativa que no existía cuando los hechos de dicho caso se produjeron. En otras palabras, la retroactividad significa que la ley vigente se aplica a situaciones jurídicas que se produjeron antes de que la ley tuviera valor. Aplicación ultractiva es, por el contrario, el uso de la ley derogada que, como tal, ya no tendría vigencia. En cualquier caso, lo único que la Constitución permite es la eventual aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo, de suerte que la aplicación ultractiva de la ley penal deviene en inconstitucional. La única excepción a esta regla la constituye las leyes temporales (art. 8 CP).

Como parece obvio, y como ya se ha apuntado, los preceptos jurídicos que regulan los beneficios penitenciarios (art. 48 CEP, Ley 27770) se aplican a situaciones jurídicas que nada tienen que ver la comisión del delito, sino con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Para decirlo una vez más, cuando se solicita y, eventualmente, se concede un beneficio penitenciario, es porque quien lo solicita ha sido condenado a pena privativa de libertad efectiva en mérito a una sentencia firme y ejecutoriada. Cualquier otra interpretación a este respecto debe ser rechazada por aberrante. Así pues, cuando se dice que se tiene que aplicar los beneficios penitenciarios que estuvieron vigentes al momento en que se cometió el delito, se incurre en un error múltiple. No sólo es equivocado, como ya se dijo, el que aquí se pretenda justificar una aplicación ultractiva de la ley penal (aunque no se diga con estas palabras), cuando dicha ultractividad no es permitida por no tratarse de una ley temporal. Pues aplicar el beneficio penitenciario de semilibertad según el CEP y no como lo regula la Ley 27770, es resolver una situación jurídica actual (cumplimiento de la pena) con una ley anterior. Se yerra también en torno al objeto que regulan los beneficios penitenciarios, pues, para decirlo una vez más, aquí no se discute si alguien cometió un delito, ni cómo lo cometió, ni el grado de participación que tuvo, ni la pena que merece. Todo eso es una etapa ya superada. Y, en tercer lugar, se desconoce que la situación jurídica sobre la que versa un beneficio penitenciario, es el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

⁷ Así, *Roxin*, *Strafrecht AT*, I, § 5 n.m. 62 ss.; *Luzón Peña*, *Curso de Derecho pena, Parte General I*, Madrid, 1996, p. 183.

⁸ *Luzón Peña*, *Curso*, p. 183.

3. Así pues, si el objeto de los preceptos que regulan los beneficios penitenciarios lo constituye la ejecución (o excarcelación) de la pena privativa de libertad efectiva, mal se puede hablar, en los casos aquí discutidos, de retroactividad. Retroactividad sería si, efectivamente, la ley 27770 modificara alguna de las condiciones, elementos, circunstancias o consecuencias del delito por el cual se ha condenado al reo. Pero, una vez más, eso no es correcto. La situación jurídica que regulan los beneficios penitenciarios es la ejecución de la pena privativa de libertad efectiva, en este caso, de una que se sigue purgando cuando la ley 27770 entra en vigencia. Se trata pues de una aplicación directa⁹, la única, por lo demás, posible y justificable.

IV. Naturaleza jurídica de los *beneficios* penitenciarios

1. El tercer argumento que demuestra que la ley 27770 es aplicable inmediatamente es que el beneficio es precisamente es, precisamente, eso, un beneficio, y no como se pretende hacer creer, un derecho. La diferencia semántica entre uno y otro trasciende el plano meramente gramatical. En lo que aquí interesa, la divergencia esencial entre ambos es que un derecho es una pretensión oponible a terceros, cuyo reconocimiento y respeto es de obligatorio cumplimiento. Derecho es pues la otra cara de la moneda de obligación. Todos tenemos derecho, por ejemplo, a la vida, al honor, a un juicio justo, al derecho de defensa, etc., de suerte que cuando alguien se considera vulnerado en sus derechos puede articular los mecanismos jurídicos que estime pertinente para revertir la situación (v.gr. acciones constitucionales, demandas, etc.). Beneficio es, por el contrario, una prerrogativa, cuyo titular puede o no ejercer. Su concesión es pues inexigible por parte del eventual beneficiario.

2. Ciertamente que el beneficio penitenciario de semilibertad tiene un requisito objetivo (haber cumplido un determinado porcentaje de la pena) que podría hacer pensar que su verificación legitimaría al condenado a exigir su concesión. Ello, sin embargo, no es correcto. Ciertamente es que tanto el art. 48 CEP como la Ley 27770 establecen que la semilibertad permite al sentenciado egresar del centro penitenciario si cumple un tercio y dos tercios, respectivamente, de su condena. Pero también es verdad que el art. 49 CEP, entre otros requisitos, exige un informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario (art. 49.5 CEP). E igualmente es verdad que el art. 50 CEP prescribe, luego de requerir una serie de formalidades, que "... el beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitirán suponer, que no cometerá nuevo delito".

Todo esto demuestra que la decisión final de otorgar o rechazar un beneficio penitenciario depende de factores subjetivos cuya comprobación y valoración la ley le atribuye al Juez. Por lo mismo, el haber purgado un porcentaje de la pena no es más que uno de los requisitos objetivos para que pueda proceder la semilibertad. Su verificación permite al Juez comprobar que el condenado cumple con un presupuesto objetivo, pero la misma ley le deja al Juez la decisión final de si ha de conceder la semilibertad. Y esta decisión final, según el CEP, es subjetiva, porque tiene que ver con la valoración que efectúa el Juez sobre el cumplimiento de los fines de la pena por parte del condenado. Para decirlo con otras palabras, el Juez tiene que verificar que el sujeto se ha resocializado. En esta facultad que tiene el Juez de determinar según su criterio si se ha de conceder la semilibertad, se percibe con claridad la naturaleza jurídica del beneficio penitenciario. Si ha esto se le suma lo dicho anteriormente con respecto a la naturaleza jurídica del beneficio y su distinción frente a un derecho, se concluye que aun cuando un condenado haya purgado el porcentaje de pena que prevé el CEP (un tercio) o la Ley 27770 (dos tercios), ello no significa que tenga el derecho de ser excarcelado, sino, única y exclusivamente, que puede ser beneficiado, si el Juez así lo estima, con la semilibertad.

3. No obstante, el decir que el Juez tiene que comprobar que el condenado ha cumplido ya con los objetivos de resocialización puede prestarse a malos entendidos. Será difícil, considero,

⁹ Así lo entiende el propio Tribunal Constitucional, Sentencia del TC de fecha 30 de enero de 2004, Exp. 1593-2003-HC/TC.

que una persona -y el Juez no deja de ser una- pueda advertir con certeza si un condenado, con independencia del delito que haya cometido, se ha resocializado o no. Si se advierte con detenimiento, la tan mentada resocialización, aun en la versión que propuso el Tribunal Constitucional y que la conceptúa como el uso responsable de la libertad, es una condición que se adquiere con el trascurso indefectible del tiempo que representa el cumplimiento de la pena. Y no, al menos en las condiciones actuales, con los efectos que la sanción penal pueda generar en el condenado. De ahí que cuando el Juez entiende que un reo es todavía “peligroso” para la sociedad, en la medida en que haya cumplido su condena, tendrá que afirmar que se encuentra resocializado. Algo similar puede pasar con los beneficios penitenciarios: si bien el Juez está en condiciones de determinar el grado de resocialización del condenado que solicita el beneficio de semilibertad, será difícil que su opinión se base en datos obtenidos con precisión e intermediación. Pues, a diferencia de otros sistemas penitenciarios, en el Perú no existen jueces de ejecución penal que mantienen con los reos un contacto directo que les permitan hacer un seguimiento de su evolución, acaso involución, hacia la resocialización. En el Perú el Juez penal tiene que orientarse con el informe del INPE, pero ello, por lo mismo, no deja de ser una opinión ajena. Todo esto ha generado la costumbre de conceder cualquier beneficio penitenciario cuando se constatan los requisitos para su solicitud (por ejemplo, tiempo transcurrido), más no para su obtención (resocialización). Práctica, ésta, reprochable, pues no solo desnaturaliza el sentido mismo del beneficio penitenciario, sino que priva a los jueces de, por más difícil que fuere, efectuar un análisis sobre el condenado y resolver con criterio de conciencia las solicitudes de semilibertad.

V. La retroactividad e irretroactividad como características de la norma de conducta (*Verhaltensnorm*)

1. El cuarto argumento raza como sigue: al ser la retroactividad una excepción a la regla general de la irretroactividad, la lógica formal enseña que sólo podrán aplicarse retroactivamente aquellas normas que, en principio, y por regla general, están sometidas al imperio de la irretroactividad. Pues si bien la retroactividad es una excepción, no por ello los preceptos legales que se aplican retroactivamente dejan de pertenecer al universo de preceptos que, en principio, y por regla general, se aplican irretroactivamente. Para entender a cabalidad lo que aquí quiero expresar, tal vez sirva retomar –aunque sea en síntesis- el análisis sobre la *ratio* de la irretroactividad: la regla general de la irretroactividad tiene mucho que ver con la capacidad de motivación de la norma penal, toda vez que carece de la más mínima lógica exigir al ciudadano que se comporte de acuerdo con normas que no existen cuando él actúa. Pero, por lo mismo, si la valoración socio-jurídica que recae sobre el comportamiento es ahora menos severa que antes, o si se llega a destipificar la conducta, se aplica retroactivamente la nueva ley. En este caso la función de motivación de la norma penal no sigue reclamando la irretroactividad de la ley, ya que consideraciones de prevención general así lo indican. El grado de motivación que establece la nueva ley es inferior o diferente al anterior.

2. Pues bien, si en la idea de la irretroactividad tiene mucho que ver la motivación de la norma penal y en la de la retroactividad la innecesidad preventivo especial y general de seguir penando de la manera en que se viene haciendo, resulta lógico que los únicos preceptos que puedan entrar en la discusión retroactividad/irretroactividad sean aquellos que contienen normas de conducta (*Verhaltensnorm*)¹⁰. Sólo las normas de conductas tienen como objetivo orientar el comportamiento de los ciudadanos. Son pues ellas las que cumplen la función de motivación de la norma penal. Para decirlo con un ejemplo, la norma que descansa en el precepto de homicidio (art. 106 CP) es la de no matar, y la del hurto (art. 135 CP) respetar la propiedad privada. Son pues los preceptos jurídicos que contienen este tipo de normas (de comportamiento) los únicos que podrían ser aplicados retroactivamente.

¹⁰ *Freund, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Personale Strefrechtlehre, Heidelberg, 1998, § 1 n.m. 12. En detalle, Armin Kaufman, Teoría de las normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna, trad. Bacigalupo Zapater y Garzón Valdéz, Buenos Aires, 1977, p. 135 ss.*

3. Los preceptos que regulan los beneficios penitenciarios no contienen normas de comportamiento. O lo que es lo mismo, los beneficios penitenciarios no son normas de comportamientos; son, sólo, beneficios que pueden ser otorgados si el Juez así lo estima. La semilibertad, al igual que los otros beneficios penitenciarios, no pretende regular ni puede regular el comportamiento de una persona. No es posible pues infringir la norma de un beneficio penitenciario. Luego, si el precepto que regula el beneficio penitenciario no contiene una norma de conducta, no es posible, ni siquiera, que exista la posibilidad de que sea aplicado retroactivamente.

VI. El principio de igualdad

1. El quinto argumento es que la no aplicación de la Ley 27770 y, por el contrario, el empleo -mal llamado retroactivo- del art. 48 CEP en los casos en que se purga pena privativa de libertad efectiva por un delito cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 27770, contraviene el principio de igualdad. Nótese que el beneficio penitenciario se concede -si es que se concede- a todas aquellas personas que tienen la misma situación jurídica: la de condenados a pena privativa libertad efectiva, con independencia del delito que hayan cometido. No interesa si se ha cometido un homicidio, un robo, una estafa, una violación de la libertad sexual. Siempre que los autores o los cómplices de estos delitos son condenados a pena privativa de libertad efectiva terminan compartiendo la misma situación jurídica. Las excepciones a esta regla general vienen dadas por la propia ley. Sucede así, por ejemplo, con los condenados por terrorismo y los casos de la Ley 27770.

En contra de lo que a primera vista se pudiera pensar, estas excepciones no contravienen el principio de igualdad. Pues tienen su razón de ser en la necesidad de que el condenado cumpla con los fines de la pena de manera más estricta que en los otros casos. Para decirlo en la terminología del art. 139.22 Const., que consagra los fines del régimen penitenciario: el condenado, en los casos que regula la Ley 27770, requiere como mínimo cumplir dos tercios de la pena a la que fue condenado para poder considerarse que ha sido reeducado, rehabilitado y ser reincorporado a la sociedad.

2. Aceptar el razonamiento de que a quienes delinquieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 27770 no se les aplica esta sino los arts. 44, 45 y 48 CEP, es tanto como tratar de manera distinta a personas que comparten la misma situación jurídica: la de condenados por delito de concusión, peculado, corrupción de funcionarios o agrupación para delinquir. El que determinas personas hayan cometido delito relacionados con actos de corrupción antes de la entrada en vigencia de la Ley 27770, no quiere decir que su hecho, como tal, haya merecido una menor desaprobación socio-jurídica cuando lo cometió que si lo cometiera hoy en día. Pero, por lo mismo, tampoco ha merecido una reprobación mayor. El fundamento de esta idea es que si así hubiera sido, es decir, si *su* delito de cohecho hubiera merecido una reprobación menor que cualquier otro delito de cohecho que se comete hoy en día, ello tendría que haberse reflejado en la ley penal sustantiva, mediante una agravación o atenuación de la pena. Pero ello no ha ocurrido. Lo que ha cambiado es la valoración que recae sobre el mínimo de tiempo que debe permanecer un condenado en prisión para poder optar al beneficio de semilibertad. Y como quiera que el cumplimiento de la pena privativa de libertad efectiva de alguien que fue condenado por cometer el delito de cohecho antes de la vigencia de la Ley 27770 es exactamente igual al cumplimiento de la pena privativa de libertad efectiva de otra persona que comete el delito de cohecho hoy, ambos tienen que recibir el mismo tratamiento penitenciario. Cualquier otra respuesta que se dé a este planteamiento contradice abiertamente el principio de igualdad