

COMENTARIOS A LA SENTENCIA N.º 0012-2010-PI/TC QUE DECLARA CONSTITUCIONAL LA PROHIBICION DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Victor Jimmy Arbulu Martinez¹

Planteamiento del Problema

Examinar los alcances de la sentencia 0012-2010 del 11 de noviembre de 2011 que declara la constitucionalidad del artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N° 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, **no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.**

Analizar las reglas jurídicas fijadas por el Tribunal Constitucional, como aquella que establecen criterios vinculantes para que los jueces en ejecución puedan decidir sobre su concesión; los supuestos en los que los jueces pueden ser pasibles de ser procesados disciplinariamente; y la aplicación temporal de las leyes que regulan beneficios penitenciarios.

Disposiciones contra las que se dirigió la acción de inconstitucionalidad

¹ Abogado por la UNMSM. Con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la UNMSM. Post Título en Derecho Procesal Constitucional PUCP. Docente de Derecho Procesal Penal Facultad de Derecho UNMSM. Juez Superior (p) de la Corte del Callao. Autor de los Libros Estudio Crítico de los Precedentes Vinculantes Penales de la Corte Suprema, Abuso Sexual en Agravio de Menores y Temas de Derecho Informático, La Prueba en el Nuevo Proceso Penal.

Ley N. ° 28704

Artículo 2.- Improcedencia del indulto, conmutación de pena y derecho de gracia

No procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A.

Artículo 3.- Beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A. (...)

El Artículo 173 reprime la Violación sexual de menor de dieciocho años con penas que van de 25 años a cadena perpetua. Artículo 173 A que reprime si a quien provoca la muerte o lesión grave a menor ultrajada sexualmente.

Argumentos del demandante

En la presentación de la demanda los accionantes sostuvieron lo siguiente:

Las disposiciones cuestionadas violan el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución y que a todo condenado debe aplicársele el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Las normas cuestionadas establecen una discriminación entre las personas que se encuentran condenadas por el delito de violación sexual de mayores de edad que sí pueden acceder al indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, con quienes han incurrido en el delito de violación sexual de menor de edad que no tienen dicho acceso, negándoseles el derecho a la reeducación y readaptación social.

Argumentos de la parte demandada

El Congreso de la República mediante su Procurador contestó la demanda señalando que el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N. ° 28704, no violan el principio-derecho a la igualdad, pues superan el denominado *test* de igualdad. Se reconoce que hay dos grupos diferenciados los condenados por delitos de violación sexual y los que han sido condenados por las formas agravadas pero que la diferencia es de intensidad leve, ya que no se sustenta una diferenciación grave ni media, en razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, o condición económica

La Ley N. ° 28704 busca sancionar con mayor severidad las conductas punibles que el legislador ha considerado más graves, y su fin es cumplir con los deberes del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución) y que dichas medidas superan **el examen de idoneidad**.

Las medidas también superan **el examen de necesidad** puesto que no existe un medio alternativo que cuente con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo y el fin perseguidos. Que los condenados pueden acceder a otros beneficios regulados por el artículo 42º y 59º del Código de Ejecución Penal.

Las medidas diferenciadoras superan el **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, puesto que el grado de intervención en la igualdad, al ser leve, no es mayor que la efectiva realización u optimización del cumplimiento de los deberes primordiales del Estado, consistentes en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, más aún si se trata de garantizar la plena vigencia de los derechos de los niños.

Premisas del Tribunal Constitucional para resolver el caso

Principio-derecho a la igualdad y características del término de comparación

Como criterio uniforme y pacífico el Tribunal Constitucional recuerda que:

“...no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (...). La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 61).

En la línea de argumentación el Tribunal Constitucional plantea determinar si la situación que se propone como término de comparación ostenta ciertas características mínimas para ser considerada como tal para poder realizar el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el *test* de igualdad. Es razonable esta pauta toda vez que por lo menos debe existir elementos comunes, debiendo concluirse que están ante casos análogos o con un nivel de proximidad a la analogía:

Para el Tribunal Constitucional tales características son, cuando menos, las siguientes:

- a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito o válido. En el caso concreto es el grupo de condenados por Violación sexual de mayores de edad que gozan de beneficios penitenciarios y otras gracias.
- b) La situación jurídica propuesta debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. El Tribunal acota que no se puede exigir que se trate de situaciones idénticas, sino casos entre los que se pueda, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante.

Esto tiene *sindéresis* con reglas interpretativas derivadas de las sentencias STC 0001-2004-PI/TC y 0002-2004-PI/TC; fundamento 47) en la que se ha sostenido:

“...entre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el tertium comparationis y, en ese sentido, se presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad” (STC 0019-2010-PI, fundamento 15).

Los demandantes sostienen que el grupo discriminado es el conformado por las personas condenadas por el delito de violación sexual de menores de edad y el término de comparación está conformado por las personas condenadas por el delito de violación sexual de mayores de edad. El presunto trato discriminatorio es que a uno de los grupos se les aplica el indulto, la conmutación de pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional y al otro no. Al realizar la comparación el Tribunal Constitucional señala que la conducta típica básica de ambos es el acceso carnal con violencia y amenaza o sin ella. En ambas el agente demuestra un desprecio por la dignidad del ser humano y sus acciones resultan violatorias de los mismos derechos fundamentales, como son el derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución.

El Tribunal Constitucional concluye que el término de comparación propuesto, al ostentar propiedades sustancialmente análogas con aquella situación jurídica que, ha merecido un trato diferenciado, justifica la aplicación del *test* de igualdad, **a efectos de determinar si el referido trato desigual es, además, discriminatorio.**

Clases de intervención en el principio de igualdad

El Tribunal Constitucional establece los grados de intensidad de una intervención en el principio de igualdad y que son:

Intensidad grave cuando la diferenciación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental.

Intensidad media cuando se sustenta en alguno de los motivos proscritos por el citado artículo constitucional, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Intensidad leve cuando se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 35).

El Tribunal Constitucional recuerda que en jurisprudencia reiterada y uniforme ha expresado que los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales (SSTC 0842-2003-PHC/TC, fundamento 3; 2700-2006-PHC/TC, fundamento. 19; 0033-2007-PI/TC, fundamento. 46). Por lo que en el caso examinado la intervención en el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, es de intensidad leve.

El Tribunal Constitucional justifica la diferenciación con los siguientes criterios:

- La eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semilibertad y de liberación condicional, es **representativa de la voluntad del legislador que en los casos de condenas por los delitos de violación de menores de edad, el quantum de la pena impuesta se ejecute en su totalidad**. Se reconoce la voluntad del legislador expresada en la finalidad de la ley.
- El fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa, optimizando el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo el bien tutelado por el derecho penal, en este caso, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad.
- Que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente positiva, esto es renovar la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, es proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.
- Prevención especial de efecto inmediato, que permite al delincuente dar un firme paso en la internalización el daño social ocasionado por su conducta a través de la certeza en relación con la ejecución total de la pena, generándose un primer efecto reeducador.

El Tribunal Constitucional es consciente que no se puede garantizar el cumplimiento de las finalidades, y que se trata sólo de una probabilidad media, no de una certeza. Habiéndose establecido que la restricción al principio de igualdad es sólo de intensidad leve, es mayor el nivel de aproximación a la certeza en la consecución de las aludidas finalidades constitucionales. Además se reconoce que legislador ha actuado dentro de los límites jurídicos de su libre apreciación, y por ello, a su vez, debe reconocerse la idoneidad de la medida para alcanzar las finalidades buscadas.

Sub principio de necesidad

El Tribunal Constitucional se plantea ahora examinar si la medida supera el subprincipio de necesidad bajo los siguientes criterios:

“El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, si tales medios –idóneos– no intervienen en la prohibición de discriminación, o, si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad” (SSTC 0045-2004-PI/TC, fundamento 39; 0033-2007-PI/TC, fundamento 77).

El Tribunal se plantea la siguiente interrogante: ¿Existe una medida distinta a la eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad y de liberación condicional para los delitos de violación sexual de menores de edad, que permita alcanzar, con cuando menos igual idoneidad, las finalidades de desmotivar la incursión en el delito de violación sexual de menores de edad, generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso del referido delito y generar un primer efecto reeducador en el delincuente?

El Tribunal Constitucional busca un parámetro para poder responder esta interrogante y señala que el grado de idoneidad en la consecución de estos objetivos se encuentra en función del *quantum* de pena impuesta a ejecutarse por lo que la disminución de dicho *quantum*, disminuye, a su vez, dicho grado de idoneidad. Concluyendo entonces que no es posible advertir medidas alternativas a las adoptadas que resulten igualmente idóneas, pues solo ellas aseguran el cumplimiento total del *quantum* de la pena impuesta.

Ley de ponderación material para establecer si el trato diferenciado supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

“La denominada ley de ponderación material supone que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (cfr. Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 529; SSTC 0045-2004-PI/TC, fundamento 40; 0023-2005-PI/TC, fundamento 75 c); 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; 0001-2008-PI/TC, fundamento 19; 0017-2008-PI/TC; fundamento 36; 0016-2009-PI/TC, fundamento 12, entre otras). Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, ella enuncia lo siguiente: cuanto mayor es el grado de intervención en el principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de los derechos, principios o valores que a través de ella se pretende.”

El Tribunal Constitucional fija nuevamente cuales son los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el *quantum* de ejecución de la pena impuesta, y que son:

- a) Desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores,
- b) Generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como
- c) Generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.

A juicio del Tribunal Constitucional los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. Desarrolla argumentos respecto de la vulnerabilidad de los niños y adolescentes de la siguiente forma:

- El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Es decir, es un sector sumamente vulnerable que requiere una protección especial por parte del Estado. Esta situación está reconocida por varios Tratados Internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas
- Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4º de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir *prima facie* y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.
- El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un *ideal regulativo*, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige.

Frente al peso y relevancia que tienen estos bienes constitucionales el supremo intérprete de la Constitución impide considerar el tratamiento diferenciado como un tratamiento discriminatorio.

El argumento de los accionantes también estaba centrado en que la prohibición de beneficios y otras gracias para aplicarse a los condenados por Violación Sexual de Menor colisionaba con el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

El Tribunal Constitucional en la sentencia hace un recorrido sobre las instituciones prohibidas como el Indulto, el derecho de gracia y la conmutación constatando que estas tienen incidencia sobre el quantum de la pena. La sanción

debe responder al principio de culpabilidad y a las finalidades preventivas del sistema penal. Así se razona en el siguiente párrafo:

“...que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41)”

Para el máximo intérprete constitucional los beneficios penitenciarios son concesiones que están libradas a la discrecionalidad del legislador, a la decisión del presidente y que no constituyen derechos por lo que la prohibición de estos institutos esta dentro de la Política Criminal del Estado, la protección de bienes de mayor relevancia constitucional, concluyendo que su prohibición no es inconstitucional. El indulto, la conmutación de la pena y “derecho de gracia”, son instituciones que no guardan relación alguna con el referido principio previsto en el artículo 139º, inciso 22, de la Norma Fundamental, en la medida de que no se justifican ni tienen como objetivo la búsqueda de resocialización del penado

El Tribunal Constitucional considera que los beneficios penitenciarios son de competencia del legislador a fin de alcanzar los fines de readaptación, resocialización y lo expresa así:

“Los beneficios penitenciarios son las medidas que el legislador o la autoridad administrativa adopta en procura de alcanzar el fin constitucionalmente exigido. Mientras su configuración normativa esté orientada a la readaptación social del penado, no es posible exigir al legislador la previsión de un concreto tipo de beneficios. Es decir, no existe un derecho fundamental a un concreto tipo de beneficios penitenciarios, ni siquiera a aquellos que son representativos de la posibilidad de la concesión antelada de libertad. De ahí que la exclusión de algunos de ellos en función de la gravedad de ciertos delitos, no puede dar lugar a un vicio de inconstitucionalidad.”

En el siguiente texto se ratifica en la naturaleza de los beneficios penitenciarios los mismos que:

“...no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno” (SSTC 0842-2003-PHC/TC, fundamento 3; 2700-2006-PHC/TC, fundamento 19; 0033-2007-PI/TC, fundamento 46).”

Conclusión de la acción de inconstitucionalidad

El Tribunal Constitucional resuelve que los beneficios orientados a la obtención de una libertad antelada, ingresan dentro del marco de lo constitucionalmente posible, **pero no de lo constitucionalmente obligatorio**. En conclusión los artículos 2 y 3 de la **Ley N. ° 28704 que prohíben** el indulto, la conmutación de pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A son declaradas constitucionales en este proceso de inconstitucionalidad y en consecuencia los Jueces no pueden dejar de aplicarlas bajo responsabilidad funcional.

REGLAS JURIDICAS VINCULANTES

En esta sentencia cuyo objeto era pronunciarse respecto de la constitucionalidad de la prohibición de beneficios penitenciarios y otros a los penados por delito de violación sexual de menor, ha motivado al Tribunal Constitucional a fijar reglas vinculantes de obligatorio cumplimiento para todos los Poderes Públicos de conformidad con el artículo 82 del Código Procesal Constitucional.

Primera Regla Jurídica

La concesión de la libertad al penado en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semilibertad o liberación condicional, se encuentra condicionada a que el juez penal, tras la respectiva valoración, tenga la convicción de que el referido penado se encuentra rehabilitado, y, consecuentemente, no constituye una amenaza para la seguridad de la población. En caso de duda, en observancia del artículo 44º de la Constitución, el juez está constitucionalmente prohibido de conceder la libertad. En estos casos no opera el principio *favor libertatis*, por no ser de aplicación a personas condenadas a pena privativa de libertad a través de una sentencia firme si aún no se ha cumplido la totalidad del *quantum* de la pena impuesta.

El Tribunal Constitucional fundamenta esta regla indicando que no basta que se den las formalidades prevista en las normas de ejecución penal sino se le debe agregar un requisito de carácter material: **el penado debe encontrarse rehabilitado**, que significa que debe existir certeza que su puesta en libertad antes del cumplimiento total de la pena impuesta, no representa una amenaza para la seguridad de la población ni para ningún otro derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional considera que si bien es posible que, en aplicación del principio previsto en el artículo 139º, inciso 22², de la Constitución, la efectiva ejecución de la pena se reduzca, concediendo libertad al penado antes de que se cumpla la totalidad, ello solo puede suceder si no existen dudas que el beneficiado se encuentra resocializado.

² 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Nosotros entendemos la resocialización como la materialización del denominado ideal resocializador que sólo puede significar una obligación impuesta al Estado de proporcionar al condenado las condiciones materiales necesarias para un desarrollo personal que favorezca su integración al entorno social al recobrar la libertad³; pero es la decisión personal e individual del penado la determinante para la resocialización.

Como regla general la duda debe favorecer al reo, sin embargo el Tribunal Constitucional no lo concibe así, pues en caso de duda no debe operar el principio *favor libertatis*, para que el condenado recupere con antelación la libertad.

“Quien ha sido constitucionalmente pasible de una pena privativa de la libertad personal, se encuentra suspendido en el ejercicio de dicho derecho fundamental. El principio interpretativo favor libertatis resulta operativo cuando nos encontramos ante supuestos en los que la persona se encuentra en pleno ejercicio del derecho, o, en todo caso, cuando existen dudas relacionadas a si su contenido ha sido o no válidamente limitado. Ninguno de estos supuestos se presenta cuando la persona ha sido constitucionalmente condenada a pena privativa de libertad.”

Juez penal, deberes funcionales constitucionales y beneficios penitenciarios.

Segunda Regla Jurídica

Los jueces penales violan objetivamente el deber constitucional de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, previsto en el artículo 44º de la Constitución, cuando del análisis de una resolución judicial que concede la libertad en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semilibertad y liberación condicional, se advierte que el beneficio ha sido concedido:

- a) En el caso de un delito para el que se encontraba legalmente prohibido.
- b) A pesar de que no se cumplían los requisitos formales previstos en la ley.
- c) Tras la sola constatación del cumplimiento de los requisitos formales previstos en la ley, sin analizar el grado de resocialización del penado.
- d) A pesar de que la motivación que permitió concluir la resocialización es meramente aparente, y la no resocialización del penado queda acreditada por el hecho de que éste ha reincidido en el hecho típico que dio lugar a la primigenia sentencia condenatoria o ha incurrido en un nuevo delito de igual o mayor gravedad, lo cual se determinará en función de las penas imponibles por tales hechos. Para tales efectos, se entenderá por motivación aparente aquella que no incluye un desarrollo argumentativo orientado a justificar – sobre la base de los informes técnicos, pero también del propio criterio

³ AVILA HERRERA, José. El derecho de Ejecución Penal de Cara al Presente Siglo: Problemas, Orientaciones, retos y perspectivas, Revista Electrónica. Centro de Estudios Penitenciarios. Año 1 N° 1. Universidad San Martín de Porres, Lima, 2011, p, 17 http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf

desplegado por el juzgador–, de manera objetiva y suficiente, la convicción de que el penado no representa una amenaza para la seguridad de la población.

Con arreglo al artículo 48º, inciso 13, de la Ley N° 29277 que establece que es falta muy grave por parte de los jueces no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales y el artículo 44º de la Constitución que señala que es deber de los jueces y de todo poder público proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, exige concluir que en los casos descritos ut supra, los jueces incurren en la referida falta. El Tribunal estima que en aplicación del artículo 154º, inciso 3, de la Constitución, y del artículo 55º de la Ley N.º 29277, la Corte Suprema tiene el deber de solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura la destitución del juez, y el referido órgano constitucional, en ejercicio de la competencia prevista en el mismo precepto constitucional y en el artículo 63º de la Ley N.º 29277, tiene el deber constitucional de, previo procedimiento disciplinario y acreditada la violación al referido deber funcional constitucional y legal, proceder a su respectiva destitución.

El Tribunal Constitucional de oficio y en atención a sus funciones de valoración, pacificación y ordenación en esta sentencia ha establecido criterios vinculantes que debe emplear el Juez en la concesión de beneficios penitenciarios (SSTC 0054-2004-PI/TC, fundamento 16; 0019-2005-PI/TC, fundamento 47; 5854-2005-PA/TC, fundamento 14; 0012-2006-PI/TC, fundamento 111; 0017-2008-PI/TC, fundamento 81 - 83; 0023-2008-PI/TC, fundamento 27; STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 7. Los criterios son los siguientes:

- 1.- La concesión de estos beneficios está condicionada al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la legislación, distintas en cada caso, y un requisito adicional de carácter material: **el penado debe encontrarse rehabilitado**. Para el Tribunal Constitucional implica que debe existir certeza de que su puesta en libertad con antelación al cumplimiento total del *quantum* de la pena impuesta, **no representa en modo alguno una amenaza para la seguridad de la población ni para ningún otro derecho fundamental**.
- 2.- La contraparte al principio de legalidad de conformidad con el artículo 2º, inciso 24, literal f), de la Constitución, “nadie será (...) condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” existe el artículo 44º de la Norma Fundamental, establece que uno de los deberes primordiales del Estado, es “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”.
- 3.- Sólo se debe conceder la libertad a un penado antes que cumpla la totalidad de la pena solo si no existen dudas de que, para entonces, éste se encuentra resocializado.
- 4.- En caso de dudas, el principio *favor libertatis*, exigiría al juzgador conceder el beneficio penitenciario que permita recuperar al penado recuperar con antelación el ejercicio de la libertad. Esta es una apreciación errónea. Quien ha sido constitucionalmente pasible de una pena privativa de la libertad personal, se encuentra suspendido en el ejercicio de dicho derecho fundamental. El

principio interpretativo *favor libertatis* resulta operativo cuando nos encontramos ante supuestos en los que la persona se encuentra en pleno ejercicio del derecho, o, en todo caso, cuando existen dudas relacionadas a si su contenido ha sido o no válidamente limitado. Ninguno de estos supuestos se presenta cuando la persona ha sido constitucionalmente condenada a pena privativa de libertad.

Cuando un juez penal ordena la excarcelación de un delincuente que no ha cumplido la totalidad de su pena, sin que se acredite que se encuentre resocializado, dicho juez viola flagrantemente el deber primordial que expresamente le impone el artículo 44º de la Constitución de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Desde luego, la condición de resocialización en determinados casos puede ser algo difícil de valorar. El Tribunal Constitucional señala que en caso de dudas el juez penal tiene la obligación de no conceder el beneficio de libertad.

Casos de incumplimiento del deber de proteger a la población

a) *En el caso de un delito para el que se encontraba legalmente prohibido.*

Un ejemplo sería el dar una semi libertad o libertad condicional a un sentenciado por Tráfico de Drogas Agravado dado que existe norma expresa que prohíbe su concesión.

b) *A pesar de que no se cumplían los requisitos formales previstos en la ley.*

Podría darse en el supuesto de ausencia del informe social en el cuaderno de beneficio penitenciario

c) *Tras la sola constatación del cumplimiento de los requisitos formales previstos en la ley, sin analizar el grado de resocialización del penado.*

Esto tiene que ver con la obligación de justificar adecuadamente las resoluciones que conceden beneficios penitenciarios. La resocialización implica un pronóstico que el liberado no va a volver a delinquir y su omisión acarrea responsabilidad funcional.

d) *A pesar de que la motivación que permitió concluir la resocialización es meramente aparente, y la no resocialización del penado queda acreditada por el hecho de que éste ha reincidido en el hecho típico que dio lugar a la primigenia sentencia condenatoria o ha incurrido en un nuevo delito de igual o mayor gravedad, lo cual se determinará en función de las penas imponibles por tales hechos. Para tales efectos, se entenderá por motivación aparente aquella que no incluye un desarrollo argumentativo orientado a justificar –sobre la base de los informes técnicos, pero también del propio criterio desplegado por el juzgador–, de manera objetiva y suficiente, la convicción de que el penado no representa una amenaza para la seguridad de la población.*

Esta regla debe tomarse con mucho cuidado porque parece que se busca convertir al Juez en una suerte oráculo o profeta, lo cual es imposible. Más aun cuando desde la doctrina hay posiciones que ponen en duda la rehabilitación:

“Se puede demostrar empíricamente que las personas no se rehabilitan por el hecho de cumplir una pena y que el sistema penal no puede ni podrá garantizar la rehabilitación de los condenados (...) es tan inútil enseñar a vivir en sociedad a una persona encerrándola, como inútil resulta enseñar a jugar fútbol a un equipo en un ascensor. Resulta obvio. Así como se suele decir que la mejor forma de curar las fobias es enfrentándolas, sólo se puede convivir en sociedad estando en la misma...”⁴

Para el Tribunal Constitucional el Juez que incurre en estas causales no solo viola el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución, que establece el deber de la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino también el deber funcional de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución). Incurre en la falta muy grave prevista en el artículo 48º, inciso 13, de la Ley N.º 29277 –Ley de la Carrera Judicial, por no motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales. El juez debe ser procesado y de comprobarse que ha cometido esta falta grave, debe ser destituido.

Pautas para la motivación judicial en la concesión de beneficios

Si bien el Tribunal Constitucional ha fijado reglas para los jueces de ejecución es menester señalar, que estas ya existen en el ordenamiento legal, de tal forma que lo que corresponde es unificar a la magistratura en torno a ellas.

El Código de Ejecución Penal en su artículo 55 respecto de la Libertada condicional establece las premisas valorativas para que el juez pueda dar el beneficio y son:

La naturaleza del delito cometido.- Sobre este aspecto es necesario considerar que algunas posturas en la magistratura afirman que valorar el delito cometido es realizar un nuevo juzgamiento, violándose el ne bis in Idem. Esta posición es errada toda vez que ya estamos ante un condenado que ha sido sentenciado con una pena fija por lo tanto ya no existe posibilidad de nueva sanción, atendiendo además que el beneficio es un incentivo por buen comportamiento no obligatorio para los jueces. Es una gracia, un premio que parte de manera unilateral desde la administración de justicia. Obligatoriamente debe tenerse en cuenta el delito cometido, pues es de distinta naturaleza un beneficio penitenciario solicitado por un penado por hurto agravado de otro que cometió delito de robo agravado en banda y con muerte subsiguiente. O una estafa con un delito de homicidio calificado. A partir del delito cometido y el grado de intervención del agente se debe tomar como referencia para el pronóstico de si va a cometer o no nuevo delito.

⁴ AVILA SANTAMARIA, Ramiro. La rehabilitación no rehabilita. La ejecución de penas en el galantismo penal, Ejecución penal y derechos humanos una mirada crítica a la privación de la libertad, Editado por Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p, 155

La personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento.

Esto tiene que ver con la valoración que hace el Juez respecto de los informes especializados que se han emitido y que obran en el cuadernillo de beneficios penitenciarios. El informe psicológico y el informe social deben ser examinados escrupulosamente por el juez a efectos de establecer en principio si han sido emitidos por profesionales idóneos, y si no ha mediado algún tipo de presión o acto de corrupción si es que son favorables.

La apreciación razonada, debe llevar al juez a determinar el pronóstico. Si considera que va a cometer otra vez delitos pues no otorgará el beneficio. Si tiene el convencimiento que no delinquirá, podrá conceder el beneficio solicitado.

El Poder Judicial y la regulación de los beneficios penitenciarios

Sobre esta temática también podemos tomar como referencia la Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ de fecha 12 de agosto del 2011 emitida desde la Presidencia del Poder Judicial, en la que se fijan pautas de interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios. Si bien sus alcances no son vinculantes debido a su naturaleza orientadora es menester tener en cuenta los criterios esbozados. En su primer considerando establece como premisa que los beneficios penitenciarios son estímulos a los internos conforme al Art. 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal en coherencia con la posición jurisprudencial de la Corte Suprema y el Tribunal constitucional.

Los beneficios penitenciarios importan el ejercicio de potestades discrecionales regladas jurídicamente y entendidas como garantías de la ejecución penal lo que no implica un otorgamiento automático independientemente que se hubiesen cumplido los presupuestos formales. El juez si los otorga debe tener una razonable certeza de una positiva evolución del penado en el proceso de reinserción.

En la circular hay un reconocimiento expreso del control judicial de la ejecución de acuerdo al Art. VI⁵ del Título Preliminar del Código Penal. El juez debe examinar los presupuestos formales que determinan la admisibilidad y en su caso la procedencia en sede judicial del incidente de beneficios penitenciarios.

Desde una perspectiva de fundabilidad debe examinar:

La naturaleza del delito cometido.- Referida a la gravedad objetiva y la trascendencia social del hecho punible.

La personalidad del agente, características individuales en relación al delito cometido.- Su nivel de involucramiento en el mundo criminal y los valores que lo rigen, su conducta en el establecimiento penitenciario, su actitud ante el

⁵ Artículo VI.-Principio de Garantía de Ejecución.- No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

delito cometido y la víctima incluyendo las acciones realizadas para reparar el daño.

El examen de peligrosidad del agente.- Guarda relación, con su predisposición al delito, ingresos carcelarios, condenas dictadas, actividades previas al ingreso al Penal, vida laboral y familiar, domicilio, así como la reincidencia y la habitualidad. La concurrencia de cualquier exigencia negativa excluye toda posibilidad de concesión de beneficio penitenciario.

Sobre el cuaderno de beneficio penitenciario como presupuesto de admisibilidad y procedencia en su caso, se tiene que los informes deben estar debidamente elaborados, con razones que expliquen convincentemente sus conclusiones. Estos informes no son vinculantes para el Juez quien puede solicitar que se amplíe o completen si los considera insuficientes. El juez tiene todas las potestades para decidir que previo a resolver se practiquen otras pericias, la elaboración de los informes necesarios que le permitan un sustento sólido a su decisión aprobatoria o denegatoria.

Por su parte el Órgano de Control de la Magistratura emitió la Resolución de Jefatura 090-2011-J-OCMA de fecha 9 de mayo del 2011 con finalidad preventiva, expresando como razón para dictarse, haber tomado conocimiento del cuestionamiento que se hacen a la actuación funcional de los jueces por la irregularidad de otorgar beneficios penitenciarios de semi libertad y condicional con solo la verificación de los artículos 48, 49 53 y 54 del Código de Ejecución Penal lo cual es insuficiente. Para OCMA el Juez debe evaluar motivadamente si el interno se encuentra en condiciones de ser reinsertado a la sociedad por haberse cumplido satisfactoriamente los fines constitucionales del régimen penitenciario y presumir que el condenado no cometerá nuevo delito.

OCMA considera que puede existir actividad probatoria en la tramitación de beneficios penitenciarios bajo los principios de pertinencia, relevancia y necesidad. Este criterio tiene sentido puesto que el Juez debe actuar y valorar los medios de prueba que trae el cuaderno de beneficio para adoptar una decisión arreglada a ley.

Conceder beneficios penitenciarios basado sólo en elementos formales y en transcurso del tiempo sin justificar por qué se estima que el condenado se encuentra en condiciones de reinsertarse a la sociedad transgrede el deber de motivación de las resoluciones judiciales, así como el de impartir justicia con respeto al debido proceso constituyendo falta muy grave prevista en el inciso 13 del Artículo 48 de la Ley de Carrera Judicial. Es decir el juez incurre en supuesto de responsabilidad disciplinaria.

Todo este conjunto de reglas tanto del Tribunal Constitucional, el propio Poder Judicial que buscan uniformizar a la judicatura y que ha establecido los supuestos de responsabilidad disciplinaria son de reciente data así que sin caer en la impunidad en los casos manifiestamente graves de liberaciones injustificadas y que merecen sanciones drásticas debe considerarse y distinguirse de aquellas decisiones que han sido adoptadas de acuerdo al criterio jurisdiccional de los

jueces y controladas tanto por la Fiscalía y las salas superiores en los casos de apelaciones.

Como reflexión adicional, en la medida que las exigencias para conceder beneficios penitenciarios se elevan, y siendo esto parte de la Política Criminal del Estado, debe tenerse en cuenta la otra cara de la moneda detectada por especialistas como Solís Espinoza quien dice lo siguiente:

“Esta política legislativa penal impulsada no sólo por el Poder Legislativo, sino también por el Poder Ejecutivo, está generando un problema cada vez más creciente en el ámbito de la ejecución penal, como es la sobrepoblación carcelaria en muchos establecimientos penales del país, repercutiendo en el hacinamiento progresivo de los internos, por lo que prevemos que si no ocurre un cambio sustancial y una “marcha hacia atrás” en tal política penal, ésta tendrá efectos cada vez más graves en la política concerniente a la ejecución de las penas privativas de la libertad.”⁶

El Instituto Penitenciario conforme a tratados internacionales y la legislación interna reconoce que: *“Las personas detenidas o reclusas en los establecimientos penitenciarios no dejan de ser seres humanos, por más terrible que sea el delito por el que han sido acusadas o sentenciadas. Los órganos judiciales que han visto sus casos ordenaron que fuesen privados de su libertad, pero no de su calidad humana.”⁷*

Esta problemática también ha sido considerada en el Informe 154 de la Defensoría del Pueblo que dice:

*“En cuanto a la **infraestructura penitenciaria**, hubo un importante incremento de la capacidad de albergue de los establecimientos penitenciarios realizado por la gestión del gobierno anterior de alrededor de 10,000 nuevas plazas de reclusión. No obstante ello, no se ha podido evitar la crítica situación que afecta tanto a la población penal como al personal penitenciario. De los 66 establecimientos penitenciarios, 25 se encuentran en mal estado, 29 en situación regular y 12 en buen estado de uso. Ello debido al constante incremento de dicha población como efecto de una política criminal que incide constantemente en el mayor uso de la cárcel, la mayor incidencia delictual y la falta de un mantenimiento adecuado de la infraestructura penitenciaria. En los últimos 14 años (desde 1997), la población penitenciaria se ha visto incrementada en un 100% (de 24,297 a 48,858). En los últimos años, el incremento anual promedio es de 2,800 privados de libertad, realidad que demanda un planeamiento penitenciario que contemple necesariamente la construcción de dos establecimientos penitenciarios por año para atender este crecimiento inevitable de la población penitenciaria⁸.”*

⁶ SOLIS ESPINOZA, Alejandro, Política Penal y Política Penitenciaria. Cuaderno N° 8 Editado por el Departamento de Derecho de la PUCP, setiembre 2008, Lima, p, 26

⁷ Manual de derechos humanos aplicado a la función penitenciaria. INPE. Mayo, 2008, p, 20 http://www2.inpe.gob.pe/portal/archivos/upload/trabajos/Manual_De_Derechos_Humanos.pdf

⁸ <http://www.defensoria.gob.pe/docum-defensoriales.php>

El reconocimiento de la dignidad del penado obliga al Estado a mantener condiciones carcelarias adecuadas; entonces, como contrapartida y en aras de un equilibrio de los derechos de la sociedad y los derechos de los penados que no dejan de ser personas, el Poder Ejecutivo debe desarrollar una política de construcción de más establecimientos penitenciarios para combatir el hacinamiento. Esto evitaría que los internos en resguardo de sus derechos interpongan el Habeas Corpus Correctivo previsto por el artículo 25º, inciso 17 del Código Procesal Constitucional y cuya finalidad es tutelar el derecho del detenido o recluso a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la forma y condiciones en que cumple el mandato de detención o la pena. Según el Tribunal Constitucional este recurso cabrá interponerlo ante actos u omisiones que comporten violación o amenaza, en principio, del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, así como del derecho a la visita familiar, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena. (EXP. N.º 7737-2005-PHC/TC Cusco Manuel Suyo Huanaco)

Aplicación de la ley en el tiempo y beneficios penitenciarios.

Tercera Regla Jurídica

Las leyes que reducen o eliminan los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semilibertad y la liberación condicional, son inmediatamente aplicables a los casos en los que tales beneficios aún no hayan sido solicitados.

En esta misma sentencia el Tribunal Constitucional reitera su criterio en el sentido de que las modificaciones legislativas relacionadas con los beneficios penitenciarios vinculados con la eventual puesta en libertad del penado, son inmediatamente aplicables, aun cuando ellas sean representativas de un tratamiento penitenciario más estricto.

Argumenta el Tribunal Constitucional que no es aplicable el artículo 103 de la Constitución a la ley penitenciaria pues esta se encuentra limitada a norma sustantiva y yendo más a fondo, señala que el fundamento consiste en el principio liberal orientado a evitar que el Estado utilice a la norma penal limitativa de la libertad personal como un recurso para objetivar al ser humano, imponiéndole sanciones por hechos que no eran típicos cuando se produjeron o con penas mayores a las que estaban previstas en el ordenamiento en ese momento. La razón constitucional subyacente no es solo que la persona pueda anticipar razonablemente la ilicitud penal de su conducta en función de lo que el ordenamiento prevé, sino también el *quantum* de pena imponible.

El Tribunal Constitucional dice que no existe duda que, si se respeta la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, cuando se comete el hecho típico, es posible anticipar la pena imponible. Y se pregunta **¿es posible anticipar en dicho momento cuál será el tratamiento de la efectiva ejecución de la pena?** Si se toma en cuenta que, como quedó establecido, el artículo 44º de la

Constitución, prohíbe conceder el beneficio de libertad antelada sin estar presente la acreditada resocialización del penado, la respuesta a tal interrogante evidentemente es negativa.

El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presenta la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio.

Otra razón que desvirtúa constitucionalmente la posibilidad de que la ley penal y la ley penitenciaria tengan el mismo tratamiento en cuanto su aplicación en el tiempo, consiste en que en cuando se produce el hecho típico que sirve de base para determinar qué norma penal se aplica, para el Derecho aún no hay culpable, pues “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (artículo 2º, inciso 24, literal “e” de la Constitución). Consecuentemente, antes de que dicha declaración se produzca, ni el daño ocasionado al contenido protegido del bien constitucional ni tampoco la necesidad de proteger los derechos de la sociedad, pesan en contra de la libertad personal del acusado. Por el contrario, cuando se determina la aplicación de la ley penitenciaria, ya existe un delincuente individualizado y, por consiguiente, los antedichos valores ingresan en la valoración, al momento de determinar si se le concede o no la libertad.

El Tribunal Constitucional reitera su postura que existe un error al asumir que los concretos beneficios orientados a obtener una libertad antelada vienen impuestos por la Constitución. Lo que la carta fundamental exige es que a través de la ley se instituya un régimen penitenciario orientado a la resocialización, pero no exige que la legislación, una vez acreditada la resocialización, disponga siempre la libertad, a pesar de que el tiempo de la pena impuesta aún no se ha cumplido. Bajo esa perspectiva, la medida del *quantum* de la pena ya no estaría determinada por lo previsto en la ley penal, en función del grado de dañosidad social del ilícito, sino llanamente por el nivel de resocialización del penado, lo que resultaría contrario al principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución.

Conclusiones

- 1.- Son constitucionales las normas que prohíben la concesión de beneficios penitenciarios a los condenados por delito de violación sexual de menores de edad.
- 2.- Si bien el objeto de la acción típica es similar en los delitos de violación sexual de mayores y menores de edad, la intensidad de la afectación de la indemnidad de los menores es superior al de un adulto, relacionado a la capacidad física y psicológica.
- 3.- Los beneficios penitenciarios que reducen los plazos de las penas no están vinculados a derechos fundamentales y más bien son estímulos que están bajo la discrecionalidad del legislador y su aplicación por los jueces.

4.- Los jueces incurren en responsabilidad disciplinaria si solo se limitan a examinar los requisitos formales y conceden beneficios, con ausencia de motivación si el penado está resocializado.

5.- La Ley penal aplicable es aquella vigente en el momento de la presentación de la solicitud de beneficio penitenciario.

6.- El Estado debe iniciar la construcción de más establecimientos penitenciarios para contrarrestar el hacinamiento, en resguardo de los derechos de los condenados.