

## SOBRE EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL PENITENCIARIA PERJUDICIAL AL CONDENADO

Dino Carlos Caro Coria<sup>\* \*\*</sup>

### I. PLANTEAMIENTO

§1. La Resolución de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el caso Mantilla, Resolución N° 2 de 6.01.04<sup>1</sup>, ha suscitado en nuestro país profundos debates académicos, en torno a los alcances del principio constitucional de irretroactividad penal. La discusión se cifra en establecer si el art. 103 pf. 2 de la Constitución, que recoge este principio fundamental, comprende tan sólo la Ley Penal material o si también se extiende, a la procesal penal y de ejecución penal. Precisamente, sobre ésta última, la ley penal penitenciaria o de ejecución penal, recae la atención de la presente contribución, toda vez que a raíz de la promulgación de la Ley N° 27770, publicada el 28.6.02 y vigente desde el día siguiente, que establece condiciones más gravosas para la concesión de beneficios penitenciarios para aquellos que cometan delitos contra la administración pública y conexos, se discute la naturaleza de los beneficios penitenciarios (si son derechos, gracia o estímulos) y su ámbito temporal de aplicación (*tempus comissi delicti*, momento de la condena o de la solicitud del beneficio).

§2. En recientes pronunciamientos<sup>2</sup>, el Tribunal Constitucional ha establecido que el art. 103 pf. 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 sólo es aplicable a normas penales materiales o sustantivas, en cuyo caso regiría la regla *tempus comissi delicti*. En cambio, cuando estamos frente a normas penales penitenciarias, según la misma línea del TC, regiría la norma vigente al momento de la realización del “acto procesal”, por ejemplo la del momento de la solicitud del beneficio penitenciario. Esta postura del alto tribunal no se condice con el Derecho penal y penitenciario vigente en nuestro país, ni con las interpretaciones que del principio de irretroactividad de la ley penal que derivan del Derecho comparado.

§3. Al ser un principio constitucional la resocialización y readaptación del penado a la sociedad (art. 139.22 Const.), es de suma importancia determinar si el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el art. 103 pf. 2 de la Constitución abarca la ley penal penitenciaria, teniendo en cuenta la relevancia jurídico-penal de esta garantía fundamental, en especial por la coyuntura actual y por el eventual impacto en la justicia supranacional de la aplicación de los beneficios penitenciarios a sentenciados por delitos contra la administración pública.

### II. FUNDAMENTOS DE LOS LLAMADOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca-España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Con la colaboración de Christian Bello Gordillo, alumno de 9º Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

<sup>1</sup> Mediante dicha resolución, la Sala no aplicó la Ley N° 27770 al ex congresista Agustín Mantilla, quien por haber cumplido el tercio de su condena solicitó conforme al art. 46 del CEP la semilibertad.

<sup>2</sup> Ver resoluciones del TC N° 2196-2002-HC-TC de 10.12.03 y 1593-2003-HC-TC de 30.1.04.

§4. Los beneficios penitenciarios<sup>3</sup> se erigen, conforme a la doctrina mayoritaria<sup>4</sup> como un derecho del interno, y no como un simple beneficio o gracia judicial. Ello porque el art. 139.22 de la Constitución y el art. II del CEP consagran el principio de resocialización, del cual emana un mandato dirigido a todos los poderes públicos<sup>5</sup> de dispensar al condenado, a nivel legislativo, judicial y penitenciario, las condiciones necesarias para una vida futura al margen de la comisión de hechos punibles<sup>6</sup>. Si bien de ello no puede deducirse el reconocimiento de un “derecho a la resocialización” del condenado, si cabe entender que este principio constitucional debe realizarse en sede de ejecución penal mediante los beneficios penitenciarios que permiten, desde una perspectiva de prevención especial, que el condenado recupere el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad. Así lo expresa, Ana PÉREZ CEPEDA<sup>7</sup>, para quien los beneficios penitenciarios son derechos relacionados con el tratamiento penitenciario y que se derivan de la relación penitenciaria, encontrando su fundamento en última instancia en los derechos fundamentales.

§5. Para algunos sin embargo, los beneficios penitenciarios son, en estricto, estímulos para el interno<sup>8</sup>. Esta postura es la adoptada en la doctrina nacional por Germán SMALL ARANA<sup>9</sup>, quien considera que los beneficios penitenciarios son verdaderos incentivos que permitirán al interno observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendentes a lograr el acortamiento de la pena impuesta y que no se pueden concebir como un derecho, pues si fuera así habría una exigencia al cumplirse los requisitos que le harían perder su concepción.

§6. Esta postura es inexacta. En primer lugar porque los beneficios penitenciarios no acortan la pena impuesta. Por ejemplo, en el caso de la semilibertad (art. 46 CEP), se permite al condenado egresar del establecimiento penitenciario y seguir cumpliendo la condena en libertad, sin que en modo alguno, implique un acortamiento de la pena o extinción de su ejecución. Como lo establece el art. 85 del CP, la ejecución de la pena se extingue únicamente por: **a)** muerte del condenado, **b)** cumplimiento de la pena, **c)** exención de la pena y **d)** por perdón del ofendido en los delitos de acción privada. Es por ello, que en el Pleno Jurisdiccional Penal de 1998, entre las consideraciones debatidas, se sostuvo que “Los beneficios penitenciarios concedidos, conforme a las disposiciones del Código de Ejecución Penal, afectan el modo de cumplimiento de la pena, pero no la suprimen. En consecuencia, subsiste la penalidad impuesta durante el término en que ellos operan”<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> En nuestro ordenamiento, los principales beneficios penitenciarios son: **a)** la redención de la pena por trabajo o estudio (arts. 44 y 45 CEP), que permite al interno redimir un día de pena por cada dos días de trabajo o estudio, **b)** la semilibertad (art. 48 CEP), que permite al interno egresar del establecimiento penitenciario cuando ha cumplido con la tercera parte de la pena y **c)** la liberación condicional (art. 53 CEP), que se concede al interno que ha cumplido la mitad de la condena impuesta.

<sup>4</sup> Así lo expresa TAMARIT SUMALLA, Joseph y otros. Curso de Derecho penitenciario. Barcelona, Cedecs 1996, p. 99. En el mismo sentido, PEDRAZA SIERRA, Wilfredo y Rosa MAVILA LEÓN. Situación actual de la ejecución penal en el Perú. Lima, Consejo de Coordinación Judicial 1998, p. 89.

<sup>5</sup> Así, el fundamento 180 de la STC 010-2002-AI-TC de 3.1.03.

<sup>6</sup> ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada, Comares 2001, pp. 31ss.

<sup>7</sup> PÉREZ CEPEDA, Ana. En: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Laura Zúñiga Rodríguez (coord). Manual de Derecho penitenciario. Madrid, Universidad de Salamanca-Colex 2001, pp. 154-155.

<sup>8</sup> El art. 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal (D.S. 015-2003-JUS) establece en este mismo sentido que “Los beneficios penitenciarios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes a su reeducación y reinserción social”.

<sup>9</sup> ARANA SMALL, Germán. Los beneficios penitenciarios en el Perú. Lima, ediciones BLG 2001, p. 59.

<sup>10</sup> Tercera Consideración del Acuerdo Plenario 1/98, en: PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Lima, Palestra 1999, p. 490.

En segundo lugar porque si los beneficios penitenciarios se erigen como derechos del interno, ello no conlleva que su otorgamiento sea automático e incondicional, sino que depende fundamentalmente de criterios objetivos que deberán ser valorados por el juzgador al momento de resolver cada caso concreto. Así lo entiende la sentencia del Tribunal Constitucional de 10.12.03, expediente N° 2196-2003-HC-TC, que 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 encuentra privado de su libertad.”

§7. Si revisamos además el Acuerdo Plenario N° 9/97, podemos apreciar que el Juez Penal para conceder o negar los beneficios penitenciarios no debe limitarse simplemente a la verificación del cumplimiento de los requisitos formales (tiempo de reclusión, certificado de conducta, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención), sino que tendrá que tener en consideración todos los elementos y datos objetivos que le permitan determinar si el interno es susceptible de continuar el cumplimiento de su condena en libertad, vale decir, si se encuentra apto para insertarse nuevamente a la sociedad, conforme al principio del art. 139.22 de la Constitución. El primer Acuerdo del Acuerdo Plenario N° 9/97 establece que: “El Juez para conceder o denegar los beneficios penitenciarios de semi libertad y liberación condicional puede sustentar su decisión en todos los elementos técnicos-penitenciarios, en los aportados por el peticionante y los referidos a las condiciones personales del interno, los que deben ser objeto de una apreciación lógico-crítica e integral, en base a los principios rectores que orientan el sistema y tratamiento penitenciario.”<sup>11</sup>

§8. Ahora bien, es preciso indicar que existe confusión en cuanto a la concepción de los beneficios penitenciarios, vale decir, si forman parte del derecho penal material, procesal penal o de ejecución penal. El propio TC, en recientes pronunciamientos, ha sostenido que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario; es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal<sup>12</sup>. No obstante, ha fijado como criterio jurisprudencial que los beneficios penitenciarios deben considerarse como normas procesales<sup>13</sup>.

§9. Evidentemente, esta postura es inexacta. No sólo porque los beneficios penitenciarios se encuentran sistemáticamente ubicados en el Código de Ejecución Penal, el D. Leg. N° 654, y no en el CdePP de 1940 ni *de lege ferenda* en el reciente Proyecto de CPP de noviembre de 2003, sino fundamentalmente porque operan, una vez fenecido el proceso penal con una condena firme. Es durante la ejecución de la pena que el interno solicita la aplicación de la redención de la pena por el trabajo o estudio (el llamado “2 por 1”), la semilibertad o la liberación condicional. Es evidente que la solicitud de cualquiera de estos beneficios está sujeta a un específico régimen procesal, en tanto debe ser resuelta por el Juez competente quien conforme al art. V del CP controla la ejecución de la pena. Sin embargo, de ello no se deduce que la concesión del beneficio carezca de una faceta penal material que, conforme al estado actual, se cifra en el pronóstico judicial favorable de resocialización del sujeto fuera de prisión.

Más concretamente, todo el régimen de la efectiva ejecución de una pena privativa de libertad corresponde al ámbito de la llamada **individualización judicial de la pena**. Si se parte

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 485.

<sup>12</sup> Considerando 8 de la STC N° 1593-2003-HC-TC de 30.01.04.

<sup>13</sup> Así lo estableció el TC en la sentencia N° 2196-2002-HC-TC de 10.12.03, al señalar en el considerando 9 que las disposiciones que regulan los citados beneficios, “deben considerarse como normas procedimentales”. En la misma línea, en la sentencia N° 1593-2003-HC-TC de 30.1.04, el TC ha establecido en el considerando 8 que “tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, *prima facie* y con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal”.

de contradecir la vieja distinción entre individualización legislativa, judicial y penitenciaria -o administrativa- de la pena<sup>14</sup>, diferencia que parece mantener nuestra corte constitucional, debe aceptarse que todo el régimen relativo a los criterios de individualización judicial de la sanción debe justificarse conforme a criterios materiales y no meramente procesales. Y dicho régimen comprende la imposición de la condena, la decisión sobre la aplicación de substitutivos penales y la ejecución de éstas consecuencias, lo que atañe, entre otras posibilidades, la concreta extensión de la condena a pena privativa de libertad, esto es su absoluta ejecución o el acortamiento condicionado de la misma. Como precisa Eduardo DEMETRIO CRESPO, a la individualización judicial de la pena “en sentido amplio pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros substitutivos penales”<sup>15</sup>, entre los que cabe contemplar *lato sensu* la libertad condicional que regula el CP español para limitar el tiempo de la privación de libertad del condenado, conforme a criterios comunes de prevención especial<sup>16</sup>.

Así, cuando el Juez toma la decisión de conceder por ejemplo el beneficio de la semilibertad, no sólo debe verificar la satisfacción de determinadas condiciones procedimentales (solicitud escrita, ejecución de un tercio de la condena, informe favorable del INPE), pues en tanto su labor debe superar el viejo paradigma de ser “la boca de la ley”, le compete realizar un juicio o pronóstico objetivo sobre las concretas posibilidades de reinserción del condenado, realizando para ello un razonamiento conforme a los criterios de la prevención especial positiva que enarbola la Constitución, el CEP y su reglamento, el CP y los diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Razonamiento que compete exclusivamente al Derecho penal material, a la teoría de la sanción penal o de las consecuencias jurídicas del delito. Más simplemente, el Juez no decide, al conceder o no el beneficio, sobre el plazo de una apelación o la nulidad de una resolución por vicios formales, sino sobre la vigencia o ejercicio de un derecho fundamental: la libertad del condenado.

**§10.** En este orden de ideas, ROXIN entiende que el Derecho penitenciario contiene las disposiciones legales sobre el cumplimiento de la pena de prisión, así como de las medidas privativas de la libertad<sup>17</sup> y más bien, el Derecho procesal penal, contiene los preceptos que regulan el establecimiento de los hechos punibles y el procedimiento a seguir para la imposición del derecho del Estado a reprimir determinadas conductas. No es por ello casual que en la legislación comparada, los beneficios penitenciarios lleguen a regularse sistemáticamente dentro del CP. Por ejemplo, el art. 90 del CP español de 1995 regula la libertad condicional como un instrumento de sustitución de la privación de libertad<sup>18</sup>. De modo semejante, los §§ 57 y 57a del *Strafgesetzbuch* o Código Penal Alemán, regulan la “suspensión del resto de la pena” en los casos de pena privativa de libertad temporal y perpetua, respectivamente, es decir un sistema de libertad condicional al que se atribuyen fundamentos semejantes a los de la remisión condicional de la pena<sup>19</sup> (suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional).

### III. SUCESIÓN NORMATIVA Y BENEFICIOS PENITENCIARIOS FRENTE A DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

---

<sup>14</sup> ZIFFER, Patricia. Lineamientos de la determinación de la pena. Buenos Aires, Ad-Hoc 1996, p. 25.

<sup>15</sup> DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca, Universidad de Salamanca 1999, p. 44.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 315-318.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general. T I. Madrid, Civitas 1997, p. 45.

<sup>18</sup> GARCÍA ARÁN, Mercedes. Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el CP de 1995. Pamplona, Aranzadi 1997, pp. 99, 125-126. Así, bajo el régimen del CP español derogado, MIR PUIG, Carlos. El sistema de penas y su medición en la reforma penal. Barcelona, Bosch 1986, p. 244.

<sup>19</sup> MAURACH, Reinhart y otros. Derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Astrea 1995, p. 841.

**§11.** El Código de Ejecución Penal, aprobado mediante el D. Leg. N° 654 y vigente desde el 2.08.91, regula con carácter general el otorgamiento de beneficios penitenciarios para los condenados que satisfagan determinadas condiciones, entre los que destacan la semilibertad, la liberación condicional y la redención de pena por trabajo o por estudio (art. 42 num. 2, 3 y 4 del CEP). La semilibertad, bajo este esquema normativo, puede solicitarse al cumplir el interno la tercera parte de la pena impuesta, y la liberación condicional al ejecutarse la mitad de la condena. Mientras que la redención de la pena por trabajo o estudio, permite al interno redimir la sanción a razón de un día de pena por dos días de trabajo o estudio efectivo, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria.

**§12.** Posteriormente, en el marco de la llamada "lucha anticorrupción", el Poder Ejecutivo, mediante el Proyecto de Ley N° 2816-2001-CR elaborado por el sector Justicia, propuso la eliminación de los beneficios penitenciarios de redención de pena por trabajo o estudio, semilibertad y liberación condicional, para los condenados por delitos contra la administración pública y conexos, concusión, corrupción de funcionarios, asociación ilícita, entre otros. Dicha propuesta, fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso y sustituida mediante el dictamen de 20.6.02, texto que finalmente fue aprobado por el Congreso de la República y promulgado sin observaciones por el Poder Ejecutivo.

**§13.** Así surge la Ley N° 27770, publicada el 28.6.02 y vigente desde el 29, la misma que modifica el otorgamiento de beneficios penitenciarios para aquellos condenados por delitos contra la administración pública, haciendo más gravosa su concesión. El art. 4 de la Ley establece que la redención de la pena por el trabajo y educación (inciso A) opera a razón de 1 día de pena por 5 de trabajo o educación (la regla general del CEP es de 1 día de pena por 2 de trabajo o educación). Asimismo, para el otorgamiento de la semilibertad (art. 4 inc. b) la Ley exige el cumplimiento de 2/3 de la pena (no sólo 1/3 como la regla general del CEP), el pago íntegro de la reparación civil<sup>20</sup> y de la multa, o la fianza respectiva en caso de insolvencia. La citada Ley establece en el art. 4 inc. c condiciones semejantes para la liberación condicional, añadiendo la necesidad de cumplir 3/4 de la pena (para el CEP es suficiente 1/2 de la pena). De esta forma, la Ley N° 27770 al imponer condiciones más gravosas para los condenados que hayan cometido delitos contra la administración pública y conexos, merece una especial evaluación sobre sus alcances y efectos frente a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia.

#### IV. LA LEY N° 27770 Y EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL PENITENCIARIA

**§14.** El principio de irretroactividad de la ley penal es una garantía fundamental de todo Estado de derecho. Es un derecho constitucional que impide que a hechos pasados se apliquen disposiciones futuras más desfavorables para el imputado. Ello, a fin de evitar que la coyuntura actual motive al legislador a dictar leyes ad hoc, para el juzgamiento más severo de conductas pasadas que a su juicio revisten mayor gravedad. En contrapartida al principio de irretroactividad penal, se erige el principio de retroactividad benigna (art. 103 pf. 2 de la Const. y art. 7 del CP), en cuya virtud debe aplicarse la norma penal posterior a la comisión del hecho punible si es más favorable al imputado.

**§15.** Para ROXIN la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del

---

<sup>20</sup> Ya se discute en nuestro país la constitucionalidad de la obligación de pagar el íntegro de la reparación civil, frente a la garantía de no prisión por deudas del art. 2 num. 24 c) de la Carta Magna.

caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho<sup>21</sup>.

**§16.** El art. 103 pf. 2 de la Constitución recoge este principio fundamental: “ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”. Uno de los fundamentos político-criminales de este principio, radica en el hecho de que, la proyección y abstracción mental que puede efectuar un potencial delincuente antes de cometer el hecho punible, pasa por evaluar las consecuencias jurídicas que acarreará su conducta, según las normas vigentes en dicho momento. Si las consecuencias de su conducta fueran inciertas o variables, perdería sentido la prevención general y la función de motivación de la norma penal.

**§17.** La controversia radica en si la prohibición de retroactividad de las normas más gravosas para el imputado, abarca el Derecho penal en todo su conjunto -material, procesal y de ejecución-, si abarca únicamente al Derecho penal material o si se extiende también al Derecho penal penitenciario. A raíz de esto, se presentan hasta tres posibilidades de aplicación de la ley penal penitenciaria, lo que precisamente se discute en torno a la concesión de los beneficios penitenciarios y su reforma mediante la Ley N° 27770: **1)** la ley del momento de la condena, **2)** la ley del momento de la solicitud del beneficio y **3)** la ley del momento de la comisión del delito.

#### **IV.1 La ley penitenciaria del momento de la condena firme**

**§18.** Una posibilidad de tratamiento del ámbito temporal de las leyes penales penitenciarias y, en concreto, de los beneficios penitenciarios, es considerar aplicable la ley vigente al momento de emitida la sentencia condenatoria. Esta tesis es defendida por la Procuraduría Ad-Hoc para los casos de Montesinos y Fujimori y parece responder, a una simplista interpretación literal del art. 2 de la Ley N° 27770, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los “condenados” por delitos contra la administración pública.

Bajo esta premisa, el momento en que la condena queda firme marca la pauta para la determinación de la ley aplicable para la concesión de los beneficios penitenciarios. Esta postura también es compartida por el Consorcio Justicia Viva<sup>22</sup>, al sostener que las normas que regulan los beneficios penitenciarios se aplican a los condenados y no a los procesados y por tanto, sólo podría tenerse en cuenta la norma vigente en el momento en que se emite una condena firme.

**§19.** Este punto de vista no parece razonable porque la vigencia del Derecho penitenciario no puede depender de factores aleatorios. El condenado no puede controlar la mayor o menor duración de un proceso penal, ni la específica ocasión en que quedará condenado mediante una sentencia firme. Así, la concesión de los beneficios quedaría librada al azar o al estado de ánimo de las agencias de control penal, más aún cuando por ejemplo se ha venido a sostener que es posible extender la detención preventiva hasta por 72 meses sin que exista sentencia absolutoria o condenatoria. Por lo demás, la oportunidad de la condena sólo marca el momento de concreción de la consecuencia penal prevista para el hecho punible y que no varía en sentido perjudicial para el imputado, conforme a la mayor o menor celeridad de la condena. Dicho de otra forma, el momento de la condena apenas marca la oportunidad en que el Derecho procesal penal cumple su cometido, de lo que no cabe deducir consecuencias para el régimen de las consecuencias jurídicas del delito.

---

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte general, cit., p. 161.

<sup>22</sup> Vid. el reciente pronunciamiento de 20.01.04, en [www.justiciaviva.org.pe](http://www.justiciaviva.org.pe)

## IV.2 La ley penitenciaria del momento de la solicitud del beneficio

§20. Otra posibilidad es considerar que, ante un conflicto de normas penitenciarias en el tiempo, se aplica la vigente al momento de solicitar el beneficio penitenciario. Así lo entiende el TC, al fijar como precedente que “tratándose de cualquier norma que regule el tema de las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario de liberación condicional y 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 el delito o la que estuvo vigente cuando se dictó la sentencia condenatoria<sup>23</sup>”.

§21. Pero esta postura, parte de la premisa de que los beneficios penitenciarios son meras normas de carácter procesal penal y por tanto prima el principio *tempus regit actum*, en cuya virtud, la norma aplicable es la vigente al momento de la realización del acto procesal consistente en solicitar el beneficio<sup>24</sup>. Antes bien, esta premisa carece de fundamentos pues como se expuso anteriormente<sup>25</sup>, los beneficios penitenciarios se rigen por estrictos criterios de prevención especial que corresponde al Derecho penal material, no encontrando fundamentos en la mera adjetividad del Derecho procesal penal. Así, la pretendida eficacia inmediata de las normas de naturaleza procesal, no alcanza al ámbito de los beneficios penitenciarios en los que se discute el ejercicio del derecho fundamental del condenado a llevar una vida en libertad.

§22. Incluso tratándose de normas procesales no es pacífico que la regla radica en el *tempus regit actum*. En este sentido, Manuel COBO DEL ROSAL señala que “en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o implique cualquier clase de restricción a la libertad, no regirá la regla *tempus regit actum*, sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción, presupuesto material al que tales consecuencias “procesales” se hallan, indiscutiblemente, ligadas<sup>26</sup>”. Así también lo entendió la Primera Sala Superior Penal de Lima (expediente H.C. N° 2517-03), que al emitir la resolución de 15.9.03 ante una acción de habeas corpus, señaló en el fundamento octavo que “el principio *tempus regit actum*, que implica la aplicación inmediata de la nueva Ley procesal en el caso de sucesión de normas procesales, no debe tener vigencia cuando se trata de leyes restrictivas de los derechos. En este tema, la doctrina se orienta en el sentido de que cuando una norma (procesal o no) opera sobre un derecho fundamental, no puede ser considerada como meramente adjetiva; que el principio de legalidad se debe extender a las leyes procesales en todos aquellos casos en que una ley procesal posterior al delito suponga una disminución de las garantías o afecten el derecho a la libertad, en cuyo caso no será aplicable la regla *tempus regit actum* sino que se aplicará la legislación vigente en el momento de realizarse la infracción..”

Este razonamiento no ha sido ajeno a los organismos supranacionales que velan por la vigencia de los Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el Caso N° 11.888 (Informe N° 83/00/Perú de 19.10.2000 sobre el caso Alan García) que “la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por el igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex*

---

<sup>23</sup> Fundamento 13 de la sentencia N° 1593-2003-HC-TC de 30.01.04.

<sup>24</sup> Es de resaltar que el TC ha señalado, en la citada sentencia N° 1593-2003-HC-TC, que las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la 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.

<sup>25</sup> Vid. supra II.

<sup>26</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomas VIVES ANTÓN. Derecho penal. Parte general. 5ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 1999, p. 207.

*post facto* a materia procesal, que actualmente se predica en el sistema procesal penal moderno, ha sido producto de la evolución del derecho penal y procesal penal”.

Una orientación distinta no puede esquivarse mediante un fraude de etiquetas. El citado informe relievra que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso *Collins v.s. Youngblood*, se ha pronunciado respecto a los alcances del principio de irretroactividad de la ley penal, habiendo sentado como precedente que “en lo que respecta a la ley penal procesal que afecta cuestiones de sustancia o de derecho sustantivo el verdadero alcance no es extender la cláusula a la ley procesal, sino advertir que la mera clasificación de una ley con la etiqueta procesal, en oposición a la sustantiva, no excluye sin más a esa ley del alcance de la cláusula”.

#### IV.3 La ley penitenciaria del momento de la comisión del delito

§23. Se ha sostenido con razón, como se detalla posteriormente, que la ley penitenciaria vigente al momento de la comisión del delito –*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 ZAFFARONI, “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 ley 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 podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad.”<sup>27</sup>

En el mismo sentido, Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ al tratar los alcances del principio de legalidad, señala que “Cuando se habla de la “Ley”, se alude tanto a las normas penales completas, como a las incompletas y a las en blanco; asimismo, **se incluyen a las procesales y de ejecución penal**, las de carácter civil, laboral, administrativo, etc., cuando introducen modificaciones a las penales e, incluso, a la ley o al reglamento complementario. En otras palabras, la ley que ha de aplicarse no es sólo la norma de la parte especial, sino también la contenida en la parte general y en el derecho penal complementario”.<sup>28</sup>

En cualquier caso no estamos ante una reciente elaboración del Derecho penal, pues ya JIMÉNEZ DE ASUA sostuvo que “el Estado no puede imponer al ciudadano mayores obligaciones que las establecidas por la ley del tiempo en que fue cometido el delito, ni puede hacer su condición más grave que la establecida por la ley en base a la cual fue pronunciada la sentencia condenatoria, los nuevos preceptos que modifican el modo de ejecutarse las penas sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al condenado -al menos en cuanto no agraven su condición-, de conformidad con lo establecido como principio sobre la no extractividad de las leyes penales más restrictivas de la libertad individual”.<sup>29</sup>

#### IV.4 Toma de postura

---

<sup>27</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. Derecho penal. Parte General. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar 2002, p. 124.

<sup>28</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho penal. Parte general. Bogotá, Temis 2002, p. 140.

<sup>29</sup> JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo II. 4ª ed. Buenos Aires, Losada 1964, p. 680.



**§24.** Ya ROXIN había precisado que “el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas”<sup>30</sup>. Así, la sistemática del Derecho penal demanda la vigencia de sus principios rectores independientemente de la oportunidad en que se realizan sus fines, esto es en tanto conminación, imposición de condenas y ejecución. Por ello, toda modificación posterior –material, adjetiva o ejecutiva- que afecte la pena en perjuicio del imputado, no puede tener efectos retroactivos bajo ningún punto de vista, debiendo siempre regir la regla *tempus commissi delicti*, es decir, la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible.

**§25.** Es por ello, que el art. 103 pf. 2 de la Constitución no distingue entre normas materiales, procesales o penitenciarias, únicamente proscribire la retroactividad de la ley penal perjudicial. Y un principio esencial del Derecho penal se cifra en adoptar la interpretación más favorable, lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida de la cláusula constitucional. Así, la prohibición de retroactividad perjudicial alcanza inevitablemente a las normas de ejecución penal que afectan la libertad del condenado puesto que, como ya se ha sostenido, la regulación de los beneficios penitenciarios obedece a las reglas de la prevención especial, es decir que se halla bajo los alcances de la individualización judicial de la pena.

Esa no distinción entre normas penales materiales, procesales o penitenciarias que afectan derechos fundamentales, podemos encontrarla en la sentencia de 15.3.91 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, según la cual “...debe observarse, ante todo, que ni el texto constitucional, ni los textos legales citados, que en una forma categórica consagran y reiteran el canon de la retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y por tanto, a contrario sensu, el canon de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, no hacen distinción alguna entre leyes sustantivas o adjetivas ni procesales”.<sup>31</sup>

**§26.** Acorde con esta tendencia, a nivel de la Corte Suprema se han emitido determinados pronunciamientos sobre los alcances del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables en materia penal, y más precisamente en torno a la Ley N° 27770. En el caso Gamarra (resolución de 4.12.03), la Vocalía Suprema de Instrucción de la Corte Suprema estableció, en el considerando quinto que “si bien se ha dado la Ley número veintisiete mil setecientos setenta, es pertinente precisar que no resulta aplicable al caso en concreto en razón al principio de irretroactividad de la Ley Penal esto por haber sido publicada con posterioridad a la comisión del ilícito, además que constituye una norma desfavorable al solicitante”. La misma línea interpretativa se puede apreciar en los casos Iglesias (resolución de 16.5.03) y Espinoza (resoluciones de 27.10.03)<sup>32</sup> y, por cierto, en la resolución de 6.1.04 emitida en el caso Mantilla por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema.

**§27.** Debe también tenerse en cuenta que el propio Código de Ejecución Penal, en el art. VIII del Título Preliminar establece expresamente que “La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno”. Por su parte, el artículo 3 del Reglamento del citado Código (D.S. N° 015-2003-JUS de 11.09.03) establece que “La ejecución de la pena se cumplirá respetando los derechos fundamentales de la persona consagrados en la Constitución Política del Perú, y en el resto del ordenamiento jurídico peruano. Esta protección se extiende a todos los internos, tanto procesados, como sentenciados, respetando la disposiciones que establezcan los Tratados Internacionales sobre la materia”.

---

<sup>30</sup> ROXIN, Claus. Problemas básicos de Derecho Penal. Madrid, Reus 1976, p. 20.

<sup>31</sup> Sentencia citada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en Informe sobre el caso 11.888/Perú, de 18.10.2000.

<sup>32</sup> En ambos casos, la Vocalía de Instrucción de la Corte Suprema declaró que no era aplicable la Ley N° 27770, pues entendió que era más desfavorable a los recurrentes y por ende, regía la ley del momento de comisión del hecho punible, esto es, el Código de Ejecución Penal.

En este contexto normativo, queda claro que al reconocerse en la Carta Magna, en el Código de Ejecución Penal y en su Reglamento, la irretroactividad de las normas penitenciarias desfavorables, no es correcto remitirse supletoriamente a otros estatutos como el Código Procesal Civil. El Tribunal Constitucional, en el considerando 12 de la sentencia 1300-2002-HC-TC de 27.8.03, se remite a la Segunda Disposición Final del Código Procesal Civil que establece la aplicación inmediata de normas procesales. Tal decisión ha sido incorrectamente estimada por muchos como un precedente vinculante en el sentido de que la Ley N° 27770 rige frente a toda solicitud de beneficios penitenciarios tras su vigencia, sin tomarse cuenta que en tal oportunidad el Tribunal no se pronunció en modo alguno sobre aspectos del Derecho penitenciario sino sobre los alcances de la reformas del art. 137 del Código Procesal Penal que regula los plazos máximos de detención preventiva del procesado no sentenciado.

**§28.** La discusión sobre la aplicación retroactiva de la Ley N° 27770 no fue pasada por alto durante su aprobación, ya que el Diario de Debates de la sesión del Pleno del Congreso de la República de 20.06.02 registra la consulta de un parlamentario sobre si el entonces “proyecto de ley tiene efectos retroactivos para los ya condenados y para los que están en proceso de condena, o es sólo para los que delinquen de ahora para adelante”. Ante lo cual, el congresista Daniel ESTRADA PEREZ, entonces Presidente de la Comisión de Justicia, consideró oportuno indicar que “el artículo 103° de la Constitución señala que la ley rige a partir del día siguiente de su publicación, excepción hecha de los asuntos en materia penal cuando son favorables al reo”. De esta manera, aunque la discusión sobre este tema no se hubiere profundizado, puede apreciarse una razón histórica del legislador no ajena a la vigencia del principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado.

**§29.** En síntesis, conforme al estado actual del Derecho penal, debe sostenerse que la Constitución, las normas penitenciarias y los diversos instrumentos de Derechos Humanos, establecen que la Ley penal penitenciaria aplicable al condenado es la vigente al momento de la comisión del delito. Sólo esta conclusión es consecuente con el fin preventivo-general de la pena y la función de motivación de la norma penal. Asimismo, con la orientación preventivo especial que la Constitución y el CEP otorgan a la ejecución penitenciaria que, en sentido amplio, se rige por los principios de la individualización judicial de la pena y específicamente a la aplicación de los beneficios penitenciarios que cautelan el derecho fundamental del condenado a recuperar una vida en sociedad y en libertad. En consecuencia, toda modificación que hace más gravosa la aplicación de beneficios penitenciarios, como la Ley N° 27770 respecto de la semilibertad, redención de pena por trabajo o estudio y liberación condicional, sólo puede aplicarse a las condenas por hechos punibles cometidos tras la puesta en vigencia de dicha Ley.