

PROBLEMA EN LA DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE PARA LA CONCESION DE LA SEMI LIBERTAD

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Socio del Estudio Sousa & Nakazaki.
Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Lima y de la Universidad
Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque.

La posibilidad de obtención del beneficio penitenciario de semi-libertad por personas vinculadas a la organización criminal de Vladimiro Montesinos Torres, condenadas por delitos contra la administración pública, ha generado un gran debate nacional marcado en el ámbito jurídico por la denuncia constitucional contra los miembros de la Sala Penal Especial Suprema que resolvió el caso del ex Ministro Agustín Mantilla Campos y por resoluciones del Tribunal Constitucional.

No me corresponde examinar aquí la causa mediática del problema; la colisión entre la expectativa social de sanción penal que el Sistema Anticorrupción permitió generar y la respuesta legal que corresponde a los jueces dar teniendo en cuenta que de acuerdo a la legislación, los delitos contra la administración pública son de mediana gravedad y por tanto provocan penas de igual intensidad.

Debo analizar el conflicto producido por la necesidad de determinar si a casos como el del ex ministro Agustín Mantilla, el ex congresista Ernesto Gamarra o el comerciante de armas Luis Duthurburu, se tiene que aplicar el Código de Ejecución Penal o la Ley N° 27770 para establecer la procedencia del beneficio de semilibertad.

La solución del problema requiere no considerar quiénes son las personas que solicitan la semilibertad al así exigirlo la garantía de igualdad ante la ley que consagra el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. Hay que concentrarse mas bien en efectuar una adecuada aplicación de la ley, porque de eso se trata : de formular la respuesta legal que se debe dar a un ser humano ante el pedido de concesión de un beneficio penitenciario de semi-libertad o de liberación condicional.

La procedencia de utilizar el Código de Ejecución Penal o la Ley N° 27770 para resolver una solicitud de beneficio penitenciario, requiere ubicar previamente a las reglas jurídicas que se deberán emplear, lo que remite al ámbito temporal de la ley penitenciaria por consistir el problema en una sucesión en el tiempo de normas de ejecución penal.

1.- Determinación de las reglas del ámbito temporal de la ley penitenciaria mediante la interpretación jurídica del artículo 103 de la Constitución de 1993.

El fundamento normativo de las reglas del ámbito temporal de la ley, incluyendo las de ejecución penal, se encuentra en el artículo 103 de la Constitución, por lo que la solución del problema planteado comienza con su interpretación.

1.1) La interpretación jurídica de la Constitución.

La interpretación jurídica de la Constitución se realiza mediante una operación que tiene tres etapas : ¹ ²

ETAPAS DE LA INTERPRETACION JURIDICA DE LA CONSTITUCION

- a. La determinación del tipo de norma constitucional.
- b. La formulación de la directiva interpretativa a utilizar.
- c. La aplicación de la directiva interpretativa a la norma constitucional cuyo significado se busca establecer.

1.2) Determinación del tipo de norma constitucional del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental de 1993.

La Constitución, como explica correctamente el profesor español Francisco **FERNANDEZ SEGADO** ³, se encuentra estructurada por diversos tipos de normas jurídicas:

TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES

- Normas constitucionales referidas a derechos fundamentales.
- Normas constitucionales referidas a garantías institucionales.
- Normas constitucionales que contienen mandatos.
- Normas constitucionales que consagran principios constitucionales y fines del Estado.
- Normas constitucionales orgánicas.
- Normas constitucionales atributivas de competencia.

El tipo de norma jurídica constitucional determina su fuerza vinculante y su rango jerárquico; así por ejemplo las normas constitucionales referidas a derechos fundamentales tienen la mayor fuerza vinculante pues éstos deben ser reconocidos con la sola entrada en vigencia de la Ley Fundamental; o por ejemplo las normas constitucionales referentes a principios fundamentales del orden jurídico político son pautas valorativas a seguir en toda operación de interpretación de otras normas constitucionales o infraconstitucionales.

El artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental del Perú puede encuadrar en varios tipos de normas constitucionales:

¹ Jerzy Wroblewski, Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica, Cuadernos Civitas, Madrid, España, 2001.

² Germán Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, El Derecho Constitucional de la Libertad, Páginas 119 a 133, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1993.

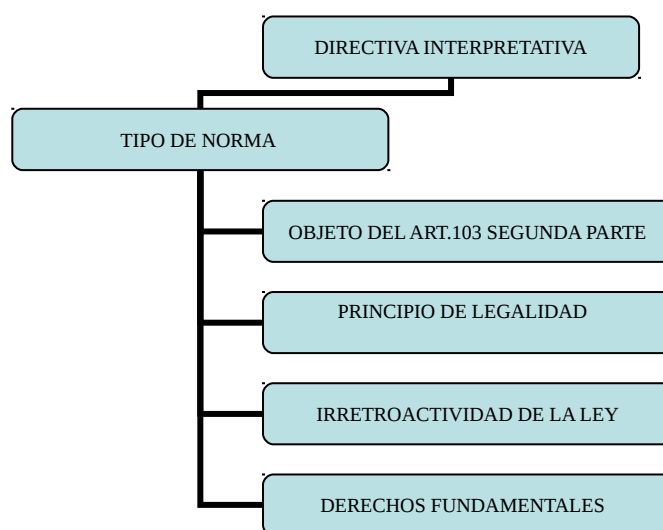
³ Francisco Fernandez Segado, El Sistema Constitucional Español, Página 71, Dykinson, Madrid, España, 1992.

- Es una norma constitucional referente a un principio fundamental del orden jurídico político : el principio de legalidad ya que la irretroactividad de la ley es una manifestación de este limite a la función punitiva del Estado.
- Es una norma constitucional que contiene un mandato : el Congreso no puede crear y el Poder Judicial no puede aplicar leyes violando la irretroactividad como manifestación del principio de legalidad.
- Es una norma constitucional referente a derechos fundamentales : la irretroactividad de la ley tiene como fundamento al principio de legalidad con el objeto de proteger los derechos fundamentales de la persona.

1.3) La formulación de la directiva interpretativa a aplicar en el caso del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental de 1993.

El establecimiento del tipo de norma constitucional en la que se encuadra el artículo 103 segundo párrafo de la Carta Política de 1993, determina que tenga el siguiente objeto : **un mandato al legislador y al juez de asegurar la irretroactividad de la ley por exigencia del principio de legalidad a fin de garantizar los derechos fundamentales de la persona.**

Al haber efectuado la primera etapa de la operación de interpretación del artículo 103 segundo párrafo de la Constitución, corresponde desarrollar la segunda etapa, formular la directiva interpretativa.

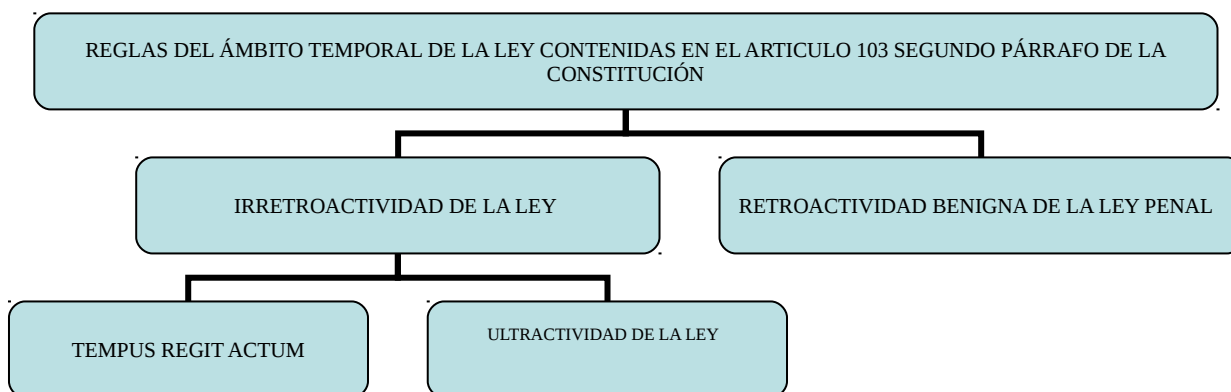


La directiva interpretativa es la siguiente :

La irretroactividad de la ley tiene su fundamento en el principio de legalidad, que por ser un límite formal a la función punitiva del Estado constituye un mandato al legislador y al juez de garantía de los derechos fundamentales de la persona.

1.4) Reglas del ámbito temporal de la ley reconocidas por el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución.

Junto a la irretroactividad existen otras reglas del ámbito temporal de la ley que también tienen su fundamento en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución :



La irretroactividad de la ley se encuentra reconocida expresamente en el texto del artículo 103 segundo párrafo al haberse establecido como regla general de todo el ámbito temporal del derecho.

La regla del tempus regit actum también tiene fundamento legal en el texto constitucional examinado si se tiene en cuenta que es el complemento de la regla de la irretroactividad de la ley; de allí que la regulación expresa de esta última permite establecer también la de la primera.⁴

La regla de la ultractividad de la ley del mismo modo se encuentra recogida en el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución. La regla de la ultractividad es el complemento lógico indispensable de la regla tempus regit actum, pues permite que la ley vigente al momento de la realización del hecho sea la aplicable al caso pese a la sucesión o aparición de otras disposiciones.

⁴ José Hurtado Pozo, Manual de Derecho Penal Parte General, Página 159, Sesator, Lima, Perú, 1978.

Autores como el argentino Carlos **CREUS** ⁵ y el chileno Luis **COUSIÑO MAC IVER** ⁶ afirman que la ultractividad está incorporada a la regla de la irretroactividad o la del tempus regit actum.

En consecuencia el fundamento constitucional de la regla de la ultractividad se establece a partir de su vinculación con la regla de la irretroactividad de la ley.

La retroactividad benigna de la ley penal de igual forma tiene reconocimiento expreso en el texto constitucional del artículo 103 al establecerse como excepción a la irretroactividad la aplicación retroactiva de la ley favorable en materia penal.

1.5) Vigencia del artículo 103 segundo párrafo de la Ley Fundamental en el derecho penal de ejecución.

La regla de la irretroactividad de la ley rige en todas las ramas del derecho porque en ellas tiene vigencia el principio de legalidad y su función de garantía de los derechos fundamentales de la persona.

En consecuencia la irretroactividad de la ley tiene aplicación en el derecho penitenciario o derecho penal de ejecución, y con ésta el resto de las reglas del ámbito temporal de la ley que admite el artículo 103 segundo párrafo.

La necesidad de asegurar una restricción de derechos humanos razonable y justa en la ejecución de la pena, se logra reconociendo la vigencia de las reglas del ámbito temporal de la ley en el derecho de ejecución penal.

Dado a que el artículo 103 segundo párrafo de la Constitución rige en el derecho penal de ejecución, se puede concluir que en él operan; la regla de la irretroactividad, sus derivados tempus regit actum y ultractividad; así como la excepcional regla de la retroactividad benigna en materia penal.

2.- La regla tempus regit actum en el ámbito temporal de la ley penitenciaria.

En el derecho penitenciario el principio de legalidad es el fundamento de la regla tempus regit actum por lo que tiene la función de garantizar los derechos fundamentales del interno.

⁵ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Página 94, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

⁶ Luis Cousiño Mac Iver, Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Páginas 118 y 119, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Chile, 1975.

En el derecho penitenciario la regla *tempus regit actum* no solamente tiene como misión el permitir conocer al interno desde que ingresa a la cárcel los derechos y obligaciones que se derivan de la privación de la libertad, sino el garantizar sus derechos fundamentales frente al ejercicio de la función punitiva.

De lo que se trata es que el Estado no abuse al ejercer el *ius puniendi*, lo que se logra asegurando que las normas que regulan la ejecución de la pena sean anteriores a la comisión del delito que justifica la condena.⁷

3.- Doctrina jurisprudencial desarrollada para determinar la ley penitenciaria aplicable a una solicitud de semi-libertad.

Antes que el tema se convierta en una cuestión de interés mediático y político, la justicia penal consideró, sin adecuado fundamento, que el momento de la comisión del delito era el hecho que determinaba la ley penitenciaria aplicable, incluso en decisiones dadas por la Sala Penal Especial Suprema, como por ejemplo el caso N° 11-2000 AV, en el que se determinó el criterio indicado y por tanto la improcedencia de aplicar la Ley N° 27770 al haber sido dictada con posterioridad a la comisión del delito.

El Tribunal Constitucional en sentencia emitida el 9 de Julio del 2002 en el caso 804-2002-HC/TC, también declaró la improcedencia de aplicar la Ley N° 27770 por ser desfavorable al condenado, dado a que al momento de la comisión del delito existía una disposición penitenciaria mas favorable.

Posteriormente el Tribunal Constitucional en sentencias emitidas el 10 de diciembre del 2003 y el 30 de enero del 2004 en los casos 2196-2002-HC/TC y 1593-2003-HC/TC, cambió de criterio y determinó la procedencia de aplicar la Ley N° 27770 al elegir el momento de la formulación de la solicitud de obtención del beneficio penitenciario de semi-libertad, como el de fijación de la ley penitenciaria aplicable.

En la evolución de la escasa doctrina jurisprudencial se tienen entonces dos posiciones :

- Una primera posición de la justicia penal que optó por aplicar el Código de Ejecución Penal y no la Ley N° 27770, basada en un criterio de favorabilidad y en la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley desfavorable en materia de ejecución penal.
- Una segunda posición de la justicia constitucional que emplea la Ley N° 27770 al sostener que siendo las leyes penitenciarias “materialmente procesales o

⁷ Marcos Gabriel Salt, Obra colectiva, Los derechos fundamentales de los reclusos en España y Argentina, Página 199, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1999.

procedimentales” se aplican con la regla del tempus regit actum, considerando la solicitud de semi-libertad como el hecho que determina la ley aplicable.

Ambas posiciones resultan erradas como se demuestra más adelante.

4.- Método jurídico que se debe emplear para fijar la ley penitenciaria aplicable a la solicitud de semi-libertad.

El fijar si la solicitud de semi-libertad se regula; por la ley vigente al momento de la comisión del delito, o de la emisión de la sentencia, o de la entrega de la información dada en un proceso de colaboración eficaz, o del inicio del tratamiento penitenciario con la detención judicial, o al solicitar el beneficio penitenciario; no se logra utilizando la regla de la retroactividad benigna de la ley.

Corresponde emplear la regla del tempus regit actum, esto es, la ley vigente al momento de la realización del hecho, debiendo centrar el análisis jurídico en precisar ¿qué hecho determina la ley penitenciaria aplicable a una solicitud de semi-libertad?.

Se equivocan quienes critican la utilización de la Ley N° 27770 para rechazar una solicitud de semi-libertad cuestionando que con ello se viola la prohibición de la aplicación retroactiva una ley desfavorable a un hecho anterior a su vigencia. La pena no es un hecho instantáneo que se agota con su imposición en la sentencia, es un hecho permanente que dura mientras se ejecuta, por lo que la Ley N° 27770 no se trata de aplicar a un hecho que se consumó antes de su dación.

Como vuelvo a insistir, el problema no es de aplicación de la regla de la retroactividad benigna de la ley; la discusión, reitero, tiene que centrarse en cuestionar si es correcto considerar que la ley penitenciaria que regula el otorgamiento de la semi-libertad es la existente al momento de la formulación de la solicitud, esto es, un problema de aplicación de la regla tempus regit actum.

La correcta aplicación de la regla tempus regit actum permitirá resolver el problema de la determinación de la ley de ejecución penal aplicable a una solicitud de otorgamiento de beneficios penitenciarios como la semi-libertad o la liberación condicional.

4) Aplicación técnica del principio tempus regit actum para la determinación de la ley penitenciaria en el caso de una solicitud de semi libertad.

Para establecer la adecuada utilización de la regla tempus regit actum se requiere considerar dos factores :

± El fundamento de la regla tempus regit actum.

± ¿Qué es la semi-libertad.?

4.1) El fundamento de la regla tempus regit actum.

Como ya se señaló en el punto 2, el empleo de la regla tempus regit actum exige considerar que su fundamento es el principio de legalidad y su función la garantía de los derechos fundamentales de la persona.

No es posible utilizar la regla tempus regit actum de forma tal que se viole el principio de legalidad por no cumplirse la función de garantía de los derechos fundamentales del interno.

Marcos Gabriel **SALT** afirma que la observancia del principio de legalidad exige que la pena se ejecute de la forma prevista en las normas vigentes antes de la realización del delito que motiva la condena. **El principio de legalidad no tiene como única exigencia que se establezca en la ley el marco de pena que corresponde a cada delito, sino también la regulación legal de las condiciones de cumplimiento de las penas en general, es decir, el régimen penitenciario, los derechos y obligaciones del interno.**⁸ (Resaltado del autor del artículo)

Un sistema de ejecución penal en el que rija el principio de legalidad se debe caracterizar por el hecho que las penas se ejecuten del modo previsto en las normas penitenciarias vigentes antes de la realización del delito que origina la sentencia condenatoria. Para cumplir el principio de legalidad en todos sus alcances, la ley de ejecución penal previa al delito debe regular las características cualitativas de las penas y la manera como se va a desarrollar su ejecución.⁹

La función de garantía de los derechos del interno, que surge del principio de legalidad, se alcanza haciendo que la forma de ejecución de la pena este prevista en ley vigente al momento de la comisión del delito, ya que como se ha indicado, es el mejor mecanismo para asegurar que el Estado no abuse del ius puniendi.

La forma de prevenir la arbitrariedad es lograr que las normas que regulen la ejecución de la pena sean dadas con anterioridad a que el Estado entre en conflicto con la persona por la comisión de un delito.

Para concluir si es correcta la elección del momento de presentación de la solicitud de semi-libertad como el hecho que fija la ley penitenciaria aplicable, es necesario valorar si tal solución responde a la observancia del principio de legalidad y permite el cumplimiento de la función de protección de los derechos fundamentales del interno.

Observar el principio de legalidad, es someter el ejercicio de la función punitiva a la ley, evitar en grado máximo la arbitrariedad, por lo que corresponde preguntarse:

⁸ Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Página 199.

⁹ Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Página 199.

¿ Cómo se controla mejor el ejercicio ius puniendi, exigiendo que el Estado fije las reglas de ejecución de la pena antes de la comisión del delito que la motiva, o luego de la sentencia al momento de ejecutarla.?

Lamentablemente el Tribunal Constitucional en sentencias emitidas en los casos 2196-2002-HC/TC y 1593-2003-HC/TC, no ha tenido en cuenta que la regla tempus regit actum en el derecho penitenciario debe observar el principio de legalidad y la función de garantía de los derechos del interno.

4.2) ¿Qué es la semi-libertad.?

Para responder a la pregunta ¿qué es la semi-libertad? se utilizará la fórmula propuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso N° 1593-2003-HC/TC, es decir, se definirá la semi-libertad “según su sustancia”, en la forma creada por los profesores Reinhart **MAURACH** y Heinz **ZIPF** para diferenciar si se trata de una cuestión de derecho material o de derecho procesal.¹⁰

El Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los casos 2196-2002-HC/TC y 1593-2003-HC/TC, no ha establecido qué es semi-libertad; se ha limitado a considerar que los beneficios penitenciarios no son objeto de ley penal material y que por tanto, esto es, por descarte, deben ser tratados como materias de “normas procedimentales”.

Para establecer “la sustancia” de la semi-libertad hay que empezar por definir la pena ontológicamente, materialmente.

Teniendo en cuenta el efecto que produce sobre la persona que **la sufre**, la pena no es un conjunto de fines o funciones; no es un marco establecido en la ley; ni siquiera es la dosis o cantidad de sanción penal establecida en la sentencia condenatoria.

Luis **GRACIA MARTIN** afirma que materialmente la pena consiste en la privación o restricción de bienes jurídicos o derechos del penado.¹¹

La pena constituye una situación jurídica al penado de privación o restricción de bienes jurídicos o derechos, que se determina mediante un proceso que abarca el dictado de la sentencia condenatoria y la ejecución de la pena.

La pena se impone al delincuente mediante un proceso de determinación, cuyo objeto es fijar en el caso concreto las consecuencias jurídicas que produce a la persona la comisión de un delito.¹²

El proceso de determinación de la pena no culmina con la emisión de la sentencia condenatoria, abarca también la etapa de ejecución, en la que se precisan las características cualitativas que tendrá la pena para el condenado. “Con la sentencia de condena comienza

¹⁰ Reinhart Maurach y Heinz Zipf, Derecho Penal Parte General, Volumen 1, Página 198, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.

¹¹ Luis Gracia Martin, Obra colectiva, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

¹² Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Página 223.

un proceso dinámico de determinación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena.”¹³



La pena abarca la fijación de la dosis de sanción y la ejecución de la misma. La ejecución forma parte de la pena.

Corresponde ahora precisar en qué consiste la ejecución de la pena, teniendo en cuenta para ello a la pena privativa de la libertad, dado a lo que se busca definir es la semi-libertad.

La ejecución de la pena privativa de la libertad tiene como fundamento al artículo 10 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; al artículo 5 inciso 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y al artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Perú que consagra como finalidad de la pena o de la ejecución de la pena, a la readaptación social.

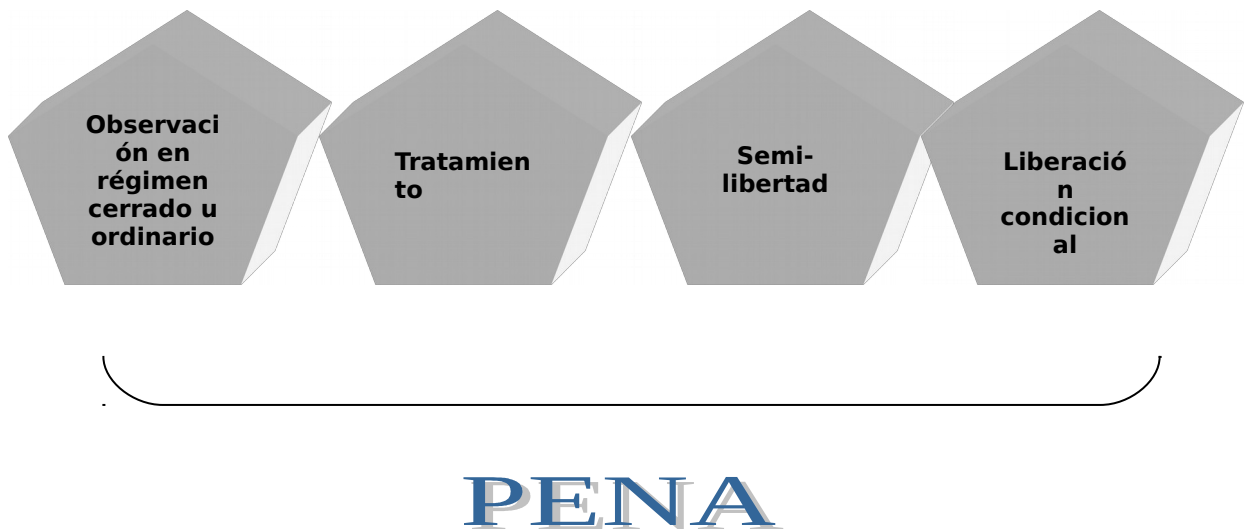
Podrá discutirse si la prevención especial es o no una función de la pena, pero se acepta unánimemente que gobierna a la ejecución de la sanción penal.

En el caso de la pena privativa de la libertad, la función de prevención especial exige el considerar que ésta se ejecuta a través de un régimen penitenciario que tiene por objeto la readaptación social del delincuente.

¹³ Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Página 223.

Las Normas II, IV y X del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal determinan que la pena privativa de la libertad se ejecuta a través de un régimen penitenciario progresivo.

El régimen progresivo es un sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad que tiene cuatro etapas:



Dado a que como se estableció anteriormente, la ejecución forma parte de la pena privativa de la libertad, sus etapas, como la semi-libertad o la liberación condicional, también integran a la sanción penal.

La semi-libertad es parte de la pena privativa de la libertad.¹⁴

SALT conceptúa que el régimen de semilibertad constituye una “modificación del contenido de la pena” que permite que el condenado goce, bajo ciertas condiciones, de libertad ambulatoria fuera del establecimiento carcelario. La semi-libertad tiene por finalidad permitir que el condenado pueda trabajar fuera del penal en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.¹⁵

La semi-libertad no es una institución “procesal material” o “administrativo penitenciaria”, es parte integrante de la pena privativa de la libertad, una forma distinta de ejecutarla, de allí que su otorgamiento solamente pueda ser dado por el juez y no por la administración pública, ya que constituye una modificación sustancial de la sanción penal.

Resulta pertinente advertir acerca de la confusión existente entre el proceso de ejecución del título ejecutivo que constituye la sentencia condenatoria y la ejecución penal, entendida en este caso, como la ejecución material de la pena privativa de la libertad.¹⁶

¹⁴ Jorge Kent, Sustitutos de la prisión, Página 78, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1987.

¹⁵ Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Páginas 243 y 244.

¹⁶ Carmen Navarro Villanueva, Ejecución de la pena privativa de la libertad, Páginas 105 a 110, J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2002.

El proceso de ejecución de la sentencia condenatoria esta regulado por normas procesales, pertenece al derecho procesal.

La ejecución material de la pena privativa de la libertad está regulada por normas penitenciarias, pertenece al derecho penitenciario o de ejecución penal.

La semi-libertad debe ser entendida a partir de la diferenciación establecida.

La petición de semi-libertad, el procedimiento que se sigue para tramitarla, la resolución judicial que la otorga o deniega, son objeto de normas procesales, corresponden al proceso de ejecución de la sentencia condenatoria.

La semi-libertad y los requisitos para ingresar a la misma son objeto de normas penitenciarias, pertenecen a la ejecución material de la pena privativa de la libertad.

Finalmente; siendo la semi-libertad parte de la pena, el hecho que determina la ley penitenciaria aplicable para fijar los requisitos que permiten ingresar a esta etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad, es el delito, por así exigirlo el principio de legalidad en su expresión nulla poena sine lege previa.

El principio constitucional nulla poena sine lege previa no solamente requiere que en el Código Penal se establezcan los marcos de pena que corresponde a cada delito, es necesario además que la ley anterior al hecho establezca las características cualitativas que tendrá la pena a imponer a la persona que cometerá un delito. ¹⁷

¹⁷ Marcos Gabriel Salt, Obra citada, Páginas 199 a 203.