

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS:

**“RESTRICCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA LOS CASOS
DE TRÁFICOS ILÍCITOS DE DROGAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 4 DE LA
LEY N° 26320 Y SU COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y
RESOCIALIZACIÓN”**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: MARCOS GONZALO CHOLÁN MALCA

Asesora:

M. Cs. EDITH IRMA ALVARADO PALACIOS

Cajamarca - Perú

2019

COPYRIGHT © 2019 by
MARCOS GONZALO CHOLÁN MALCA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

TESIS APROBADA:

**“RESTRICCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA LOS CASOS
DE TRÁFICOS ILÍCITOS DE DROGAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 4 DE LA
LEY N° 26320 Y SU COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y
RESOCIALIZACIÓN”**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

Presentada por:

Bachiller: MARCOS GONZALO CHOLÁN MALCA

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Edith Irma Alvarado Palacios
Asesora

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Jurado Evaluador

M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2019



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA – PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

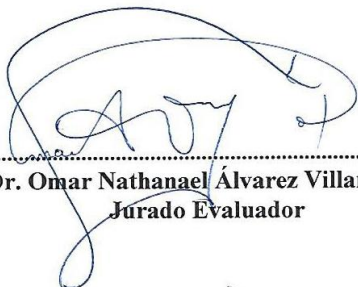
ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS


Siendo las 19:00 horas, del día 31 de mayo de dos mil diecinueve, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por el **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA, M.Cs. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL, M.Cs. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, en calidad de Asesora **M.Cs. EDITH IRMA ALVARADO PALACIOS**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **“RESTRICCIÓN DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA LOS CASOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, SEGÚN EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY N° 26320 Y SU COLISIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y RESOCIALIZACIÓN”**, presentada por el **Bach. en Derecho MARCOS GONZALO CHOLÁN MALCA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó..... **APROBAR**..... la mencionada Tesis con la calificación de **CATORCE (14)**.....; en tal virtud el **Bach. en Derecho MARCOS GONZALO CHOLÁN MALCA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Siendo las 20:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
M.Cs. Edith Irma Alvarado Palacios
Asesora


.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

A:

A mis padres Manuel y Lucila que están en el cielo, quienes me inculcaron buenos valores.

A mi esposa Olguita y mis hijas Valeria, Noelia, Sheryl y Odalis, quienes son el soporte de mi vida.

A mis hermanos Felipe, Julia y Luz Delfina, por el apoyo moral en mi vida académica y profesional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a DIOS, por la fortaleza que me da para hacer realidad esta aspiración.

A la M.Cs. Edith Irma Alvarado Palacios, por el valioso tiempo dedicado a orientar el presente trabajo.

Igualmente, mi agradecimiento a todas las personas que, de manera directa e indirecta, brindaron su colaboración desinteresada para hacer realidad la presente investigación.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
TABLA DE CONTENIDO	vii
ABSTRACT	x
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	6
1.3.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	6
1.4.OBJETIVOS.....	8
1.4.1. General	8
1.4.2. Específicos	8
1.5.DELIMITACIÓN.....	9
1.5.1. Espacial.....	9
1.5.2. Temporal	9
1.6.LIMITACIONES.....	9
1.7.TIPO Y NIVEL DE TESIS.....	9
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	9
1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación	10
1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan	10
1.8.ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS	10
1.9.MÉTODOS	11
1.9.1. Dogmático	11
1.9.2. Hermenéutico	11
1.9.3. Teleológico.....	11
1.10.TÉCNICAS.....	12
1.10.1. Observación documental.....	12
1.11.INSTRUMENTOS.....	12
1.11.1. Hoja guía	12
1.12.UNIDAD DE ANÁLISIS.....	12
1.13.UNIVERSO Y MUESTRA	13

1.14.ESTADO DE LA CUESTIÓN	13
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	14
2.1.FINALIDAD DE LA PENA	14
2.2.PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE RESOLVER SOLICITUDES DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS	22
2.3.EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU PRESENCIA EN LA REGULACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DE LA LEY Nº 26320.....	48
2.4.DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN OTRAS NORMAS QUE RESTRINGEN LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA CASOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS	52
2.5.BENEFICIOS PENITENCIARIOS	68
2.6.LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE BENEFICIOS PENITENCIARIOS	89
CAPÍTULO III:.....	94
RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	94
3.1.DISCUSIÓN DE RESULTADOS	94
3.2.CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	108
3.3.PROPOSTA NORMATIVA	110
CONCLUSIONES	119
RECOMENDACIONES	120
LISTA DE REFERENCIAS	121

RESUMEN

La formulación del problema de la cual partió la presente investigación fue: ¿Cuál es el efecto causado en los principios de igualdad y resocialización por la limitación para el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de pena, liberación condicional y semi-liberación para los condenados por los delitos contenidos en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297?; a partir de la cual se determinaron como objetivos específicos los siguientes: a) Establecer la relación entre los beneficios penitenciarios y el principio de resocialización; con referencia al derecho penal del enemigo; b) Determinar los efectos que causa sobre el principio de igualdad la discriminación negativa contenida en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320; c) Identificar la concurrencia del principio de razonabilidad en las medidas legislativas reguladas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320 y, d) Proponer la derogatoria de las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320, de corresponder. Todos los cuales fueron ejecutados teniendo a la investigación básica como el parámetro de ejecución, utilizando como alcance el explicativo y como tipo de análisis el cualitativo; a partir de lo cual, se ha determinado como técnica de recojo de datos a la observación documental que tuvo como correlato a la hoja guía y como métodos de interpretación a analítico-sintético, el dogmático y el hermenéutico; con los cuales, se ha obtenido como resultado que las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la ley 26320 lesionan el derecho a la igualdad, el principio de resocialización y el de razonabilidad.

Palabras clave: Derecho Penal, resocialización, beneficios penitenciarios, igualdad y razonabilidad.

ABSTRACT

The formulation of the problem from which the present investigation began was: What is the effect caused in the principles of equality and resocialization the limitation for access to penitentiary benefits of punishment redemption, conditional release and semi-release for those convicted of the crimes contained in articles 296 A, 296 B, 296 C and 297 ?; from which the following were determined as specific objectives: a) Establish the relationship between penitentiary benefits and the principle of re-socialization; with reference to the criminal law of the enemy; b) Determine the effects caused by the principle of equality, the negative discrimination contained in the first and third paragraphs of Article 4 of Law 26320; c) Identify the concurrence of the principles of reasonableness in the legislative measures regulated in the first and third paragraphs of article 4 of Law 26320 and, d) Propose the repeal of the legislative measures contained in the first and third paragraphs of the article 4 of Law 26320, if applicable. All of which were executed with basic research as the execution parameter, using the explanatory scope as a qualitative type of analysis; from which, it has been determined as a technique of data collection to the documentary observation that had as a correlate to the guide sheet and as methods of interpretation to analytic-synthetic, the dogmatic and the hermeneutic; with which, it has been obtained as a result that the legislative measures contained in the first and third paragraphs of Article 4 of Law 26320 injure the right to equality, the re-socialization and the principle of reasonableness.

Keywords: Criminal Law, re-socialization, penitentiary benefits, equality and reasonableness.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

La discusión de la categorización de los beneficios penitenciarios, ya sea como gracias otorgadas por la administración de justicia o como derechos que les asisten a los internos, ha generado multiplicidad de discusiones, cuyas soluciones pasan por la definición misma de su naturaleza y los alcances que tiene su contenido, visto desde la interpretación integral del ordenamiento jurídico.

Con lo dicho, se tiene que, para resolver cualquier problema específico surgido en torno a los beneficios penitenciarios, es menester, en primer orden, comprender el contexto normativo y jurisprudencial que existe sobre los mismos.

Así, su regulación legal se encuentra respaldada y fundamentada por el reconocimiento constitucional del "...principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad." (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 139, inciso 22).

Al respecto, está visto que este reconocimiento normativo constitucional se ha establecido a manera de principio; sin embargo, dado a que se encuentra consignado en la parte orgánica correspondiente a la función jurisdiccional, dicho principio puede y

debe ser tenido también como una obligación para los órganos de administración de justicia, quienes deben ejecutar las actuaciones correspondientes y tendientes al cumplimiento de los tratamientos resocializadores entendidos como la finalidad de la aplicación de la pena; asimismo, aquella obligación genera un derecho, el derecho del condenado de ser resocializado.

Este Derecho ha sido consignado en el propio Código de Ejecución Penal, norma que desarrolla el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, también en la parte de los principios, pues el artículo II de su Título Preliminar establece que “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad...” (Poder Ejecutivo, 1991).

Hasta este momento nos hemos referido a los principios y derechos relativos a la finalidad de la pena y que le asisten al condenado y al procesado en todo cuanto le favorezca; sin embargo, dichos principios pueden generar otras circunstancias jurídicas que no necesariamente deben ser tenidas como derechos pero que sí deben ser entendidas como gracias o concesiones derivadas de los derechos anteriormente señalados y, por tanto, los efectos que tengan los primeros, necesariamente alcanzan a los segundos.

Este grupo de gracias concedidas a favor de los condenados son los beneficios penitenciarios, que son el producto del grado de aceptación y participación que hayan tenido los condenados en las actividades de resocialización y que, según el Código de Ejecución

Penal; son los siguientes: 1.- Permiso de salida. 2.- Redención de la pena por el trabajo y la educación. 3.- Semi-libertad. 4.- Liberación condicional. 5.- Visita íntima. 6.- Otros beneficios. (Poder Ejecutivo, 1991, art. 42). Mismos que son entendidos como:

...garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno. En efecto, a diferencia de los derechos fundamentales, las garantías no engendran derechos subjetivos, de ahí que puedan ser limitadas. Las garantías persiguen el aseguramiento de determinadas instituciones jurídicas y no engendran derechos fundamentales a favor de las personas. Por otro lado, no cabe duda de que aun cuando los beneficios penitenciarios no constituyen derechos, su denegación, revocación o restricción de acceso a los mismos, debe obedecer a motivos objetivos y razonables... (Caso Jesús Pascual Ramos Ticona, 2005).

Pues bien, respecto de estos, la ley 26320, artículo 4, prevé que la posibilidad de que “Los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previstos en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, se acojan a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad”; dicha norma, lejos de fijar una situación diferenciadora que beneficie a los condenados por del delito de tráfico de drogas, constituye una discriminación negativa para este tipo de delincuentes, quienes, al atravesar más de una condena no podrán acceder a más beneficios penitenciarios.

Esta diferenciación es producto del aceptado derecho penal del enemigo que, ocasionalmente, pone en marcha nuestro Estado, a fin de sancionar al delincuente no solamente por el hecho cometido sino por la gravedad que reviste dicha actuación para la sociedad; es así que, el tercer párrafo del mencionado artículo 4, establece que:

“Los beneficios previstos en este artículo no alcanzan a los sentenciados por los delitos contemplados en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal.” (Congreso de la República, 1994).

Como se ve, nuevamente se hace una diferenciación de los condenados por el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, concretamente en los subtipos contenidos en los artículos 296 A (Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva), 296 B (Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados), 296 C (Penalización de la resiembra) y 297 (Formas agravadas), quienes no podrán acceder a los beneficios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, regulados tanto en la presente ley como en el Código de Ejecución Penal, quedando a salvo la posibilidad de que accedan al beneficio de visita íntima y al de permiso de salida.

Así, ocurre que según el mencionado artículo 4, en su primer párrafo, los condenados por los delitos tipificados en los artículos 296 (Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros), 298 (Microcomercialización o microproducción), 300

(Suministro indebido de droga), 301 (Coacción al consumo de droga) y 302 (Inducción o instigación al consumo de droga) del Código Penal no podrán acceder a los beneficios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, si son reincidentes. Asimismo, los condenados por los delitos tipificados en los artículos 296 A (Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva), 296 B (Tráfico ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados), 296C (Penalización de la resiembra) y 297 (Formas agravadas); nunca podrán gozar de dichos beneficios penitenciarios.

1.1.2. Descripción del Problema

En consecuencia, pese a que los beneficios penitenciarios en sí mismos no constituyen derechos, los principios que los inspiran sí lo son, tal como el derecho del condenado de ser resocializado y, siendo que los beneficios penitenciarios son alicientes para el cumplimiento de las actividades de resocialización, así como premios a la participación activa en dichas actividades; en el presente caso se termina por afectar el derecho de dichos condenados a ser premiados por su participación activa; así mismo, se realiza una discriminación negativa respecto de los condenados por haber lesionado otros bienes jurídicos de igual o mayor importancia como es el caso de los condenados por homicidio simple que lesiona el bien jurídico vida; restricción o discriminación que únicamente puede realizarse bajo el respeto de los principios de equidad y razonabilidad.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuál es el efecto en los principios de igualdad y resocialización generados con la limitación para el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de pena, liberación condicional y semiliberación para los condenados por los delitos de Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades de Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva (296 A del Código Penal); Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (296 B del C.P); Penalización de la resiembra (296 C del C.P), y las Formas agravadas (297 del C.P)?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada tiene una justificación teórica y práctica, dado que permitirá determinar la deficiencia del artículo 4° de la Ley N° 26320, la misma que afecta la Libertad del Sentenciado, por cuanto unas veces restringe y en otras prohíben el acceso a beneficios penitenciarios en caso de Tráfico Ilícito de Drogas. Así mismo, pretendo demostrar que la indicada Ley colisiona principios constitucionales y legales.

La Constitución Política establece los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del condenado a la sociedad, por lo que este objetivo que prescribe nuestra Carta magna no se cumple si mediante Leyes se restringe tales principios, razón por la cual pretendo su modificatoria.

Los Beneficios Penitenciarios surgen como instituciones jurídicas de refuerzo a la progresividad del tratamiento resocializador, tendientes a generar en los internos un estímulo para la adopción de actitudes de readaptación; permitiendo adicionalmente mejorar las condiciones para el desarrollo de las interrelaciones dentro de los establecimientos penitenciarios.

En la actualidad predomina la tendencia de irrogarse la exclusividad, como la finalidad y efectos de los beneficios penitenciarios, la obtención anticipada de la libertad por parte de los penados, para lo cual se pretende considerar que los beneficios que tienen tal efecto constituyen «incentivos» indesligables de la función rehabilitadora del tratamiento penitenciario; visión parcial marcada de utilitarismo despenalizador que no considera en su real magnitud la función y variedad de efectos de los beneficios en comento, lo cual motiva percepciones distorsionadas con respecto a su naturaleza jurídica.

En virtud de lo antes expuesto, sostenemos que por su naturaleza los Beneficios Penitenciarios como instituciones penológicas constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes de readaptación de los penados, cuya regulación debe guardar congruencia con la función integral que nuestro sistema penal le asigna a la pena, por lo que corresponde al Estado graduarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal, resultando imperativo el establecimiento de un

marco de principios intangibles que a modo de vigas maestras limiten la discrecionalidad de la decisión política respecto de ellos.

Finalmente, es importante investigar el presente tema por cuanto restableceríamos derechos conculcados del sentenciado por el delito de tráfico ilícito de drogas, y de esta manera haremos prevalecer el Principio de Igualdad de las personas ante la ley.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. General

Determinar el efecto causado en los principios de igualdad y resocialización por la limitación para el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de pena, liberación condicional y semiliberación para los condenados por los delitos contenidos en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297.

1.4.2. Específicos

- A. Establecer la relación entre los beneficios penitenciarios y el principio de resocialización; con referencia al derecho penal del enemigo.
- B. Determinar los efectos que causa sobre el principio de igualdad la discriminación negativa contenida en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320.
- C. Identificar la concurrencia de los principios de razonabilidad en las medidas legislativas reguladas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320.

D. Proponer la derogatoria de las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafo del artículo 4 de la Ley 26320, de corresponder.

1.5. DELIMITACIÓN

1.5.1. Espacial

La presente investigación es de tipo básica, teórica – dogmática, motivo por el cual no tiene delimitación espacial.

1.5.2. Temporal

La presente investigación es de tipo básica, teórica – dogmática, motivo por el cual no tiene delimitación temporal.

1.6. LIMITACIONES

La investigación no contó con limitación alguna para su desarrollo.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

De acuerdo al fin que persigue, la investigación es de tipo básica, habida cuenta que únicamente realizará una revisión sistemática de las fuentes formales que existen en torno a los temas de beneficios penitenciarios, tráfico ilícito de drogas, derecho penal del enemigo, principio de resocialización, principio de equidad y razonabilidad y proporcionalidad; omitiendo cualquier aspecto aplicativo de la tesis, sin que medie manipulación de variables ni estudios inductivos.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la investigación

De acuerdo al diseño de la investigación, el presente trabajo es correlacional, debido a que busca ponderar algunos principios generales del derecho penal con los principios y valores que inspiran la restricción de beneficios penitenciarios a los condenados por el delito de tráfico ilícito de drogas, en los tipos penales de los artículos 296, 296 A, 296 B, 296 C, 297 y 298. Por otro lado, también es propositiva en cuanto se propuso una modificación o una derogación de la Ley 26320, una vez comprendidas las implicancias de la ponderación anteriormente señalada.

1.7.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

De acuerdo a los métodos y procedimientos utilizados la investigación es cualitativa, puesto que los métodos utilizados fueron meramente analíticos y deductivos, en el caso específico, relativos a la interpretación hermenéutica y dogmática; en cuanto a las técnicas de recolección de datos no fomentaron la ejecución de una investigación empírica y menos experimental y numérica, sino solamente la revisión sistemática de fuentes formales, tales como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad.

1.8. ELABORACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Existe una vulneración de los principios de igualdad y de resocialización con la regulación establecida en los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley 26320 sobre delitos de Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades de Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su

siembra compulsiva (296 A del Código Penal); Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (296 B del C.P); Penalización de la resiembra (296 C del C.P), y las Formas agravadas (297 del C.P).

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Dogmático

Dado que la investigación necesitó determinar los extremos de los principios de resocialización, equidad y razonabilidad que son contrastables con los valores que inspiran la discriminación negativa realizada en contra de los condenados por los delitos contenidos en los artículos 296, 296 A, 296 B, 296 C, 297 y 298; para ello se tuvo en cuenta los contenidos dogmáticos de cada una de las figuras contempladas, a partir de los cuales se sistematizó una nueva propuesta dogmática producto del óptimo definido en la comparación antes dicha.

1.9.2. Hermenéutico

Este principio fue utilizado para la comprensión de los textos normativos y jurisprudenciales utilizados en la revisión sistemática que ha producido la presente investigación.

1.9.3. Teleológico

A fin de comprender las finalidades propias de los beneficios penitenciarios y si éstas se encuentran siendo afectadas por la discriminación negativa realizada en contra de los condenados por los delitos contenidos en los artículos 296, 296 A, 296 B, 296 C, 297 y 298.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación documental

Pues el trabajo estuvo compuesto principalmente por la revisión sistemática de fuentes formales tales como la doctrina, la jurisprudencia, la normatividad y las teorías relativas a la finalidad de la pena, el principio de resocialización, el principio de equidad, el principio de razonabilidad y el de ponderación, así como, los beneficios penitenciarios; en este entendido, la única técnica de recojo de datos utilizada es la observación documental.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja guía

Instrumento que constituye el correlato de la técnica de la observación documental y que ha servido para sistematizar debidamente la información obtenida, así como para facilitar su análisis.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS

Las unidades de análisis son: Los principios de resocialización, equidad y razonabilidad; así como, los beneficios penitenciarios y el primer y tercer párrafo de la Ley 26320.

1.13. UNIVERSO Y MUESTRA

La presente investigación es básica, dogmático-teórica, motivo por el cuál no tomará datos empíricos no experimentales, lo que impide fijar universo y muestra.

1.14. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Esta investigación no encontró antecedentes directos de estudios, tratados o investigaciones acerca del tema específico a desarrollar, se afirma esto después de haber revisado las diversas bases de datos de las Universidades privadas y nacionales, tales como la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Mayor de San Marcos, la Universidad San Martín de Porres, la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, la Universidad Alas Peruanas, la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad Privada del Norte, la Universidad Privada Antenor Orrego, a través de sus portales virtuales y, en el caso de las Universidades Antonio Guillermo Urrelo y San Pedro de la ciudad de Cajamarca en sus respectivas bibliotecas; así como, en la biblioteca de Derecho y Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. FINALIDAD DE LA PENA

El primer punto que se tiene que desarrollar es sobre la finalidad que cumple la pena, puesto que es imprescindible para efectos de poder establecer con claridad cuáles son y, si estos están siendo cumplidos por la norma cuestionada. En ese sentido, se lleva a cabo un estudio empezando desde una perspectiva general y se aterriza de forma más profunda en el estudio de la teoría de la prevención especial positiva.

La naturaleza y función de la pena, como enseña el jurista alemán Hans Welzel, se manifiesta en dos aspectos: “por una parte, desde el condenado que la sufre y desde los terceros que asisten a su aplicación (aspecto personal); por otra parte, desde el Estado que la dicta (aspecto formal)” (Welzel, 1956, pág. 233).

Según lo dicho, a pesar de la existencia de variedades y nombres que se ha dado a los fines de la pena, para efectos de este trabajo se toma en cuenta cuatro teorías, a saber: prevención general positiva y negativa y prevención especial positiva y negativa.

2.1.1. Prevención General Negativa

La ejecución o aplicación de la pena es la que rige la construcción de la teoría de la prevención general negativa pues “...se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegido” (García Caveró, 2015, pág. 98).

Desarrollando esta teoría, Feuerbach definió a la pena como una advertencia estatal capaz de influenciar en los miembros de la sociedad para impedir que cometan delitos, según el autor, "...la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo..." (Feuerbach, 2007, pág. 13).

Esta advertencia que se pretende introducir en la sociedad, según esta teoría, requiere de dos aristas fundamentales, en primer lugar, supone que la advertencia sea pública, es decir, que las normas promulgadas sean públicas, esta publicación se hace a través del diario oficial del Estado. Supuesto que no es acorde con la realidad, debido a que las personas de un país no acostumbran a seguir con interés las normas publicadas, por lo que la presunción es válida en términos formales, incluso en términos técnicos, pero no en términos reales.

En segundo lugar, tiene que ver con la estructura de la norma penal que debe estar compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica perfectamente entendible y cognoscible por el ciudadano común. Esto se refiere al principio de tipicidad. Más allá de que formalmente se respete esto, el potencial delincuente de una sociedad no se detiene a revisar el Código Penal antes de cometer el ilícito penal para decidir si lo lleva a cabo o no o para enterarse de la sanción que podría recibir, puesto que la comisión del delito depende de factores distintos al estudio de la

normatividad y porque el delincuente actúa bajo el supuesto de que nunca será atrapado *in fraganti*.

Sin perjuicio de lo mencionado, esta teoría no se relaciona con los beneficios penitenciarios cuyo plano es el particular, el especial, y son de interés del delincuente ya condenado y que se encuentra recluido en un centro penitenciario, en el contexto de su reeducación, rehabilitación y posible reinserción en la sociedad.

2.1.2. Prevención General Positiva

Esta teoría es fundamentadora y ampliadora de la intervención del derecho penal, "...enlaza con una tradición que confiere al Derecho Penal la conformación de valores morales en la colectividad..."

(Welzel, 2009, p. 242).

Así, en términos generales puede señalarse que, al igual que la prevención general negativa, la prevención general positiva postula la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pero se diferencian en el fin que le otorgan al castigo penal. Ello, porque para la prevención general negativa, por medio del carácter disuasorio de la conminación penal y de la consiguiente aplicación de la sanción al culpable, se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión, que se supone normal y espontánea, contra el injusto, contribuyendo con ello, además, a poner coto a la predisposición delictiva latente en la colectividad. A diferencia de ello, en la prevención general positiva la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, de los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que los acate y los asuma como propios. (Durán, 2016)

En ese sentido, se otorga a la pena la cualidad de facilitar la conservación del orden, ya sea desde la emisión o dación del derecho penal objetivo, su interpretación jurisdiccional o, su

ejecución a través de un sistema penitenciario; dicha conservación se consigue con el respaldo o legitimidad que éste gana de la población a mostrarse funcional (Sangay, 2017).

Tal parece que esta teoría es intervencionista o lesiva de la libertad de los seres humanos, en tanto busca “imponer a los ciudadanos valores ético-sociales de carácter elemental” (Silva, 1992, p. 27).

Por tanto, la prevención general positiva no depende directamente de las actuaciones de los ciudadanos como particulares, sino de la actuación de los organismos públicos encargados de la construcción y ejecución del sistema penal, de quienes depende su eficiencia y efectividad, pues son estas dos últimas características las que dotarán al ciudadano de una percepción positiva hacia la protección de su integridad.

2.1.3. Prevención Especial Negativa

“Consiste en apartar al sujeto que infringió la norma para que no siga dañando a la sociedad. O bien, lo neutralizamos a fin de volverlo inofensivo y no vuelva a cometer otro hecho punible al recuperar su libertad” (Sangay, 2017, p. 47).

La prevención especial negativa admite que la sanción penal es un mal que será beneficioso para la sociedad. Se acercaría este tipo de prevención especial peligrosamente hacia la retribución (Foucault, 2002).

Según esta teoría, es viable pensar y aceptar como pena alternativa a la pena privativa de libertad perpetua, la pena de muerte; idea que, sin duda alguna difiere con los nuevos pensamientos penales humanistas. Cabe mencionar que, como sistema, este tipo de prevención, tuvo una fuerte influencia de la original idea de resocialización, "...la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta (...) a la que se le criticó por llevar a penas indeterminadas o muy severas..." (Roxin, 2009, p. 16) debido a que solo se daba fin a la reclusión del reo siempre y cuando haya alcanzado la resocialización.

Asimismo, este tipo de prevención tuvo como característica por mancillar a las personas imputándole su carácter de delincuente a partir de características físicas, ámbito social, entre otras circunstancias que pretendían dotar de científicidad al Derecho Penal, característica que lo único que consiguió fue destruir un principio pilar del derecho penal, esto es, el de presunción de inocencia, así como perjudicar ilegítimamente a los supuestos delincuentes.

2.1.4. Prevención Especial Positiva

A pesar de los orígenes enredados que tuvo esta teoría, en virtud del positivismo y las equivocadas ideas del delincuente como sujeto que ostenta una patología social, actualmente, la teoría especial positiva busca rehabilitar, reeducar y reinsertar al delincuente en la

sociedad, como fin de la pena y no, como ocurría anteriormente, con las medidas de seguridad.

Zaffaroni (2006) critica a este tipo de prevención su falta de limitación, además, no es posible considerar que por medio de la sanción penal impondremos unas reglas que beneficiarán al sujeto infractor de la norma penal, porque no tendría sentido juzgar la conducta si aplicáramos un bien.

A pesar de la crítica que realiza Zaffaroni a esta teoría, el aporte del profesor argentino, respecto a la pena puede resumirse en que ésta no consigue los fines establecidos por la dogmática penal y reconocidos en la parte general de los códigos penales latinoamericanos, por distintos aspectos a los que se llegará a continuación.

Zaffaroni (1999) considera que la pena es utilizada como medio de poder de los Estados ya que ninguna de las teorías de la pena ha funcionado, pues no se ha llegado a establecer su fin y función en nuestra sociedad; en consecuencia, la pena sólo es un instrumento de poder punitivo. Como tal, no tiene justificación jurídica.

En ese tenor, la pena es un acto de poder que sólo tiene explicación política. Por ello, así configurada, la pena no podría aspirar a fundamentar su concepto en racionalidad alguna, pues no puede explicarse más que como una manifestación de ese poder. No siendo la pena racional, ésta solo puede distinguirse de las restantes sanciones jurídicas por exclusión.

Cabe mencionar que, toda sanción jurídica (privativa de libertad, restrictiva de derechos, gravosa económicamente) o imposición de dolor a título de decisión de una autoridad, que no encaje dentro de los modelos abstractos de solución de conflictos de las otras ramas del derecho, es una pena. (Sangay, 2017)

Con lo dicho, la prevención especial, como menciona Velásquez Velásquez, “es el resultado del conjunto de procedimientos que propenden por la reinserción del reo en sociedad.” (1995, p. 100). Lo que se busca con la pena, según esta teoría, es que el sentenciado, después de cumplir su condena, no vuelva a delinquir, es decir, lleve una vida sin volver a cometer delito; solo con ello se podría decir que la pena ha cumplido con su finalidad.

En ese sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano a través de su jurisprudencia, en el que considera a la teoría de la función de prevención especial positiva de la pena como un principio del ordenamiento jurídico penal penitenciario, el mismo que tiene por objeto la “(...) la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (STC. N. 803-2003-HC/TC, 2004).

En la misma sentencia, el Intérprete de la Constitución, señala que, al ser un principio constitucional penitenciario, se concibe como un “mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al

legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas (...)" (STC. N. 803-2003-HC/TC, 2004).

Si bien es cierto, en la actualidad, esta teoría se concibe, como el propio Tribunal Constitucional peruano lo ha indicado, de forma tal que se busca la resocialización del condenado, esta forma de percibirla no fue vista desde sus inicios; puesto que la resocialización, en principio, se utilizó para definir los procedimientos y tratamientos que se debería llevar a cabo a nivel de ejecución de la pena y de las medidas de seguridad, (Racca, 2014, pág. 3) desde esta postura original, se cambió de dirección el análisis, que en un principio se centraba en los fines de la pena, para volcarse la atención hacia la persona que había cometido el delito, a quien se buscaba tratar, curar, recuperar a través de un programa resocializador. (García Pablos de Molina, 1979, pág. 649).

Es así que, en la resocialización, se concebía al delincuente como el portador de una patología social que, bajo tratamiento médico, podría reinsertarse a la sociedad; esta manera de ver al delincuente sin duda era discriminadora, es más, en el estudio de Lombroso, luego de "...la realización de más de 400 autopsias y 6000 entrevistas con criminales (detenidos lógicamente), logra afirmar que se trata de personas involucradas (...) etiqueta al delincuente nato como aquel que posee ciertos rasgos atávicos..." (Racca, 2014, p. 9).

De las cuatro teorías desarrolladas, la última de ellas, impone un principio reconocido constitucionalmente, este es el de resocialización, principio que se desarrolla a continuación.

2.2. PRINCIPIOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE RESOLVER SOLICITUDES DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Como bien se sabe, los principios son aquellas máximas que se erigen sobre un determinado ordenamiento jurídico, en virtud de los cuales se busca una correcta aplicación del derecho. En ese sentido, los principios son determinantes para una correcta interpretación de las normas, es decir, sirve como directrices del ordenamiento jurídico que forman parte.

Para efecto de este trabajo, se desarrollan dos principios que, dada su importancia con el objeto de la investigación, son imprescindibles de desarrollar, estos son; el principio de resocialización derivado de la teoría de prevención especial positiva de la pena y, el principio de igualdad que no solo es empleado en el derecho penal penitenciario, sino que es un principio que se encuentra presente en todas las ramas del derecho.

2.2.1. Principio de Resocialización

A. Conceptualización de Resocialización

Este principio deriva directamente de la finalidad de la pena como prevención especial positiva, según el cual, la pena tiene como finalidad buscar la reinserción del condenado a la sociedad.

En ese sentido, la función resocializadora que hoy conocemos, contiene una base histórica, debido que como menciona Gonzalo Gutiérrez,

...ya en el siglo XVIII se pretendía que las penas fuesen moderadas y proporcionales a los delitos; surgiendo desde entonces la idea de la penitenciaría, de la cárcel. Con el surgimiento de la cárcel, cambió también la finalidad con que se aplicaban las penas (corrección); de allí entonces surge la idea de la resocialización que se funda en la premisa de cambiar (o mejorar) a un sujeto. (2015, pág. 78)

El profesor argentino, Eugenio Zaffaroni, entiende a la resocialización como “un proceso de personalización en el cual, a partir de un trato humano y lo menos desagradable posible, tiende a disminuir el nivel de vulnerabilidad del condenado frente al sistema penal” (1995, pág. 147).

Definiendo a la resocialización, desde ámbito gramatical, se tiene que está compuesta por el pre fijo “re” y la palabra “socialización”, en esa secuencia, previamente se tiene que definir a la palabra que da origen a la resocialización, es decir, la socialización; entendida como el proceso por el cual el “ser humano aprende a ser miembro de la sociedad, esto es, a que los demás le perciban como tal y que uno mismo se identifique como parte de esa sociedad, implica, en lo esencial, la adopción de una cultura común” (Martínez Blanch, 2014, pág. 27). Con la socialización, la persona interioriza las costumbres que se llevan a cabo en la sociedad en la que habita, asimismo, hace suyo las creencias, valores y sobre todo las normas que regulan las

interacciones subjetivas de los ciudadanos. Esto último es importante, dado que vivir en sociedad implica respetar los derechos del resto de personas. El otro punto a tener en cuenta es el prefijo “re”, según la Real Academia de la Lengua Española, significa “repetición, volver a” (2018); pues bien, en este caso lo que indica el prefijo “re” es una segunda oportunidad de socialización que se le brinda al condenado, que previamente había vulnerado las normas de que rigen en la sociedad.

B. El Principio de Resocialización en los Instrumentos Internacionales

Este principio, escapa de los ordenamientos jurídicos internos de los países, siendo que forma parte del Derecho Internacional; por lo que obliga a los Estados a aplicarlo, a pesar de no tenerlo reconocido expresamente en su derecho interno.

Así, se encuentra reconocido en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.” (Naciones Unidas, 1966).

El artículo 5.6 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los

condenados.” (Organización de Estados Americanos, 1969). Estos instrumentos de derecho internacional, identifican como finalidad de la pena a la resocialización. Instrumentos que comprometen a los Estado partes a adoptar las medidas necesarias, ya sean legislativas, administrativas y judiciales para cumplir con tal fin. En ese sentido, los Estados a través de sus órganos de gobierno y todo el aparato estatal, en general se encuentran vinculados con este principio; en consecuencia, deben optar por medidas que realicen materialmente la resocialización del recluso.

C. La Resocialización como principio del ordenamiento jurídico peruano

Además de estar reconocido internacionalmente, este principio se encuentra establecido como tal en la Constitución Política del Perú, de la siguiente manera “...principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.” (Congreso Constituyente Democrático, 1993, art. 139, inciso 22).

Cabe resaltar, que este reconocimiento normativo constitucional ha establecido a la resocialización en forma de principio; así mismo, teniendo en cuenta su ubicación en la norma fundamental, en la parte orgánica, correspondiente a la función jurisdiccional, dicho principio puede y debe ser tenido también como una obligación para los órganos de administración de

justicia, quienes deben ejecutar las actuaciones correspondientes y tendientes al cumplimiento de los tratamientos resocializadores entendidos como la finalidad de la aplicación de la pena.

A su vez, el Código de Ejecución Penal, norma que desarrolla el artículo 139, numeral 22, de la Constitución, también en la parte de los principios, pues el artículo II de su Título Preliminar establece que “La ejecución penal tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad...” (Poder Ejecutivo, 1991).

En ese mismo sentido lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando señala que de:

Una interpretación conjunta del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución y el artículo 10.3 del Pacto, tal como lo dispone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, permite sostener que la resocialización de un penado exige un proceso (un “tratamiento” –en los términos del Pacto–, reeducativo –en los términos de la Constitución–), orientado a un objeto o fin, a saber, su rehabilitación y readaptación social, que permita asegurar su aptitud para ser reincorporado a la comunidad. (STC. N. 0012-2010-PI/TC, 2011, pág. Fj. 67)

Siguiendo con el desarrollo de este principio, el Tribunal señala que “es claramente una norma de fin, puesto que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen orientado al cumplimiento de una finalidad” (STC. N. 0012-2010-PI/TC, 2011, pág. Fj. 69). Ciertamente la finalidad a

la que se hace referencia en la sentencia, es la finalidad de la pena entendida como la de resocializar al condenado.

Entonces, este principio, por tener esta calidad, obliga a los órganos estatales encargados de la ejecución de la pena, sobre todo al poder legislativo, a poner en marcha y asegurar cumplimiento de la reinserción social del condenado, teniendo como base al principio-derecho de dignidad, inherente a cada persona. En ese tenor, la dignidad de cada individuo evita que, una vez recluso en un centro penitenciario sea tratado como cosa.

Es la situación en la que se encuentra el condenado, recluso en un centro penitenciario, es de indefensión, “dada la imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales por sus propios medios, la defensa de la persona humana y la legitimidad del régimen penitenciario le impone al Estado el cumplimiento de determinados deberes jurídicos positivos” (Small Arana, 2016, pág. 363).

Es necesario resaltar que el principio de resocialización, impone un deber al Estado, en ese sentido se ha pronunciado el Máximo Intérprete de la Constitución, señalando lo siguiente:

...en el régimen penitenciario el Estado no solo asume el deber negativo de abstenerse de llevar a cabo prácticas que afecten innecesariamente el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos, sino que también asume el deber positivo de adoptar todas las medidas necesarias y útiles para garantizar la efectividad real de aquellos derechos

fundamentales que pueden ser ejercidos plenamente aún bajo condiciones de reclusión. (STC. N. 1575-2007-PH/TC, 2009).

El profesor Germán Small, comentando esta sentencia recalca la importancia de los beneficios penitenciarios que se pueden ejercer, a pesar de estar reclusos, tales como la visita íntima, visita de familiares y amigos, puesto que éstos forman parte fundamental para garantizar “(...) la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario” (2016, pág. 363).

En fin, el principio de resocialización, aunque suene reiterativo, cumple, en primer término, como limitación y a la vez como orientación hacia las autoridades estatales encargadas del sistema penitenciario nacional, específicamente a los órganos encargados de emitir normas, ya sea el poder legislativo o el poder ejecutivo, cuando este haya sido facultado para tal fin.

En segundo lugar, por su característica de principio, cumple la función de guiar a la hora de la interpretación de las normas que rigen en el derecho de ejecución penal, verbigracia, el código de ejecución penal. Para efecto de la interpretación que realicen los órganos del Estado, tanto a nivel administrativo, como el Instituto Nacional Penitenciario del Perú, o a nivel Judicial, en el caso en concreto, los Juzgados Penales Unipersonales, como competentes de resolver las incidencias de beneficios penitenciarios. (Poder Ejecutivo, 2004, pág. Art. 28).

Con lo dicho, se puede ver que este principio, tanto como orientador de políticas que cumplan con la finalidad de resocializar al condenado, así como al momento de interpretar las normas, acapara a todo el aparato estatal, a través de sus diferentes órganos.

2.2.2. El test de igualdad en relación a la aplicación de los beneficios penitenciarios

Tradicionalmente se hace diferencia entre la igualdad ante la ley o igualdad formal y la igualdad en la ley o igualdad material, dos conceptos que van a ser utilizados indistintamente en la presente tesis, no obstante, para efectos de identificar en qué momento existe referencia al uno o al otro, el primer punto a desarrollar es esta diferenciación cuyos efectos incluyen en la consideración de la igualdad.

A. Previo tratamiento de la igualdad formal y la igualdad material

La primera definición formal del derecho – principio de igualdad surgió en el siglo de la ilustración con las formulaciones teóricas de aquellos entendidos que inspiraron la época revolucionaria; en el contexto de rechazo de las costumbres del *ancie regime*, la eliminación de los privilegios de la nobleza y el clero y la institución de los principios de libertad, igualdad y fraternidad como los nortes de la revolución francesa (Carmona Cuenca, 1994).

La igualdad, en ese contexto, se estableció como una de las formas más eficientes de asegurar que la regulación normativa de la época propiciara la generalidad de las disposiciones, su aplicación en identidad de términos para todos los ciudadanos del nuevo Estado Liberal, eliminando los privilegios de los estados privilegiados y propiciando la reivindicación de los derechos del tercer estado (Siéyes, 1989).

No obstante, esta perspectiva de la igualdad como un derecho formal, como una obligación del legislador por emitir normas que, al menos en apariencia, reconocían derechos generales y vistos desde la perspectiva abstracta, es decir, una igualdad ante la ley, en la Francia primigenia no funcionaba en términos reales, es por ello que los tratados como el de Emmanuel Siéyes, que tenían más un corte material que formal, entre otras experiencias sociales, fueron propiciando paulatinamente que la igualdad reconocida, aparentemente, ante la ley, se aplicara en cada situación fáctica, lo que genera una obligación ya no tanto para el poder legislativo, sino del ejecutivo que, con su aparato administrativo, deben cuidar que las normas sean administradas en términos de equidad a los individuos (Serrano González, 1985).

Esta diferenciación que se ha gestado de manera evolutiva a través de la historia jurídico – política, alcanzó una formulación puramente jurídica con el maestro Gerhard Leibholz (1959),

quien estableció que la igualdad significa "...el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho..." (Leibholz, 1959, pág. 16); de esta manera, el autor condensa los dos extremos del derecho a la igualdad, tanto desde el aspecto normativo, lo que implica la participación del poder legislativo y cualquier poder delegado encargado de producir normas, como del aspecto administrativo, pues si bien la igualdad debe ser reconocida en todas las circunstancias de la vida diaria, corresponde una obligación de los funcionarios del gobierno, ya sea de la rama administrativa o jurisdiccional, el conseguir que sea respetada de manera irrestricta; tómesese en cuenta que en la actualidad las funciones públicas se encuentran tan diversas que conviene recalcar que cualquiera de los funcionarios o servidores o empleados que las ejerzan tiene la obligación de tomar en cuenta dichos principios para la interpretación de otros derechos o en una situación concreta en el que se lo invoca.

El Tribunal Constitucional Peruano también ha adoptado esta clasificación y, en múltiple jurisprudencia ha establecido los lineamientos para su diferenciación; siendo la primera de dichas sentencias la expedida en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, en la que se establece que:

...el derecho a la igualdad tiene dos fases. La primera de ellas, la igualdad ante la Ley, está referida a la necesidad de una aplicación igualitaria de la Ley a todos aquellos que se encuentren en una misma situación de hecho prevista por la norma; la segunda, la igualdad en la Ley, está referida a la imposibilidad de un órgano de modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, por lo que, al apartarse de un precedente, el órgano en cuestión debe necesariamente justificar tal decisión. En el caso de autos la alegación de la demandante está referida a la vulneración de su derecho a la igualdad ante la Ley. (Caso José Miguel Morales Dasso, 2005)

Como puede observarse de la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, realiza un matiz del principio clásicamente construido y, establece el ámbito de la igualdad ante la ley, no solo como una obligación del legislador de regular en términos de equidad, sino que, además, extiende el concepto a la propia aplicación de la ley de una manera igualitaria a todos aquellos que se encuentren en la misma situación; es decir, que la igualdad ante la ley también la ubica en términos de concreción pero más generales y, además, introduce la noción de equidad que será discutida en el siguiente acápite.

Por otro lado, respecto de la igualdad en la ley, el Tribunal Constitucional la establece como una obligación de comportamiento de los gubernamentales por la que, se encuentra en imposibilidad de modificar arbitrariamente los términos de sus decisiones en dos casos que sean sustancialmente iguales; lo que resulta un tanto innovador dada la prohibición de aplicación analógica de la ley que existe en el

ordenamiento jurídico peruano pero que, asegura uniformidad en las decisiones tomadas por cualquiera de los órganos de la administración pública, la administración judicial, e incluso con efecto para todos los organismos constitucionalmente autónomos, los organismos reguladores y todos aquellos que tengan la posibilidad de tutelar un derecho o reconocerlo.

Tanto la igualdad ante la ley como la igualdad en la ley son principios que protegen la regulación relativa a los beneficios penitenciarios, recuérdese que éstos se encuentran establecidos en el Código de Ejecución Penal (1991) y que, en términos generales lleva inserto el principio de igualdad ante la ley, pero en el sentido de equidad, pues, incluso la contabilización de la redención de la pena por trabajo o educación tiene un nivel de cálculo, de acuerdo al reproche social con el que cuenta el delito cometido, es por ello que el artículo 44 del Código de Ejecución Penal (Poder Ejecutivo, 1991), establece distintos parámetros, de acuerdo con la ubicación del interno en las etapas de mínima y máxima seguridad.

Empero, dicha diferenciación está justificada en diversas circunstancias señaladas en el Reglamento del Código de Ejecución Penal, de la siguiente forma:

...la clasificación del interno en cualquiera de las 3 etapas, se tendrá en cuenta su situación jurídica, el delito imputado, las circunstancias en que se hubiere

cometido, su condición de líder o cabecilla de organización delictiva, así como su comportamiento y antecedentes en el establecimiento penitenciario de procedencia...” (Ministerio de Justicia, 2003)

Entonces, la diferenciación en el otorgamiento de los beneficios penitenciarios, tal y como ocurre en este caso y otros definidos en el Código de Ejecución Penal y su reglamento, está ya debidamente definida y se establece según el delito imputado, lo que ubica al interno en una de las etapas de mínima y máxima seguridad, las circunstancias en que ha sido cometido, si se trata del líder o cabecilla de una organización delictiva, su comportamiento en el establecimiento penitenciario y los antecedentes en el establecimiento de procedencia, de ser el caso; motivo por el que carece de razonabilidad y lesiona el derecho a la equidad realizar nuevas diferenciaciones, más penosas, en el caso de determinados delitos, siendo que éstas ya están contempladas por este artículo; más aún, si se elimina toda posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios, pretendiendo establecer bienes jurídicos capaces de justificar la negativa absoluta a dichos beneficios.

B. La igualdad en términos de equidad

El derecho – principio de igualdad, ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico peruano a nivel constitucional, en el artículo 2, inciso 2, en los siguientes términos: “...A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de

cualquiera otra índole...” (Congreso Constituyente Democrático, 1993); entonces, el texto constitucional ha reconocido como derechos complementarios a la igualdad y a la prohibición de discriminación que, efectivamente, coexisten y representan dos momentos definidos del derecho – principio a la igualdad.

No obstante, el desarrollo del contenido esencial de dicho derecho ha sido establecido por el Tribunal Constitucional, en términos de equidad, pues, involucra la máxima de que tanto a nivel abstracto como a nivel concreto, existe la obligación de reconocerle a cada quien lo que le corresponde; en ese sentido, es posible hacer diferenciaciones pero positivas, las que se deriven de la propia naturaleza y características de las personas, circunstancias u objetos que los rodean.

En términos del Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad “...no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos...” (Caso Jane Margarita Cosar Camacho y otros, 2014, pág. 6); pues pretender tal cosa lleva a propiciar la desigualdad, debido a que existen casos y circunstancias que propician un trato necesariamente diferenciado, tal es el caso del descanso post maternidad y el descanso post paternidad que evidentemente necesitarán de plazos distintos, por razones naturales.

A esto, el Tribunal Constitucional le llama discriminación positiva; en este sentido, señala que:

La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]

Es así como puede entenderse la equidad, que, en el caso de los beneficios penitenciarios y las prescripciones contenidas en el Título III, del Régimen Penitenciario, Capítulo I, del Reglamento del Código de Ejecución Penal, se aplica una situación de discriminación positiva, pues, los beneficios penitenciarios se otorgan con características particulares ante situaciones particulares también, algunas más agravadas que otras, alguno más benéficos que otros; lo que está debidamente sustentado en las circunstancias propias del interno, el delito que ha cometido, la gravedad de dicho delito, etc.

Lo condenable sería, como de hecho ocurre, que el abuso de la utilización del derecho penal del enemigo, lleve a generar una discriminación directa, al tratarse de manera diferenciada a los internos que se encuentran en situación de equiparidad, como ocurre con los internos que han cometido delitos graves a los que se les sigue aplicando los beneficios penitenciarios y otros internos en iguales condiciones a los que no se les aplica dichos beneficios.

C. La necesaria aplicación del test de igualdad en el reconocimiento y ejecución de los derechos fundamentales

En ese sentido, tanto para la elaboración de normas como la Ley 26320 y el Reglamento del Código de Ejecución Penal, es de necesaria aplicación el test de igualdad, pues de lo contrario, se propiciaría la lesión de este principio en situaciones materiales como el otorgamiento de los beneficios penitenciarios.

El test de igualdad es el mecanismo a través del cual se asegura la configuración del principio de igualdad antes de tomar una medida legislativa (entiéndase normativa) o una medida administrativa (incluida la judicial); este test, comprende los siguientes pasos:

...a) Determinación del tratamiento legislativo diferente; b) Determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad; c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) Examen de idoneidad; e) Examen de necesidad; y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación... (Figuroa Gutarra, 2014)

Como puede observarse, este autor propone que los pasos a seguir en el caso del test de igualdad, incluyen en sí mismos, los pasos del test de ponderación, los que se ubican en el literal d al f; sin embargo, lo relevante es que en los primeros pasos señala la necesidad de someter la medida, ya sea normativa o administrativa, a la determinación de la existencia de un tratamiento legislativo diferente; es decir que, para el caso específico, se requiere que las normas haya respetado la

igualdad ante la ley, de lo contrario, terminarían por lesionar dicho extremos del principio de igualdad.

En el presente caso, debe analizarse si basta con la diferenciación positiva que hace el Reglamento del Código de Ejecución Penal o si la que propicia la ley en estudio no sobrepasa los límites de la igualdad ante la ley; es decir, todavía a nivel de principio y normas abstractas.

En segundo lugar, de existir una intervención negativa en el principio de igualdad con la dación de la ley 26320, artículo 4, debe verificarse la intensidad con la que se ha presentado tal intervención, de manera que se determine si esta no resulta sumamente lesiva al principio.

Superado este test, otro punto a tomar en cuenta es también la finalidad que se tiene para hacer tal diferenciación, una finalidad política, una finalidad jurídica, la protección de la ciudadanía ante la baja posibilidad de resocialización de determinados delincuentes, tal vez, el reproche social por la intensidad de la lesión del bien jurídico tutelado con la comisión delictiva o la importancia del bien jurídico lesionado; entre otros.

A partir de dichas constataciones, recién existe la posibilidad de analizar a nivel de ponderación las regulaciones normativas, o, de corresponder, a nivel concreto.

D. **El *tertium comparationi* aplicado por el Tribunal Constitucional y su relación en la concesión de los beneficios penitenciarios**

Otro punto a tratar la aplicación del *tertium comparationi* por parte del máximo intérprete de la Constitución, que, si bien es cierto, no ha sido aplicado en casos específicos de otorgamientos de beneficios penitenciarios, también es cierto que, su aplicación al problema planteado en la investigación puede ser adoptada.

Así, el *tertium comparationis* o el análisis de comparación del trato de que se cuestiona con un objeto, sujeto, situaciones distintas, siendo finalidad del mencionado análisis identificar la existencia de supuestos iguales sometidos a consecuencias jurídicas distintas, o si se dado un trato semejante e situaciones desiguales.

En la STC 00035-2010-PI/TC se ha expuesto que para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que presente determinadas cualidades. La primera de ellas es su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que por las razones que fueran se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental (STC 00019-2010-PI/TC, f.j. 16). Es preciso, igualmente, que el *tertium comparationis* sea idóneo. El

requisito de idoneidad al que aquí se alude no se relaciona con las cargas argumentativas que exige el subprincipio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad. Antes bien, como se expresó en la STC 0014-2007-PI/TC (f.j. 12), la idoneidad del término de comparación, en este contexto, hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.

Tal identidad no alude a la equivalencia de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se trate de situaciones que puedan ser jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, ha de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad. (STC 0019-2010-PI/TC, f.j. 15; STC 0017-2010-PI/TC, f.j. 4 y 5; STC 0022-2010-PI/TC, f.j. 15 y 18). Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo. Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato

de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un *prius* a la determinación de su lesividad.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, corresponde pues hacer un análisis si la restricción o prohibición de beneficios penitenciarios como son redención de pena, liberación condicional y semi-liberación para los condenados por delitos de tráfico ilícito de drogas, cuyas conductas delictivas están descritas en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal sobre si, respecto del *tertium comparationi*, vulneran el principio de igualdad, aplicando el *tertium comparationi* es decir, identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o si se ha realizado un trato semejante a situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación.

Así, se tiene que, el Código de Ejecución, con la modificatoria introducida en la Ley N°30076, y últimamente en el Decreto Legislativo N°1296 publicado el 30 de diciembre del año 2016, no restringe ni prohíbe beneficios penitenciarios para delitos que no son agravados, por ejemplo: el delito de homicidio simple, que tiene una sanción no menor de 06 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad, es decir, los condenados por este delito tienen las puertas abiertas para acceder a beneficios penitenciarios antes precisados, mientras que los sentenciados por tráfico ilícito de drogas cuyas conductas están descritas en

los 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal no tienen acceso a dichos beneficios; a pesar que en el delito de homicidio el bien jurídico vulnerado es la vida, cuyo valor es superior al de salud pública en el cual están inmersos el delito de tráfico ilícito de drogas, y así se puede señalar otros delitos catalogados en el Código Penal peruano.

2.2.3. El análisis de razonabilidad con la medida legislativa contenida en el artículo 4 de la Ley 26320

La razonabilidad íntimamente ligada a la configuración de las medidas normativas o administrativas; ello porque no puede, configurarse éstas sin respetar estrictamente a dicho principio, en caso contrario, se vería afectada su validez.

Para el caso en análisis que tiene que ver con una medida legislativa que podría importar en sí misma desigualdad ante la ley y que tendría como un efecto sumamente certero la desigualdad en la ley; cabe analizar cuál es el valor que se está prefiriendo para afectar el principio de igualdad y, en apariencia, se trata del interés general sustentado en la teoría del derecho penal del enemigo (Jackobs & Meliá, 2003).

A. La razonabilidad como principio

La razonabilidad es un principio que se encuentra inmerso en la regulación y configuración de toda figura jurídica, ello importaba en principio una obligación para el legislador al momento de su definición y para el juzgador al momento de su aplicación; de

manera que, se proscribe con su uso el abuso del derecho o su ejercicio irregular (Guerra Cerrón, 2009).

El principio de razonabilidad encuentra una diferencia respecto del de proporcionalidad, a pesar de que el Tribunal Constitucional peruano, en su jurisprudencia, señala que son lo mismo:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en el artículo 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. (Caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y otra, 2004)

A diferencia de la difuminación que ha tenido el principio de razonabilidad en países de tradición europeo continental como el nuestro, para los países de tradición inglesa y, concretamente, angloamericana, este principio se ha instituido como un pilar fundamental referido principalmente al sentido común del hombre corriente, aplicado a los asuntos de corte jurídico y jurisprudencial (Pereira Menaut, 1992, pág. 16).

Pues, este es el sentido de razonabilidad a tener en cuenta para determinar que el principio que se origina, toma en cuenta no el enfrentamiento entre dos principios, como lo hace el test de proporcionalidad, sino la visión de la medida que afecta a determinado principio, la misma que, de lesionar los imperativos constitucionales, resulta abiertamente irracional, así lo entendieron los norteamericanos en el sentido de que "...la Constitución como una manifestación de la razón, no debe fundarse en la arbitrariedad y la fuerza. Ello suponía, entre otras cosas, el respeto y protección de la justicia y de los derechos que la Naturaleza confiere al ser humano..." (Smith, 1998, pág. 45).

Con ello se entiende que cada derecho de carácter constitucional tiene un contenido propio y que, dicho contenido constituye su ámbito de protección, por lo que, afectarlo produce también la afectación del principio de razonabilidad, asimismo, las situaciones concretas propiciadas por la toma de una medida legislativa o administrativa, también son posibles actuaciones lesivas del principio de proporcionalidad de acaecer que se encuentren lesionando el contenido de los derechos constitucionales.

Esto trasluce la finalidad del principio de proporcionalidad, acuñada desde los albores del constitucionalismo y que, a pesar de su nivel de abstracción, constituye un viso importante para la práctica del derecho, esta es "...determinar si existe o no

correspondencia entre el ejercicio de la potestad normativa y el fin perseguido por ésta...” (Martínez & Zúñiga, 2011, pág. 206); pues, muchas veces ocurre que las normas son dictadas sin el más mínimo respeto de los principios que inspiran su campo del derecho o, en todo caso, a los principios generales y, cuando esto ocurre, se termina por afectar el principio de razonabilidad. Con lo dicho, se puede afirmar que “...lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a la letra como a su espíritu, y lo irrazonable es lo que conculca la Constitución, lo inconstitucional...” (Haro, 2001, pág. 180).

El germen del principio de razonabilidad es ubicado en el derecho anglosajón, en lo relativo al denominado *due process of Law*, al que encontramos en documentos medievales, como la Carta Magna de 1215, redactada para controlar al rey Juan sin tierra; en un contexto en que el soberano pretendía sobrepasar los límites hasta entonces conocidos y afectar el patrimonio de la nobleza y el clero con la imposición de impuestos. En su formulación primigenia, contiene la noción de que la validez de los actos o medidas tomadas por los poderes públicos, está condicionada por la observación de determinadas reglas y procedimientos. Si bien desde sus orígenes el debido proceso se entendió como un principio de carácter más bien procesal o adjetivo, las cosas cambian a partir de la interpretación que de este principio comenzó a hacer la jurisprudencia norteamericana desde finales del siglo XIX (Sapag, 2008, p. 163).

En 1791, la V Enmienda de la Constitución de Estados Unidos había incorporado de manera expresa el principio del *due process*, al señalar que “nadie estará obligado a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico...”. Más tarde, en 1868, se introdujo la Enmienda XIV, que, ratificando la idea del debido proceso, amplía su ámbito de aplicación al señalar que “ningún Estado podrá dictar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; y ningún Estado podrá privar a persona alguna de la vida, la libertad, o la hacienda, sin el debido procedimiento jurídico; ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes”. Entre 1886 y 1905, y a partir de las cláusulas sobre *due process*, la Corte Suprema norteamericana elaboró una doctrina acerca de la razonabilidad de los actos regulatorios del Estado, según la cual: 1. La potestad regulatoria de un servicio público no es ilimitada. Más precisamente, mediante ella no se puede encubrir una confiscación, a menos que exista una justa compensación o un debido proceso. 2. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas deben guardar relación sustancial con los objetivos de la regulación. 3. Al ejercerse la potestad regulatoria del Estado, las normas que sean consecuencia de ellas no pueden invadir de manera evidente los derechos y libertades (Sapag, 2008, p. 165). 4. Las limitaciones y regulaciones deben

ser “prudentes”. 5. Las leyes regulatorias se presumen inconstitucionales, y el Estado debe probar que existe una relación razonable entre la regulación y el fin perseguido por ésta. (p. 166).

El principio de razonabilidad, entonces, está íntimamente ligado al principio de igualdad antes mencionado, puesto que las diferencias arbitrarias existentes en las medidas legislativas y las medidas administrativas, pueden y deben ser imputadas arbitrarias, por contravenir a un principio constitucional y, por contravenir el espíritu mismo de la Constitución.

En ese sentido, el tesista sí concuerda con la posición del Tribunal Constitucional que avista al principio de razonabilidad como el hiperónimo respecto del principio de proporcionalidad y, nos atrevemos a ensayar, una equiparidad con el principio de igualdad, al menos en cuanto a rango y propósito, el de proteger a los individuos de las medidas que contravengan sus derechos, ya sea fundamentales o derechos expectaticios relacionados con los derechos fundamentales; ya que, finalmente, para la configuración de los primeros se requiere, muchas de las veces, la ejecución de los segundos.

2.3. EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y SU PRESENCIA EN LA REGULACIÓN DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DE LA LEY N° 26320

El Derecho Penal en un sentido amplio, está compuesto por un compendio de sub disciplinas que conforman la esfera de desarrollo dogmático del mismo, dentro de estas se puede señalar a la criminología, criminalística, derecho penitenciario y política criminal; que establecen un catálogo de figuras e instituciones jurídicas que tienen cierta autonomía pero que, de manera dialéctica, terminan por beneficiar a la propia dogmática penal.

Dentro de aquellas consideraciones se puede ubicar al denominado “Derecho Penal del Enemigo” que constituye una manifestación del derecho penal moderno que indica una tendencia distinta a la acostumbrada para la tratativa de ciertas instituciones o figuras del derecho penal y que, podría sustentarse en teorías criminológicas pero que, sobre todo, constituyen decisiones político criminales justificadas en la circunstancias coyunturales por las que atraviesa la sociedad en donde se establece la regulación correspondiente.

Sin embargo, existe una gran discusión acerca de la conveniencia o no de la aplicación de este tipo de tendencias que, de primera vista, se podrían imputar como lesivas de derechos fundamentales tales como la igualdad ante la ley o la igualdad en la ley, la dignidad y todos los derechos conexos a la libertad.

Cabe mencionar que, esta sub disciplina, va de la mano de la política criminal que rige un Estado, es decir, todos los medios o acciones de los que se vale un Estado para luchar contra la delincuencia. Las políticas

criminales represivas, son las más comunes, toda vez que, son fáciles de diseñar, o sea, basta con presentar una reforma, propuesta, iniciativa de ley en la que se establezca una pena mayor para un determinado delito. En ese sentido, el Estado, lo que pretende es hacer ver que está realizando su función, es decir, la prevención general negativa. Esto quiere decir, la amenaza por el hecho de cometer un delito. Lo que pretende el Estado es amenazar con la cantidad de la pena, o sea, la pena es la que amenaza a no cometer el hecho tipificado como delito.

Si bien es cierto, a través de la amenaza de la pena se puede dar una contra motivación, para que el sujeto activo del delito no cometa la conducta delictiva y se abstenga; empero, esta amenaza no cumple su función en toda la población; en consecuencia, a pesar de que se tipifican más hechos delictivos, con penas elevadas y con restricción de beneficios penitenciarios, se siguen cometiendo igual o mayor cantidad de delitos.

Cabe resaltar que, los Estados, implementan estos tipos de políticas criminales, prevención general negativa, porque basta con su iniciativa y aprobación legislativa; en la que se tipifiquen nuevos hechos y con penas inmensas. Muchas veces, claro está, la iniciativa de estas normas, nacen en el calor popular de la población que, al verse desprotegidos ante la delincuencia, obligan a sus gobernantes a brindar soluciones, que muchas veces brindan las más fáciles. Políticas criminales que, son contradictorias con la finalidad que tiene el Estado que, de manera constitucional, busca la resocialización del sujeto condenado por haber cometido un delito.

Si bien es cierto, el Estado, en el ejercicio de su *ius puniendi*, se encuentra en la facultad de brindar políticas criminales en función de querer proteger el interés público, también es cierto que, lo debe hacer respetando los principios y derechos constitucionales propios de un Estado Constitucional de derecho. A lo que Zaffaroni llama la contención del poder punitivo del Estado.

Así pues, un ejemplo de la política criminal y de la aplicación del derecho penal del enemigo se da en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, en el que se puede encontrar como primera cuestión la severidad de las penas previstas para estos delitos. El tipo penal básico castiga la posesión de drogas con fines de comercialización con una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, a la cual se le suman además las penas conjuntas de multa e inhabilitación. En cuanto a la técnica de tipificación, el legislador penal ha procedido a adelantar de forma considerable las barreras de protección, castigando con penas elevadas conductas como la comercialización de materias primas e insumos destinados a la elaboración ilegal de drogas. Asimismo, se castigan los actos de promoción, favorecimiento, financiación, facilitación o ejecución de actos de siembra o cultivo de plantas como la amapola o la marihuana, así como la comercialización de sus semillas. Finalmente, la legislación de lucha contra el narcotráfico destaca también por la porosidad de los elementos del tipo penal como “promover” o “favorecer”, en la medida que cualquier aporte causal al acto de tráfico podría considerarse típico por parte de nuestros tribunales, tan propensos a interpretaciones empíricas del delito.

En cuanto a las normas procesales y de ejecución de la pena puede apreciarse igualmente una política de restricción o exclusión de diversas garantías individuales o beneficios procesales y penitenciarios para las personas procesadas o condenadas por delitos de tráfico de drogas. Este es el caso de los beneficios penitenciarios limitados por el artículo 4 de la ley 26320.

Si bien es cierto, como se dijo, que el Estado en la facultad de su *ius puniendi*, y en su deber de proteger a la población, puede implementar políticas criminales, estas no pueden contravenir al sistema penal peruano, que, inspirado en principios, tales como el de resocialización del condenado, el cual como uno de los fines de la pena busca la reinserción del recluso en la sociedad. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que toda restricción o limitación de derechos fundamentales, no son absolutos, tiene como límite el respeto de la dignidad humana y el contenido esencial de los derechos fundamentales afectados; sólo así se podrá salvaguardar la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, en donde el principio de la dignidad de la persona se encuentra por encima de todo ordenamiento jurídico; toda vez que, la persona y su dignidad, es un fin en sí mismo, y no un mero instrumento para conseguir los fines del Estado.

Es interesante la sentencia 1140/2010, de 29 de diciembre, del Tribunal Supremo Español en el que hace referencia expresa al denominado Derecho penal del enemigo con el que el Estado no trata simplemente de castigar a los delincuentes, sino de luchar contra sus enemigos, recurriendo para ello a un derecho penal especial y excepcional que –según este órgano judicial– se caracterizaría por tres señas de identidad:

1) Aumento de la gravedad de las penas más allá de la idea de la proporcionalidad, lo que puede significar aplicar penas de prisión de larga duración a hechos de escasa gravedad, o por lo menos no tan graves como para justificar la imposición de penas tan graves. 2) Abolir o reducir los derechos fundamentales y garantías procesales del imputado, como el derecho al debido proceso, a no declarar contra sí mismo, a la asistencia de letrado, o también la admisión de pruebas conseguidas ilegalmente, derogar la competencia de Juez natural y crear Tribunales especiales, permitir que las autoridades políticas o administrativas, sin intervención judicial, puedan decidir el internamiento o el arresto por tiempo indefinido de personas meramente sospechosas. 3) Criminalización de conductas que no suponen un verdadero peligro para bienes jurídicos y adelantar la intervención del Derecho penal, aún antes de que la conducta llegue al estadio de ejecución de un delito, penalizando simples manifestaciones ideológicas, producto del derecho a la libertad de expresión, convirtiendo en delito hechos como mostrar simpatía hacia ciertas ideologías, sobre todo si éstas coinciden con las que defienden los grupos radicales terroristas, aunque los que muestren esa afinidad o simpatía ideológica no defiendan el empleo de la violencia para alcanzarlas. (STS 1140/2010, 2010)

2.4. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN OTRAS NORMAS QUE RESTRINGEN LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS PARA CASOS DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Como se indicó en el punto anterior, el derecho penal del enemigo, en el Perú ha ido de la mano con la política criminal que han adoptado los gobiernos de turno. En ese sentido, no solo el artículo 4 de la ley 26320, limitan derechos, sino que, se han ido promulgando normas que limitan los beneficios penitenciarios paulatinamente, normas que a continuación se pasa a reseñar.

En primer lugar, se tiene a la ley N°30076: ley que modifica el código penal, código procesal penal, código de ejecución penal y el código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la

inseguridad ciudadana, norma publicada el 19 de agosto del año 2013 que, en sus distintos artículos modifican otros cuerpos normativos, a saber:

Artículo 5. Modificación de diversos artículos del Código de Ejecución Penal: Modifíquense los artículos 46, 47, 48, 50, 53 y 55 del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

"Artículo 46. Casos especiales de redención: En los casos de internos primarios que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por cinco días de labor o estudios efectivos, en su caso. Los reincidentes y habituales en el delito redimen la pena mediante el trabajo y la educación a razón de un día de pena por seis días de trabajo o estudio efectivos, según el caso. De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 46-B y el primer párrafo del artículo 46-C del Código Penal, en los casos previstos en los delitos señalados en los artículos 107, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 186, 189, 195, 200, 279, 279-A, 279-B, 317, 317-A, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal, la redención de la pena mediante el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por siete días de labor o estudio efectivos, en su caso.

Artículo 47. Improcedencia de acumulación de la redención de pena por el trabajo y educación: El beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación no es acumulable cuando estos se realizan simultáneamente. El beneficio de la redención de la pena por el trabajo o la educación no es aplicable a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 108, 108-A, 296, 297, 301, 302 y 319 a 323 del Código Penal.

Artículo 48. Semilibertad

La semilibertad permite al sentenciado egresar del establecimiento penitenciario, para efectos de trabajo o educación, cuando ha cumplido la tercera parte de la pena y si no tiene proceso pendiente con mandato de detención.

En los casos del artículo 46, primer párrafo, la semilibertad podrá concederse cuando se ha cumplido las dos terceras partes de la pena y previo pago del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil y de la multa o, en el caso del interno insolvente, la correspondiente fianza en la forma prevista en el artículo 183 del Código Procesal Penal.

El beneficio de semilibertad es inaplicable a los reincidentes, habituales y a los agentes de los delitos tipificados en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 186, 189, 195, 200, 279-A, 279-B, 296, 297, 317, 317-A, 319 a 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332 y 346 del Código Penal.

En segundo lugar, se tiene al Decreto Legislativo 1296, publicada el 19 de diciembre de 2016. Norma que modifica el código de ejecución penal en

materia de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o la educación, semi - libertad y liberación condicional

Artículo 1º.- Objeto de la norma

La presente norma modifica el Código de Ejecución Penal con el objeto de reformular el modelo de otorgamiento de los beneficios penitenciarios de redención de pena por el trabajo o la educación, de semi-libertad y de liberación condicional.

Artículo 2º.- Modificación de los artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 57 del Código de Ejecución Penal

Modifíquense los artículos 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 y 57 en los siguientes términos:

“CAPITULO CUARTO

BENEFICIOS PENITENCIARIOS

SECCIÓN II

REDENCION DE LA PENA POR EL TRABAJO Y LA EDUCACIÓN

Artículo 44º.- Redención de pena por el trabajo

El interno ubicado en la etapa de mínima y mediana seguridad del régimen cerrado ordinario redime la pena mediante el trabajo a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva.

En caso de encontrarse en la etapa de máxima seguridad del régimen cerrado ordinario, la redención será a razón de un día de pena por cuatro días de labor efectiva.

En caso de encontrarse en la etapa “C” del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva.

En caso de encontrarse en la etapa “B” del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día por seis días de labor efectiva.

En caso de encontrarse en la etapa “A” del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva.

Los regímenes penitenciarios y las etapas aplicables a los internos se encuentran regulados en el Reglamento del Código de Ejecución Penal.

Artículo 45º.- Redención de pena por estudio

El interno ubicado en la etapa de “mínima” y “mediana” seguridad del régimen cerrado ordinario redime la pena mediante la educación a razón de un día de pena por dos días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios.

En el caso de encontrarse en la etapa de “máxima” seguridad del régimen cerrado ordinario, la redención será a razón de un día de pena por cuatro días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios.

En caso de encontrarse en la etapa “C” del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por cinco días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios.

En caso de encontrarse en la etapa “B” del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por seis días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios.

En caso de encontrarse en la etapa "A" del régimen cerrado especial, la redención será a razón de un día de pena por siete días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios.

Artículo 46º.- Improcedencia y casos especiales de redención de pena por trabajo o estudio.

No es procedente el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo o la educación para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 153, 153-A, 200, 279-G, 297, 317, 317-A, 317-B y 319 a 323 del Código Penal, la redención de pena por el trabajo o la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o de estudio, respectivamente.

Los reincidentes y habituales de cualquier delito, siempre que no se encuentre prohibida la redención, redimen la pena mediante el trabajo o la educación a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva o de estudio, respectivamente.

Artículo 47º.- Sobre la acumulación de la redención de pena por el estudio y el trabajo

El beneficio de la redención de la pena por el trabajo y la educación no es acumulable cuando estos se realizan simultáneamente.

Siempre que la ley no prohíba la redención, el interno podrá acumular el tiempo de permanencia efectiva en el establecimiento penitenciario con el tiempo de pena redimido por trabajo o educación para el cumplimiento de la condena o el cumplimiento del tiempo requerido para acceder a la semi-libertad o a la liberación condicional. En estos casos se deberá cumplir con el procedimiento y requisitos establecidos por el Reglamento.

SECCIÓN III

BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE SEMI - LIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

Artículo 48º.- Semi-libertad

El beneficio penitenciario de semi-libertad permite que el interno con primera condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la tercera parte de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez.

Artículo 49º.- Liberación condicional

El beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la mitad de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez.

Artículo 50º.- Improcedencia y casos especiales de los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional

No son procedentes los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos

vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077 Ley Contra el Crimen Organizado.

Tampoco son procedentes para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-A, 121-B, 152, 153, 153-A, 173, 173-A, 189, 200, 279-A, 297, 317, 317-A, 317-B, 319, 320, 321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 346, 382, 383, 384, primer, segundo y tercer párrafo del 387, 389, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401.

Los internos sentenciados por la comisión de los supuestos delictivos previstos en los artículos 121, primer párrafo del artículo 189, 279, 279-B y 279-G siempre que se encuentren en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario y se trate de su primera condena efectiva, previo pago de la pena de multa y del íntegro de la cantidad fijada en la sentencia como reparación civil, podrán acceder a la liberación condicional cuando hayan cumplido las tres cuartas partes de la pena.

Artículo 51º.- Tramitación, plazo y requisitos de los expedientes de semi-libertad o liberación condicional.

El Consejo Técnico Penitenciario, a pedido del interesado, en un plazo de quince días hábiles, bajo responsabilidad, organiza el expediente de semi-libertad o liberación condicional, que debe contar con los siguientes documentos:

1. Copia certificada de la sentencia consentida y/o ejecutoriada.

2. Certificado de conducta, el cual debe hacer referencia expresa a los actos de indisciplina en que hubiera incurrido el interno y las medidas disciplinarias que se le hayan impuesto mientras dure el registro de la sanción disciplinaria.
3. Certificado de antecedentes judiciales a nivel nacional, especificándose que el interno no registra proceso pendiente con mandato de detención.
4. Certificado de cómputo laboral o estudio efectivo en el que se acredite que el interno ha realizado labores al interior del establecimiento penitenciario, o ha obtenido nota aprobatoria. Deberá incluirse una descripción de las labores y/o estudios realizados para lo cual se adjuntará las planillas de control.
5. Constancia de régimen de vida otorgado por el Jefe del Órgano Técnico de Tratamiento del establecimiento penitenciario, indicando el régimen y la etapa en los que se encuentra ubicado el solicitante del beneficio penitenciario, así como el resultado de todas las evaluaciones semestrales de tratamiento realizadas al interno.
6. Informe del Consejo Técnico Penitenciario sobre el grado de readaptación del interno, considerando los informes de las distintas áreas de tratamiento. Asimismo, se deberá informar cualquier otra circunstancia personal útil para el pronóstico de conducta.
7. Certificado notarial, municipal o judicial que acredite domicilio o lugar de alojamiento.

SECCIÓN IV

CRITERIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS DE SEMI - LIBERTAD Y LIBERACIÓN CONDICIONAL

Artículo 52º.- Criterios para evaluar su procedencia

El juez concederá el beneficio penitenciario de semi - libertad o liberación condicional, cuando durante la audiencia se haya podido establecer que el interno ha alcanzado un grado de readaptación que permita pronosticar que no volvería a cometer nuevo delito al incorporarse al medio libre; en este sentido, las actuaciones de las audiencias de beneficios penitenciarios se orientarán a debatir las condiciones de readaptación alcanzadas por el interno; así como:

1. Los esfuerzos realizados por reparar el daño causado con el delito cometido.
2. Los antecedentes penales y judiciales.
3. Las medidas disciplinarias que se le haya impuesto durante su permanencia en el establecimiento penitenciario.
4. Las actividades que realizan los internos durante su tiempo de reclusión distintas a aquellas registradas por la administración penitenciaria.
5. El arraigo del interno nacional, en cualquier lugar del territorio nacional debidamente acreditado. Para el caso de extranjeros, el arraigo se considerará acreditado con un certificado de lugar de alojamiento.
6. Cualquier otra circunstancia personal útil para la formulación del pronóstico de conducta.

Artículo 53º.- Procedimiento

Los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional son concedidos por el juzgado que conoció el proceso.

Excepcionalmente, en el caso que el sentenciado se encuentra recluso fuera de la jurisdicción del juzgado que conoció el proceso, el beneficio penitenciario será concedido por un juzgado penal de la Corte Superior de justicia que corresponda a su ubicación.

Recibido el expediente administrativo, el juez, dentro del plazo de 05 días hábiles, evalúa si éste cumple con los requisitos establecidos en el artículo 51º del presente código, a efectos de admitir a trámite el pedido de beneficio.

Declarada la admisión, en el mismo día el juez notifica el auto admisorio con los recaudos correspondientes, definiendo una fecha de audiencia que no podrá exceder los diez días. A la audiencia concurren obligatoriamente el fiscal, el sentenciado, su defensa, y los profesionales y personas que el juez estime conveniente.

Iniciada la audiencia, el abogado del sentenciado realizará el informe oral correspondiente, debiendo sustentar las actividades laborales o educativas a las que se dedicará el beneficiado. Para tal efecto puede ofrecer pruebas adicionales en el mismo acto.

Acto seguido, el fiscal expondrá las razones que fundamentan su opinión.

El juez meritará los medios probatorios presentados por las partes, e interrogará a las personas que hayan sido citadas a la audiencia. Finalmente, procederá a interrogar al sentenciado.

El juez resolverá en el mismo acto de la audiencia o dentro de los dos días hábiles de celebrada la misma. De otorgar el beneficio, fijará las reglas de conducta que deberá cumplir el beneficiado, pudiendo disponer la utilización de la vigilancia electrónica personal como mecanismo de control.

Contra la resolución procede recurso de apelación en el mismo acto de la audiencia, o en el plazo de dos días hábiles. Transcurrido dicho plazo sin que se haya fundamentado, se tendrá por no interpuesto el recurso impugnativo.

La apelación contra la concesión del beneficio penitenciario no suspende su ejecución.

Presentada la apelación debidamente fundamentada, el juez elevará en el día los autos al superior, quien resolverá en el plazo de 05 días hábiles bajo responsabilidad.

Artículo 54^o.- Obligaciones del beneficiado

Los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional obligan al beneficiado a pernoctar en el domicilio señalado, así como al cumplimiento de las reglas de conducta fijadas por el juez, y de los compromisos laborales o educativos asumidos al solicitar el beneficio penitenciario.

En cualquier caso, el beneficiado se encuentra sujeto a control e inspección del representante del Ministerio Público y de la autoridad penitenciaria. Asimismo, puede estar sujeto a la vigilancia electrónica personal.

Artículo 55º.- Reglas de conducta

El Juez, al conceder el beneficio penitenciario de semi-libertad o liberación condicional, fijará las siguientes reglas de conducta en forma conjunta o alterna:

1. Prohibición de frecuentar determinados lugares cerrados o abiertos al público que se consideren vinculados directa o indirectamente con actividades delictivas u otras prácticas riesgosas o violentas.
2. Prohibición de efectuar visitas a internos en los establecimientos penitenciarios o de establecer contactos con ellos por cualquier medio de comunicación, salvo en caso de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente.
3. Prohibición de contacto o comunicación con personas que integran, actúen o colaboren con actividades delictivas; así como con personas sentenciadas y/o requisitorizadas, salvo en caso de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente.
4. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside y de variar de domicilio sin la autorización del Juez. La autorización deberá ser comunicada obligatoriamente a la autoridad penitenciaria correspondiente.

5. Comparecer personal y obligatoriamente ante la autoridad judicial para informar y justificar sus actividades con una periodicidad de 30 días o la que establezca la resolución de otorgamiento del beneficio.
6. Concurrir ante la autoridad penitenciaria correspondiente más cercana a su domicilio con la periodicidad de 30 días, a fin de continuar el tratamiento en el medio libre y consolidar el tratamiento recibido en el establecimiento penitenciario.
7. Cumplir con el pago de la reparación civil y la multa en el monto y plazo que el juez determine.
8. Que el beneficiado no tenga en su poder objetos susceptibles para la comisión de una actividad delictiva o de facilitar su realización.
9. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol en caso que el juez lo determine.
10. Los demás deberes que el Juez estime conveniente para consolidar la rehabilitación social del beneficiado, siempre que no atente contra su dignidad y derechos fundamentales.

Artículo 56º.- Revocatoria

Los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional se revocan si el beneficiado comete un nuevo delito doloso; incumple las reglas de conducta establecidas en el artículo 55 de la presente norma; o infringe la adecuada utilización y custodia del mecanismo de vigilancia electrónica personal.

Artículo 57º.- Efectos de la revocatoria

La revocatoria de los beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional, por la comisión de nuevo delito doloso, obliga a cumplir el tiempo de la pena pendiente al momento de la concesión del beneficio. En los otros casos, el beneficiado cumplirá el tiempo pendiente de la pena impuesta desde el momento de la resolución de la revocatoria.

Al interno a quien se le revocó la semi-libertad o liberación condicional no podrá acceder nuevamente a estos beneficios por la misma condena.”

Artículo 3º. - Incorporación de la Sección IV-A y del artículo 57-A en el Capítulo IV del Título II del Código de Ejecución Penal

Incorpórense la Sección IV-A y el artículo 57-A en el Capítulo IV del Título II del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

“SECCIÓN II-A

APLICACIÓN TEMPORAL

Artículo 57-Aº. - Aplicación temporal de los beneficios de redención de pena por el trabajo o la educación, de semi-libertad y de liberación condicional

Los beneficios penitenciarios de semi-libertad y liberación condicional se aplican conforme a la ley vigente en el momento de la sentencia condenatoria firme.

En el caso de la redención de la pena por el trabajo y la educación se respetará el cómputo diferenciado de redención que el interno pudiera haber estado cumpliendo con anterioridad”.

Estas normas presentadas, no hacen más que confirmar la política criminal que viene desarrollando los gobiernos de turno, ya sea aumentando la cantidad de la pena o restringiendo los beneficios penitenciarios. Beneficios, que, como se vio, tienen la finalidad de cumplir con el principio de resocialización del condenado.

2.5. BENEFICIOS PENITENCIARIOS

2.5.1. Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios en el Perú

Los beneficios penitenciarios surgen como consecuencia de la Política Criminal que ejerce el Estado. En ese sentido, a través de sus órganos competentes otorga ciertos beneficios penitenciarios a los sentenciados que se encuentran purgando condena en los centros de reclusión, más conocidos como cárceles. Según la normatividad peruana, para que algún recluso acceda a estos beneficios, este debe de cumplir con ciertos requisitos y a la vez debe encontrarse calificado.

Respecto a cómo se originan los beneficios penitenciarios, Brousset Salas, indica que surgen como “instituciones jurídicas de refuerzo a la progresividad del tratamiento resocializador, tendientes a generar en los internos un estímulo para la adopción de actividades para el desarrollo de las interrelaciones dentro de los establecimientos penitenciarios.” (2012, pág. 2).

Por su parte David Fernández los define como “herramientas que tienen como finalidad evitar el rigorismo extremo de la ley, incitar al

penado a que se rehabilite y permitirle un acceso a la libertad antes de lo dispuesto por el Tribunal de Juicio” (2012, pág. 71).

Ahora bien, más allá de la definición que se le puede dar a los beneficios penitenciarios, la discusión se centra en establecer su naturaleza jurídica. En esta investigación, para efectos de poder establecer cuál es su naturaleza jurídica, nos centraremos en tres formas de concebir a los beneficios penitenciarios, estas son: los beneficios penitenciarios como derechos, los beneficios penitenciarios como gracias y los beneficios penitenciarios como derecho expectatio.

A. Los Beneficios Penitenciarios como derechos

A diferencia de la normatividad peruana, las normas españolas sobre beneficios penitenciarios, es claro al establecerlos como derechos, así el Reglamento Penitenciario español señala:

...que los beneficios penitenciarios son aquellas medidas que articuladas como derechos en el marco penitenciario, tienen la finalidad de conseguir la reeducación y a inserción social del interno, permitiendo la reducción de la condena impuesta en sentencia o de la del tiempo efectivo de internamiento (artículos 202 y 203). (Small Arana, 2016, pág. 346)

El citado autor en base a lo que dice el reglamento penitenciario español, indica que la doctrina española, entre ellos, Carlos García Valdés y Borja Mapelli consideran a los beneficios penitenciarios como derechos, toda vez que se encuentra en la norma reglamentaria.

Cabe mencionar que esta forma de concebir a los beneficios penitenciarios no concuerda con la doctrina nacional, ni con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, quien en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado de la siguiente manera: “(...) en estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno.” (STC. N. 0842-2003-HC/TC, 2005).

Es claro en el ordenamiento jurídico peruano, los beneficios penitenciarios no son vistos como derechos fundamentales, pero como ha de advertirse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los beneficios penitenciarios se fundan en el principio de resocialización, que como se vio ocupa un sitio privilegiado en el derecho penitenciario peruano.

B. Los Beneficios Penitenciarios como gracia

Refiriéndose a este tema, Germán Small Arana realiza un interesante análisis, en el que para desvirtuar esta forma de concebir a los beneficios penitenciarios los compara y encuentra una similitud con las gracias (indulto y ejercicio de derecho de gracia) indicando que lo único que tienen en común es que ambos son premiales, sin embargo, desde su naturaleza encuentra una importante diferencia, mencionando que el indulto y el derecho de gracia tienen la categoría de condonativas, es

decir, “al momento de su concesión se tienen a las penas como penas cumplidas, lo que no ocurre con los casos de pre libertad , donde el interno sigue teniendo la condición de condenado” (2016, pág. 347).

C. Los Beneficios Penitenciarios como derecho expectatio

Desde lo indicado por el Tribunal Constitucional, “en estricto, los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno.” (STC. N. 0842-2003-HC/TC, 2005). Deja claro que los beneficios penitenciarios no son considerados derechos de los reclusos, esto, junto con el no reconocimiento por parte de la doctrina, da pie a la conceptualización de los beneficios penitenciarios como derechos expectaticios, en ese sentido, Small Arana lo conceptualiza de la siguiente manera:

...los beneficios penitenciarios son verdaderos incentivos, concebidos como derechos expectativos del interno, que le permitirán observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr menor permanencia en el establecimiento penitenciario mediante los mecanismos de la redención de la pena por el trabajo y la educación para luego alcanzar la semi libertad y la libertad condicional, accediendo paulatinamente a la libertad. (2008, pág. 217).

De acuerdo con el autor, los beneficios penitenciarios vienen a ser una suerte de incentivos que le ayudan obtener su libertad en un periodo menor a lo establecido en la sentencia condenatoria,

siempre y cuando haya cumplido con los requisitos previstos en las normas pertinentes.

No se debe dejar de lado, que, si bien es cierto, en el ordenamiento jurídico peruano, no se conciben como derechos, estos se encuentran a la expectativa de poder ser alcanzados por algún recluso que se encuentre incentivado por una posible liberación antes del término de su pena. Sobre todo, si como se puede verificar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, los beneficios penitenciarios son garantías previstas para poder concretizar la resocialización del condenado.

Según lo expuesto, Ricardo Brousset sostiene que:

...por su naturaleza los beneficios penitenciarios como instituciones penológicas constituyen mecanismos legales tendientes a estimular actitudes desadaptativas de los penados, cuya regulación deben guardar congruencia con la función integral que nuestro sistema penal le asigna a la pena, por lo que corresponde al Estado graduarlos adecuadamente en función de sus lineamientos de política criminal, resultando imperativo el establecimiento de un marco de principios intangibles que a modo de viga maestras limiten la discrecionalidad de la decisión política respecto de ellos. (2012, pág. 4)

2.5.2. Finalidad de los beneficios penitenciarios

Como se vio en el punto anterior, los beneficios penitenciarios no tienen carácter de derecho *per sé*, pero que sí son expectativas que se fundan en el principio de resocialización; ahora bien, para poder entender mejor a estas instituciones es necesaria establecer cuál es el fin de los beneficios penitenciarios.

Empezando con la definición de los beneficios penitenciarios, Small Arana, menciona que estos “(...) se encuentran relacionados exclusivamente con el tratamiento rehabilitador, esto es tiene como fin la readaptación, reeducación y reinserción en la a la persona inmersa en el sistema carcelatorio” (2008, pág. 346).

Tamarit, citado por David Fernández, enseña que históricamente se ha “comprobado que la existencia de una serie de beneficios que estimulen al penado para mejorar su condición dentro del ámbito penitenciario, es uno de los elementos indispensables para la consecución de la pretendida reintegración del recluso en la vida libre.” (2012, pág. 71)

Brousset explica que los beneficios penitenciarios “son institutos penológicos que intentan estimular una actitud resocializadora en el condenado. Asimismo, que la política criminal que ejerce el Estado debe ser limitada y congruente con esta finalidad” (2012, pág. 12).

David Fernández, sobre los beneficios carcelarios menciona que:

induce al interno a cumplir los requisitos que faciliten la de la libertad en un periodo de tiempo más corto. Pero además de ese modo se logra también de forma indirecta que la conducta del interno se adecue al régimen penitenciario que le corresponde, facilitándose de ese modo una mejor y más fácil convivencia en el Centro. (2012, pág. 72)

Esto, sin duda, no solo ayuda al recluso con su rehabilitación, sino que coadyuva a una mejor convivencia ordenada entre los internos.

De los conceptos dados por la doctrina, se puede apreciar que coinciden en que los beneficios penitenciarios son el transporte para que un recluso se pueda resocializar, en otras palabras, los beneficios penitenciarios, al ser estímulos para los reclusos, ayudan con su rehabilitación, asimismo, imponen al Estado un parámetro para que al momento de adoptar medidas respecto del otorgamiento de beneficios a los condenados no pierda de vista el principio de resocialización.

El Tribunal Constitucional ha establecido los beneficios penitenciarios “son garantías previstas en Derecho de Ejecución Penal, a fin de concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno.” (STC. N. 0842-2003-HC/TC, 2005). En esta sentencia, como se dijo, si bien es cierto los magistrados del Órgano Constitucional, desconoce el carácter de derecho a los beneficios penitenciarios, también es cierto que indica que estas garantías, como las llama, tienen como fin la realización del principio constitucional de resocialización.

En ese sentido, la finalidad de los beneficios penitenciarios se encuentra referidas al tratamiento resocializador del condenado, por lo que no se le debe limitar a ninguna persona que se encuentre recluido en un centro penitenciario; toda vez que el tratamiento penitenciario y la ejecución de la pena debe “orientarse a la resocialización del condenado, bajo el respeto de su dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad y derechos humanos

y no a la exclusión de la sociedad” (Fernández Hernández, 2012, pág. 82).

En ese entendido, como refiere la Corte Constitucional de Colombia, “la idea de resocialización se opone a penas y condiciones de cumplimiento que sean, por su duración o consecuencias, desocializadoras” (Fernández Hernández, 2012, pág. 82).

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10.3 establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados” (Naciones Unidas, 1966).

Cabe mencionar, que a pesar de la vigencia del principio de resocialización y su relación con la finalidad de los beneficios sociales, el tratamiento de estos en el Perú, en los campos de la Política Criminal y Penitenciaria del Estado “se han caracterizado en estos últimos años por la dación de leyes cada vez más severas que sobre criminalizan la mayoría de tipos penales” (Samall Arana, 2008, pág. 356). El caso concreto de la investigación, es una norma no tan reciente, puesto que se promulgó en el año 1994.

Estas políticas criminales optadas por el Estado, reflejan el tratamiento que se está dando a los delincuentes, como enemigo de la sociedad y, para nada se respeta la función de la pena como la preparación del condenado, para que pueda volver al seno de la sociedad de la cual forma parte. Por ello, los beneficios penitenciarios, aunque suene redundante, no deben ser

considerados como meros beneficios, sino que deben ser expresión del principio de resocialización y de la finalidad de la pena como prevención especial positiva.

2.5.3. Beneficios penitenciarios limitados por la ley cuestionada

La ley 26320, artículo 4, prescribe la posibilidad de que “Los sentenciados por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, se acojan a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad”; dicha norma, lejos de fijar una situación diferenciadora que beneficie a los condenados por del delito de tráfico de drogas, constituye una discriminación negativa para este tipo de delincuentes, quienes, al atravesar más de una condena no podrán acceder a más beneficios penitenciarios; asimismo, el tercer párrafo del mencionado artículo 4, establece que: “Los beneficios previstos en este artículo no alcanzan a los sentenciados por los delitos contemplados en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal.” (Congreso de la República, 1994).

Pues bien, los beneficios penitenciarios, se constituyen como actos de la ejecución penal, que para se ponga en movimiento estos beneficios, deberán concurrir actuaciones, tanto por parte del condenado, así como de la autoridad competente.

Ahora bien, los beneficios penitenciarios, se encuentran regulados el Código de Ejecución Penal y en su reglamento, aprobado a través del Decreto Supremo N° 015-2003-JUS, en los artículos 42 y ss. y en los artículos 165 y ss., respectivamente. Estas normas se coligen con lo prescrito en el artículo 139, inciso 2 de la Constitución estatal, en donde se erige el principio de "(...) que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad" (CCD, 1993), desarrollado anteriormente. Esto, es congruente con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el inciso 3 de su artículo 10 menciona que "(...) el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" (ONU, 1966).

El Tribunal Constitucional, al desarrollar el tema de los beneficios penitenciarios, ha mencionado lo siguiente:

Dentro de las condiciones como se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, "si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz

de hacerlo. (Marcelo Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, 2003).

Como se aprecia, el Máximo Intérprete de Constitución, toma como fundamento el hecho de que en la Norma Suprema se haya establecido los principios que rigen en la ejecución de la pena, y que, a su vez estos se erijan como cimientos de la existencia de los beneficios penitenciarios. Así también, el Tribunal hace referencia a la importancia que tienen los beneficios brindados, puesto que, el otorgamiento de estos significa que el penado, en el tiempo de su internación en el centro penitenciario, ha demostrado la capacidad de respetar a la ley y a la convivencia en sociedad.

Con lo dicho en las normas, tanto de derecho interno e internacional, y así como de la jurisprudencia, fluye que el objetivo esencial de la regulación de los beneficios penitenciarios es buscar en primer lugar, la reeducación, resocialización y la reincorporación del condenado a la sociedad. Este objetivo de los beneficios penitenciarios, concuerda con los fines de la pena y de la ejecución penal que se han desarrollado precedentemente en esta investigación.

Aunado a lo anterior, estos fines tienen sustento en la dignidad de la persona, toda vez que, "(...) que el interno de un establecimiento penitenciario, no es una persona eliminada, excluida o separada de la sociedad, sino que por el contrario sigue siendo parte de ella (...)" (Zegarra Azula, 2013). Esto, se encuentra establecido en el artículo 1 del Código de Ejecución Penal, que reza así: "El interno goza de los mismos derechos que el ciudadano en libertad sin más

limitaciones que las impuesta por la Ley y la sentencia respectiva” (PE, 1991).

Pues bien, los beneficios penitenciarios que regula el Código, son el permiso de salida, la redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad, liberación condicional, visita íntima y otros beneficios. Para efectos de este trabajo, se va a desarrollar lo pertinente a los beneficios de Redención de la pena por el trabajo y educación; semi-libertad y libertad condicional.

A. Redención de la Pena por Trabajo y Educación

Este beneficio se encuentra regulado en el Capítulo Primero, título cuarto, sección II del Código de Ejecución Penal peruano, específicamente en los artículos comprendidos entre el 44 y 48. Más allá de las excepciones en los que no se aplica este beneficio, contemplados en la norma, cabe resaltar su importancia, tal y como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, el que refiere:

...el Código de Ejecución Penal señala que la redención de la pena por el trabajo y la educación es una institución de prevención especial que permite reducir el tiempo de duración de la pena al interno que desempeñe una actividad laboral o educativa, bajo el control de la administración penitenciaria. Así pues, la redención de la pena por el trabajo y la educación desempeña el rol de elemento despenalizador dentro de la ejecución penal, pues el tiempo redimido tiene validez para acceder a la semilibertad, la liberación condicional y para su acumulación con el tiempo de reclusión efectiva; siendo atribución del Consejo Técnico Penitenciario [a cargo] el organizar el expediente de condena cumplida por redención de la pena por el trabajo y/o la educación y facultad del director del establecimiento penitenciario [a cargo] el

resolver tal petición... (STC. N.º 03648-2011-PHC/TC, 2012).

Este beneficio, más que serlo, como se indica en la sentencia citada, es un instrumento para llegar a obtener los beneficios de libertad condicional y semi-libertad. Sin embargo, a pesar de su carácter instrumental, es de mucha importancia, puesto que, si se recorta este beneficio, el condenado no podrá acceder a los dos beneficios mencionados, que es con los cuales finalmente consigue su libertad antes del tiempo de establecido en su sentencia condenatoria.

Otro aspecto fundamental de la redención de la pena por trabajo y educación, es justamente estas actividades que se establecen como requisitos, dado la importancia del derecho al trabajo y a la educación no solo para realizar el principio de resocialización del condenado, sino que al ser derechos fundamentales no pueden ser restringidos de ninguna forma; aún más, si como fin de la pena, el sentenciado que ingresa a un centro penitenciario, aparte de pagar por su delito cometido, es para que este, una vez terminado su condena, pueda reinsertarse en el sociedad de la que forma parte.

B. El beneficio penitenciario de Semi-libertad

Este beneficio está desarrollado en el artículo 48 del Código de Ejecución Penal, que después de algunas modificaciones, establece que:

...el interno con primera condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la tercera parte de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez. (SPIJ).

Entre las características que resaltan, de lo redactado en este artículo, se encuentra que el interno haya sido sentenciado por primera vez y haya cumplido con la tercera parte de la pena. Entonces, para que se conceda este beneficio, se debe tener en cuenta los requisitos de legales exigidos, a su vez, se atenderá a la evaluación que realice el Juez, según cada caso. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 14 de la sentencia recaída en el expediente N° 1594-203-HC/TC,

...evaluación del Juez que eventualmente le permita suponer que la pena ha cumplido su efecto resocializador dando muestras razonables de la rehabilitación del penado y que, por lo tanto, le corresponda su reincorporación a la sociedad. (TC, 2003).

De lo mencionado por el Tribunal, se percibe que el cumplimiento del efecto resocializador, en el penado, integra una parte

fundamental para otorgar este beneficio, es decir, que no solo basta con que se cumplan con los requisitos formales exigidos por la norma, sino que además de ello, se vea en el interno un cambio, si cabe el término, como consecuencia de su resocialización.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 03754-2012-PHC/TC, en su fundamento 5, ha establecido que:

...la concesión de un determinado beneficio penitenciario, como la libertad condicional o la semilibertad a favor de un interno, está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar que el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena permita prever que éste está apto para ser reincorporado a la sociedad, precisamente por haber dado muestras, evidentes y razonables, de haberse reeducado y rehabilitado.

Esto, concuerda con lo instituido en el artículo 52 del Código de Ejecución, en donde se establece que:

El juez concederá el beneficio penitenciario de semi – libertad o liberación condicional, cuando durante la audiencia se haya podido establecer que el interno ha alcanzado un grado de readaptación que permita pronosticar que no volvería a cometer nuevo delito al incorporarse al medio libre; en este sentido, las actuaciones de las audiencias de beneficios penitenciarios se orientarán a debatir las condiciones de readaptación alcanzadas por el interno.

Así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también en la norma se prescribe que, más allá de, el condenado, haber cumplido con requisitos establecido por Ley, también se toma en cuenta la verdadera readaptación del

penado, el cual, podrá prever que el beneficiario no volverá a cometer nuevos actos delictivos

Cabe mencionar que, este beneficio no es de aplicación para todos los reos, sino, únicamente para aquellos que no se encuentren dentro de las limitaciones contenidas en el artículo 46 del Código de Ejecución Penal.

C. El beneficio penitenciario Libertad condicional

Este beneficio se encuentra en el artículo 49 del Código de Ejecución Penal, que después de algunas modificaciones, establece que:

El beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la mitad de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez."

Este beneficio tiene requisitos diferentes al anterior mencionado, tales como que el internado ya haya sido condenado anteriormente, es decir, que sea la segunda condena por la que

haya sido condenado y con la mitad de la pena. Empero, tiene algunos aspectos en común con el beneficio anterior desarrollado. Tales como, la competencia del Juez, los requisitos que se encuentran en el artículo 52 de dicho Código.

Estos tres beneficios penitenciarios que se restringen en la artículo 4 de la 26320, son sumamente importantes para que el recluso, al menos intente por reinserirse en la sociedad; sin embargo, si para algunos delitos, como los establecidos en la cuestionada ley, no se aplican, esto de ninguna manera incentiva al recluso, primero, a tener un buen comportamiento dentro del centro penitenciario; en segundo lugar, con la restricción del beneficio de redención de pena por trabajo y educación, al estar desincentivado el recluso, no optará ni por trabajar ni por estudiar, por el contrario, pasará sus días en la cárcel sin hacer nada.

2.5.4. Respecto de la sentencia N° 0012-2010-PI/TC, que declara constitucional la prohibición de los beneficios penitenciarios en el caso del delito de violación sexual de menor de edad

Lo que se discute en esta sentencia es la constitucionalidad de la ley N° 28704, en la que se 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, se restringen su aplicación a lo condenados por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

Ante esta situación, 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” (Arbulú Martínez, 2011, pág. 1).

Empero, antes de aplicar el test de igualdad, es necesario recordar los niveles de intervención al principio de igualdad, así se tiene los desarrollados por el Tribunal Constitucional:

Intensidad grave cuando la diferenciación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por el artículo 2, 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). (Arbulú Martínez, 2011, pág. 2)

El recordar los niveles de intervención al principio de igualdad, es importante, puesto que, el propio Tribunal Constitucional a través de su reiterada jurisprudencia 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). En consecuencia, según lo dicho, la

afectación al principio de igualdad, se encuentra en el tercer nivel, es decir, de intensidad leve.

Teniendo la premisa de que la afectación es leve, el Tribunal realiza el análisis del sub principio de idoneidad, ante lo cual, plantea 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. (Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj, 25)

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? (Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj. 26)

El máximo intérprete de la Constitución, se responde a 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. (Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj. 27)

Cabe resaltar que, el Tribunal Constitucional justifica la idoneidad y la necesidad de la restricción de los beneficios penitenciarios, y consecuentemente, la intervención al principio de igualdad basándose en el *quantum* de la pena, dando a entender que, si el *quantum* de la pena es mayor, la protección de los menores de edad será mejor, es decir, no se cometerán violaciones contra estos. Lo que el Tribunal olvida es que, no está partiendo de la finalidad de la pena, no al menos en lo que se encuentra reconocido en el artículo 139, inciso 22, o sea, el principio de resocialización, sino que, toma la teoría de la prevención general de la pena en su vertiente negativo, afirmando que, con la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa, se logra desmotivar la comisión de los actos delictivos. De ser esto cierto, la política criminal no estaría en aumento, tal y como se verificó con la dación de normas que cada vez restringen los beneficios penitenciarios.

Luego, de haberse percatado de que supera el sub principio de idoneidad, analiza el sub principio de proporcionalidad propiamente dicho, ante lo cual, indica 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” (Más de 5,000

ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj. 28). Continúa diciendo que,

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. (Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj. 28)

En ese sentido, el Tribunal recuerda cuáles 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. (Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, 2011, fj. 29)

A juicio del Tribunal Constitucional los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional.

Restricciones como estas, no ayudan en nada a cumplir con la finalidad preventiva especial positiva de la pena, es decir, resocializar al condenado, que, aunque recluso, sigue siendo persona y, por el respeto de su dignidad, al menos se le debe brindar

una oportunidad de enmendar sus errores, que, como cualquier persona, cometió.

2.6. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE BENEFICIOS PENITENCIARIOS

2.6.1. Ley de Ejecución Penal y Supervisión de Bolivia

Mediante Ley N° 2298 del 20 de diciembre de 2001 el país de Bolivia decretó la Ley de Ejecución Penal, que tiene por objeto regular la ejecución de las penas y medidas de seguridad dictadas por los órganos jurisdiccionales competentes (art. 1.1), cuya finalidad de la pena es la de proteger a la sociedad contra el delito y lograr la enmienda, readaptación y reinserción social del condenado a través de una cabal comprensión y respeto de la ley (art.3).

La ejecución de la pena se basa en el sistema progresivo que promueve la preparación del interno para su reinserción social. Este sistema limita a lo estrictamente necesario la permanencia del condenado en régimen cerrado (art. 10).

En Bolivia, respecto al delito de Tráfico Ilícito de drogas, está vigente la Ley 1008 que integra tanto el régimen referido a la hoja de coca como el régimen de sustancias controladas y tiene 149 artículos. Esta norma define 32 tipos penales, formas específicas de juzgamiento y organismos competentes. Pero sus ambigüedades e imprecisiones en varios aspectos han dado lugar a una sobrepenalización. Un ejemplo de esto es que la ley no establece la diferencia entre narcomenudistas y narcotraficantes mayores, de

modo que, sin contemplarse el volumen de droga implicada, las penas van desde 1 año para productores de plantas controladas hasta 25 años por tráfico. La ley es ambigua también en la definición de fabricación, posesión, almacenamiento, entrega, suministro, compra, venta, como donación y/o cualquier tipo de transacción.

Dentro de los períodos del sistema progresivo clasifica al período de observación y clasificación iniciales (art. 164), período de Readaptación social en un ambiente de confianza (art.165), período de prueba (art. 166), salidas prolongadas (art.167), Extramuro (art. 169) que permite trabajar o estudiar al interno fuera del establecimiento penitenciario, debiendo retornar al final de la jornada de trabajo o estudio, existiendo limitación para los condenados a una pena privativa de libertad superior a quince años por delitos tipificados en la Ley 1008 del Régimen de la Coca y Sustancias Controladas. Finalmente, se establece como último período del sistema progresivo a la Libertad Condicional (art. 174), que consiste en el cumplimiento del resto de la condena en libertad, no restringiendo el acceso a este beneficio penitenciario o período del sistema progresivo para el caso de sentenciados por drogas.

2.6.2. Código de Procedimiento Penal de Colombia

Mediante Ley 906 del 31/08/2004, se expide el Código de Procedimiento Penal de Colombia, el mismo que establece en el Libro IV, sobre la Ejecución de Sentencias; en el Título I hace referencia a la Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad. Así

tenemos que el Capítulo I, se refiere a la Ejecución de penas, siendo que el art. 459, establece que la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

En el Capítulo III, se establece la Libertad Condicional, siendo que en el art. 471, referido a la solicitud, hace referencia que el condenado que se hallare en las circunstancias previstas en el Código Penal podrá solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la libertad condicional, acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos establecidos en el Código Penal, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres días siguientes. En caso se haya impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional.

Como vemos el país de Colombia no tiene un Código de Ejecución Penal, siendo que la institución jurídica de Libertad Condicional, lo establece en su Código de Procedimiento Penal, no estableciendo restricción alguna para casos de sentenciados por Tráfico Ilícito de Drogas.

2.6.3. Legislación de otros países de Latinoamérica

Los países latinoamericanos no siempre han tenido leyes de drogas severas. La adopción de las leyes actualmente en vigor se inició en las últimas cuatro décadas, primero bajo los regímenes autoritarios en algunos países y luego durante un período de intensa presión internacional, y de los Estados Unidos en particular, para endurecer las penas por delitos de drogas.

En algunos de los países como Argentina y Brasil, la legislación sobre drogas caracterizada por duras sanciones penales se produjo durante regímenes autoritarios. Esta legislación se basó en modelos externos, y se implementó bajo la presión internacional o bilateral, usando diversos instrumentos de condicionamiento. Entre estos instrumentos están las convenciones de Naciones Unidas: la Convención Única de Estupefacientes de 1961, y su Protocolo de 1972; la Convención de Sustancias Psicotrópicas de 1971; y la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988. Este último tratado obligó a los países que lo ratificaban a adaptar su legislación nacional criminalizando todos los actos – a excepción del consumo – relacionados con el mercado ilícito de las sustancias controladas. Un caso extremo es el de Ecuador, país que debido a la presión estadounidense tiene una de las leyes sobre drogas más duras de América Latina. Al parecer, en los acuerdos bilaterales de cooperación antidrogas entre los Estados Unidos y Ecuador, venían incluidas cuotas de detenciones por delitos de drogas. A fin de

cumplir el acuerdo, Ecuador tenía que mostrar un número mayor de acusados y juzgados por delitos de drogas. Otro ejemplo es el de Bolivia, cuya Ley 1008 habría sido redactada por funcionarios del Gobierno estadounidense.

CAPÍTULO III:

RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Relación entre los beneficios penitenciarios y el principio de resocialización, con referencia al derecho penal del enemigo

La discusión que se origina en torno a los beneficios penitenciarios tiene su foco en cuanto a la delimitación de su naturaleza; pues, el sector de la doctrina que los considera derechos (Matos Ortega, 2017) acierta en cuanto a la importancia de la razón que subyace a su aplicación, es decir que, los beneficios penitenciarios no constituyen únicamente mecanismos para facilitar la premiación de la buena conducta o la fijación de los parámetros de estancia al interior del Establecimiento Penitenciario, sino que, constituyen la dimensión real, material, fáctica del principio de resocialización y del derecho de los internos de ser reeducados, rehabilitados y reinsertados en la sociedad.

Con ello se extrae una primera afirmación acorde con las doctrinas pos positivistas contemporáneas (es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral); el derecho no está compuesto únicamente por principios generales e inmutables o por disposiciones normativas debidamente formalizadas y positivizadas en un documento normativo; sino que, se configura diariamente, en

la actuación misma de los operadores jurídicos, actuaciones de las cuales el tratamiento resocializador es parte.

Lo dicho permite traer a colación el importante aporte de la teoría tridimensional del Derecho que propone dimensiones del mismo, una dimensión deontológica, que está conformada por el concepto tradicional de derecho, es decir, entendido como el deber ser y consignado en disposiciones normativas; una dimensión axiológica, que le da fundamento a las disposiciones normativas y que, a pesar de ser general y básica, no es inmutable y absoluta y; finalmente, una dimensión fáctica que permite avizorar su aplicación, su perspectiva real, su configuración material.

Pues bien, tales dimensiones son concurrentes y equivalentes, ninguna es mayor o más importante sobre la otra y, todas, constituyen un elemento componente del contenido del Derecho como fenómeno de la realidad jurídica.

Estas precisiones generales, buscan ser aplicadas al tema particular de los beneficios penitenciarios y su relación con el principio resocializador, pues, no se trata más que de la visión de las configuraciones del Derecho como fenómeno de la realidad jurídica; al respecto, no es posible hablar del Derecho como ciencia o como disciplina puesto que la importancia del mismo sobrepasa al ámbito meramente académico, o al meramente jurisdiccional o al meramente normativo; el derecho se ha convertido en un fenómeno importante de la sociedad, no un fenómeno natural, pero sí uno que

se desprende de las múltiples realidades con implicancias jurídicas que se presentan en su interior.

Como tal, como fenómeno que se presenta dentro de las sociedades, es que debemos ser conscientes de sus múltiples configuraciones, las cuales varían desde las constantes discusiones teóricas que buscan dotar de contenido a sus dogmas, pasando por los principios y derechos fundamentales que se reconocen a partir de dichas discusiones, mismo que luego inspiran regulaciones y disposiciones normativas varias, que luego, son utilizadas en la realidad fáctica; todas éstas, dimensiones de un mismo fenómeno.

Así ocurre con la teoría de la resocialización que, primero fue presentada en el ámbito teórico, con las previsiones de conspicuas mentes que discutieron sus elementos, su alcance y cimentaron su contenido, tal y como ha sido desarrollado en el marco teórico del presente informe; teorías que luego han servido para inspirar principios como el del régimen penitenciario, reconocido constitucionalmente, cuyo objeto es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Es decir que, el principio del régimen penitenciario trae inserto la idea de resocialización y la orienta en tres dimensiones, la necesidad de proporcionar una educación que logre transformar las prácticas contrarias a las convenciones sociales en prácticas aceptadas socialmente, la necesidad de proporcionar tratamientos de

rehabilitación tanto desde la perspectiva conductual como social y la dotación de medios para la reinserción en la sociedad.

Para lograr tal cometido, el Código de Ejecución Penal desarrolla estrategias, actividades componentes del tratamiento resocializador, dentro de las cuales se encuentran aquella que influyen directamente en la conducta y desarrollo de capacidades en los internos, como aquellas que fomentan o animan a su aplicación, dentro de las últimas se encuentran los beneficios penitenciarios, que constituyen alicientes para que el interno tome las actividades resocializadoras como una influencia positiva en su tratamiento y como una esperanza para mejorar su proyecto de vida en un periodo razonable.

Es en esto último en lo que radica la visión de los beneficios penitenciarios como derechos, no entendidos como derechos objetivos reconocidos en la codificación, ni como derechos subjetivos de interés personal, sino como derechos sociales que consiguen la configuración de un control social más efectivo a través del beneficio mismo del interno (Urías Martínez, 2001); es decir, el culmen o cierre de todo un camino jurídico para dar cumplimiento a la finalidad preventiva especial positiva de la pena; es decir, el derecho penal en su total expresión.

El contrasentido parece presentarse al momento de referirnos al derecho penal del enemigo que, como doctrina y adaptación

normativa, justifica la negación de determinados beneficios e inclusive derechos a determinado sector de la población que, desde esta perspectiva, no admite resocialización o ha lesionado un bien jurídico de suma importancia para la sociedad.

Al respecto cabe preguntarse si existe un bien jurídico mayor que la libertad personal y todos los derechos que le son conexos, incluido el derecho a una vida digna, dentro del cual está el desarrollo de un proyecto de vida adecuado y la protección misma de la integridad psíquica, moral y psicológica del condenado.

Sustentar la validez de las decisiones basadas en el derecho penal del enemigo, es tanto como admitir la derrota de la teoría de la resocialización y las finalidades del derecho penal; es tanto como estigmatizar a un grupo de ciudadanos y negarles la posibilidad de acceder a determinados derechos por la sola justificación de que son incorregibles; bajo una perspectiva de superego del legislador y el administrador del sistema penitenciario.

Admitir la validez del derecho penal del enemigo, es tanto como negar la existencia del derecho penal de acto para sancionar al autor; es, en suma, separar un sector del derecho penal y aislarlo del sistema en su totalidad, admitir la validez de la discriminación negativa, fundada en presunciones realizadas desde el escritorio y sin posibilidad de conocer las implicancias de cada caso concreto para la toma de la decisión del favorecimiento o no con un beneficio penitenciario.

La aceptación del derecho penal del enemigo en las disposiciones normativas relativas a los beneficios penitenciarios es una manera de mantener abierta la puerta del positivismo excluyente que niega la posibilidad de tener en cuenta la moral crítica para el establecimiento de las disposiciones normativas y la facultad del juez para analizar caso por caso la pertinencia y correspondencia de los hechos con el derecho; vale decir, se encuentra fundada en la percepción de un derecho positivo duro, infranqueable, autosuficiente, sin una posibilidad de humanidad.

3.1.2. Efectos que causa sobre el principio de igualdad la discriminación negativa contenida en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320

La igualdad es un derecho fundamental de carácter personal, pero con implicancias sociales puesto que la afectación impune del derecho a la igualdad de una sola persona genera la posibilidad de futuras afectaciones de más individualidades y, en consecuencia, afectación de la sociedad en su conjunto.

Al respecto, queda sentado que la protección del derecho a la igualdad no necesariamente respalda la prohibición de la discriminación, que no necesariamente es mala, puesto que, dentro de toda sociedad existen diferencias entre sus individuos, pero estas diferencias radican en la naturaleza misma de los individuos, es decir, se puede hacer diferenciación entre varones y mujeres por cuestiones naturales, como ocurre en el caso de la licencia por

maternidad, o entre la posibilidad de contar ejercer o reclamar sus derechos en el caso de los incapaces absolutos y en el caso de quienes no sufren incapacidad; entre otras varias circunstancias que se desprenden de la naturaleza misma de los individuos o de las situaciones jurídicas por las que atravieses.

En ese sentido, es posible sustentar la inclusión de fórmulas o disposiciones normativas que realicen discriminación positiva entre dos individuos que cuenten con características propias, particulares, pero características derivadas de la naturaleza misma y no imputadas o formuladas de manera abstracta; porque de tomarse medidas de este tipo, se corre el riesgo de que sean los propios legisladores o juzgadores los que decidan cuándo hacer y cuándo no hacer discriminación; discrecionalidad que puede llevar a la arbitrariedad.

Con lo dicho, puede resumirse que lo que diferencia a la discriminación positiva de la negativa, es el hecho de que la primera se realiza bajo parámetros de objetividad e imparcialidad, a diferencia de la segunda que puede ser tomada de manera arbitraria, desproporcional y que termina por afectar un bien jurídico determinado.

En el caso de los delitos, la diferenciación que se realiza entre un delincuente y otro no depende del individuo mismo ni de su naturaleza como ser humano, sino de la gravedad del bien jurídico tutelado por el tipo penal, es decir, una consideración jurídica externa

a la propia naturaleza, que depende de otras externalidades como la toma de políticas criminales, la toma de decisiones carentes de política criminal y tendientes a los actos de proselitismo entre otras múltiples circunstancias derivadas que no necesariamente guardan relación con las posibilidad de realizar una discriminación positiva que se desprenda de la propia naturaleza del ser humano que ha cometido un delito.

Dicho de otra forma, no existe justificación para trazar diferencias de naturaleza entre una persona que comete el delito de estafa, una que comete el delito de robo, una que comete el delito de violación sexual y una que comete el delito de tráfico ilícito de drogas; no es posible, jurídicamente hablando, porque ninguno deja de ser considerado ser humano causa de la comisión delictiva y ninguno pierde la posibilidad de reeducarse, rehabilitarse y reintegrarse a la sociedad, al menos no desde una perspectiva general, abstracta, visto a priori; pues ello involucraría la admisión de un visión discriminadora negativa del derecho penal.

Recuérdese que el derecho penal, al menos dentro del ordenamiento jurídico peruano, no es de autor sino de acto, lo que se sanciona es el acto cometido, no al autor que lo comete; en ese sentido, no puede afectarse al mismo por consideraciones que son extrañas o adicionales al acto delictivo cometido, ni siquiera bajo el velo de la gravedad del bien jurídico protegido penalmente.

Ahora, es totalmente cierto que el bien jurídico protegido en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas es sumamente importante y su lesión reviste también suma gravedad; no obstante, la forma de tasar dicha afectación es a través de la prognosis de pena y la determinación de la misma en cada caso concreto; no obstante, los efectos de la sanción por el acto que lesiona el mencionado bien jurídico, no puede ni debe extenderse hacia otros aspectos de la vida de la persona que ha cometido el delito, pues, ello indicaría una persecución de delincuente y no del delito.

Esta situación de persecución del delincuente para algunos casos, genera, a su vez, una discriminación negativa puesto que diferencia entre los condenados de acuerdo al tipo de delito cometido y genera la falacia de que, quienes afectan un bien jurídico más importante no tienen posibilidad de resocialización por lo que les proscriben los beneficios penitenciarios y se les incrementan las penas y, quienes han afectado bienes jurídicos más leves, tienen posibilidad de resocialización y sus penas debe ser igualmente leves.

Se trata de una falacia puesto que, nuevamente, se afecta al delincuente y no al acto, pero además porque es en cada caso específico que se puede observar la posibilidad de resocialización o no de un delincuente, no de manera abstracta, no puede irresponsablemente ubicarse a todos los individuos que han lesionado un bien jurídico de “mayor relevancia” dentro del saco de los inservibles, de quienes nada tienen ya que aportar a la sociedad;

puesto que cada individuo cuenta con circunstancias propias que pueden haberle orillado a la comisión del delito, cabe la posibilidad de que no tenga visos de resocialización, pero también cabe la posibilidad de que sí los tenga, y, estableciendo fórmulas generales que nieguen de manera absoluta tal posibilidad, lo único que se está consiguiendo son normas parcializadas, subjetivas, irracionales y con alto grado de desproporción con la situación fáctica a la que serán aplicadas.

Una situación de iniquidad de este tipo no puede ocurrir en el derecho penal que es uno de los derechos que más afectan las libertades personales y que es de última ratio, ni en cualquiera otro de las materias jurídicas que deben caracterizarse por la objetividad.

3.1.3. Concurrencia de del principio de razonabilidad en las medidas legislativas reguladas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320

El principio de razonabilidad es un principio fundante dentro de cualquier ordenamiento jurídico que tiene como contenido al uso racional de la razón, orientado también en términos de equidad y que condiciona la actuación legislativa y administrativa; es decir, se instituye como el presupuesto a tener en cuenta cada vez que se va a tomar una medida legislativa, administrativa o ejecutiva; pues, todas estas actuaciones de parte de los funcionarios del Estado deben materializarse teniendo en cuenta límites y parámetros objetivos.

Este principio no se encuentra taxativamente contemplado en el ordenamiento constitucional pero se desprende de los mandatos contenidos en el artículo 139, en cuanto se exige la configuración de un debido proceso del cual se desprende el debido procedimiento, la aplicación de la ley más favorable, la existencia de un juez imparcial y natural, entre otros; además de las regulaciones específicas que se encuentran en los títulos preliminares de las leyes, como el principio de legalidad y razonabilidad misma del TUO de la ley 27444, artículo IV, numerales 1.1 y 1.4; o la obligación de seguir los procedimientos para legislar contemplada en el artículo 4 del Reglamento del Congreso; o el propio principio de razonabilidad señalado por la Comisión de Constitución y Reglamento en su Informe presentado el 27 de enero del 2004 y aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de enero del mismo año.

Así, a pesar de que el principio no cuenta con regulación constitucional expresa, sí es de aplicación como razón subyacente (El adjetivo **subyacente** se corresponde con el verbo subyacer, que significa estar por debajo de algo o permanecer oculto) de cualquier medida legislativa, administrativa o ejecutiva, como "...la exclusión de toda arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de las prerrogativas de los poderes públicos..." (Bidart Campos, 2008, p. 118).

Con lo dicho, una de las prerrogativas de los poderes públicos, contemplada desde el artículo 90 hasta el 109 del texto

constitucional, es la facultad legislativa que es ejercida por el Congreso de la República, por delegación por el Poder Ejecutivo y, por los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales en virtud de la descentralización; bajo este entendido, todos los procedimientos y consideraciones previas a la realización de una medida legislativa, debe tener inserto el principio de razonabilidad, el mismo que se fija en virtud de los parámetros y límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico y, de no ser así, por los propios valores desarrollados por la teoría, doctrina y jurisprudencia.

Este es el caso del derecho penal que, como razón subyacente tiene a la teoría del derecho penal del acto y no de autor, lo que involucra que todas las medidas legislativas tomadas en torno al derecho penal deben respetar esta prescripción antes de configurarse; en el caso específico de la restricción de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a los delitos contenidos en los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, cuando no se trate de la primera condena a pena privativa de libertad y; la negación de dichos beneficios penitenciarios a los sentenciados por los delitos contemplados en los artículos 296 A, 296 B, 296 C y 297 del Código Penal.

La diferenciación o discriminación de este sector de la población penitenciaria para acceder a los referidos beneficios penitenciarios no se funda en sus diferencias naturales, sino en el tipo penal que

han cometido, es decir, se realiza una aplicación del derecho penal de autor y no de acto, puesto que lo que se afecta no es solamente la consecuencia jurídica del acto, la pena, sino además cualquier posibilidad de acceder al tratamiento resocializador, puesto que al ser las penas altas y no existir acceso a los beneficios penitenciarios, se termina por anular el sentido o la intención del tratamiento resocializador que es reinserirse en la sociedad.

En el caso específico del delito contenido en el artículo 296- A, primer párrafo del Código Penal, tiene como pena privativa de libertad para el tipo base, de 8 a 15 años; de lo que se puede colegir que, un condenado a 15 años de pena privativa de la libertad que cuente con 30 años de edad, por más que desarrolle las actividades para el tratamiento resocializador, sea que se reeduce o se rehabilite, su reinserción a la sociedad únicamente podrá configurarse cuando este tenga 45 años, ya que no cuenta con la posibilidad de redimir su pena con educación o trabajo ni posibilidad de acceso a la liberación condicional o semilibertad; es decir que, tomando en cuenta su edad y los cambios de la sociedad en ese rango de tiempo, cuenta con una baja o nula posibilidad de reinserción, lo que, podría redundar en una vuelta a la criminalidad.

Independientemente de lo último, es decir el incremento de la posibilidad de reincidencia, el hecho mismo de frustrarse la posibilidad de reinserción en la sociedad del condenado afecta directamente el principio de resocialización contenido en el artículo

139, numeral 22 de la Constitución Política del Perú, lo que hace de esta medida legislativa una medida irracional.

Una situación más grave se presenta en el caso del tercer párrafo del mismo artículo en el que la prognosis de pena tiene como límite mínimo 25 años y como límite máximo 35 años; es decir que, el condenado por esta agravante, anula definitivamente su posibilidad de resocialización; se remarca el hecho de que no basados en el acto cometido, sino en la presunción de que el autor es irresocializable, una presunción por demás subjetiva que no puede ser considerada en abstracto, sino que exige la concurrencia de un tratamiento resocializador para ser comprobada; no obstante, medie o no un tratamiento resocializador en el caso particular, dada la imposibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios, ningún sujeto condenado por este delito tiene la posibilidad de reinserción a la sociedad; pensemos en un sujeto que cuenta con 25 años de edad que va a volver a la libertad a los 50 años en el mejor de los casos y a los 60 en el peor, que decir de las personas que cuenten con 30 años o más.

Igual situación puede argumentarse en el caso del artículo 296 – B del Código Penal que tiene una prognosis de pena entre 7 y 12 años; 296-C, entre 3 y 8 años; 297 primer párrafo, entre 15 y 25 años; 297 segundo párrafo, entre 25 y 35 años; 298 segundo párrafo, entre 6 y 10 años; etc.

Circunstancias varias en las que se proscribe la posibilidad de reinserción en la sociedad en base a una diferenciación en el bien jurídico protegido por el tipo penal pero no en diferencias naturales entre delincuentes, puesto que éstas no existen, al menos no de manera abstracta; error legislativo que constituye una grave lesión al principio de razonabilidad.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis propuesta en el presente trabajo de investigación es la siguiente:

Existe una vulneración de los principios de igualdad y de resocialización con la regulación establecida en los párrafos primero y segundo del artículo 4 de la ley 26320 sobre delitos de Tráfico Ilícito de Drogas en las modalidades de Comercialización y cultivo de amapola y marihuana y su siembra compulsiva (296 A del Código Penal); Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (296 B del C.P); Penalización de la resiembra (296 C del C.P), y las Formas agravadas (297 del C.P).

Lo que ha sido contrastado a partir de la discusión de resultados, en cuanto al primer extremo, es decir, la colisión con el principio de igualdad, ocurre que la medida legislativa importa una discriminación negativa entre los diversos agentes que cometen delitos en el país, diferenciación basada no en cuestiones naturales y objetivas, sino en la percepción de que lesionando un bien jurídico importante puede extenderse el castigo de la pena privativa de la libertad a la imposibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios de

redención, liberación condicional y semilibertad, lo que involucra también la imposibilidad de acceder a la resocialización misma.

Este tratamiento diferenciado entre sujetos que cuentan con la misma naturaleza, es por demás arbitrario, parcializado y carente de objetividad, lo que termina, a su vez, por afectar también el principio de razonabilidad como parámetro de actuación del legislador, arbitrariedad que, unida al *quantum* punitivo con el que cuentan los delitos contenidos en los artículos 296 – A, 296 – B, 296 – C y 297 del Código Penal, hacen imposible la resocialización y, en el caso de los artículos 296, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, reducen considerablemente la posibilidad de resocialización; lo que involucra que la medida legislativa contenida en el artículo 4 de la Ley 26320 resulte arbitraria.

Finalmente, dicha medida legislativa, no cumple con los presupuestos para superar el test de adecuación o idoneidad para el cumplimiento con los fines de la pena, puesto que existen medidas más satisfactorias para cumplir con tal finalidad, tales como el propio tratamiento resocializador que busca disminuir la delincuencia y termina por proteger de una manera más adecuada el bien jurídico penalmente tutelado en el tipo penal.

En consecuencia, la hipótesis ha sido contrastada, pues la medida legislativa tomada en el artículo 4 de la ley 26320 resulta irracional, desproporcionada y lesiva del principio-derecho de igualdad.

3.3. PROPUESTA NORMATIVA

Antes de presentar la fórmula legal, se debe de mencionar que, en primer lugar, lo que se busca es derogar la ley N° 26320, en su totalidad, a pesar de que la presente investigación se basó únicamente en el artículo 4; puesto que, se trata ya de una ley desfasada, proponiendo se mantenga en parte lo que establece el decreto legislativo 1296, referido a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo, semi libertad y liberación condicional; en segundo lugar, proponemos que se agreguen otros beneficios penitenciario para casos de sentenciados con una tercera condena a más, graduando su concesión sin restringir totalmente el acceso a beneficios penitenciarios, a lo cual denominaremos: “liberación especial”, quedando redactado el código de ejecución penal de la siguiente manera:

APRECIACIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Para la elaboración de la presente proposición legislativa se ha tenido en cuenta lo establecido por el artículo 75 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos de las proposiciones legislativas.

El referido artículo establece que las proposiciones de ley deben contener una exposición de motivos donde se expresen sus fundamentos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, el análisis costo-beneficio de la futura norma legal incluido, cuando corresponda, un comentario sobre su incidencia delictiva. De ser el caso, la fórmula legal respectiva que estará dividida en títulos, capítulos, secciones y artículos. Estos requisitos sólo pueden ser dispensados por motivos excepcionales.

Para efectos que pueda ser presentada la iniciativa legislativa, el artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República establece requisitos especiales que resulta importante tenerlos presente.

En efecto, si fuera de interés que sea presentado por el presidente de la República, deben estar refrendadas por el presidente del Consejo de Ministros y, en forma opcional, por el ministro o ministros cuyas carteras se relacionan en forma directa con la materia cuya regulación se propone.

Si fuera presentada por los Congresistas, se le incorpora el desarrollo de la “Vinculación con el Acuerdo Nacional”, en atención a que es una de las exigencias prevista en el inciso e) del segundo numeral del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, referente a los requisitos especiales para presentar proposiciones legislativas que deben de cumplir los Congresistas.

En caso que fuera presentado por los ciudadanos, la iniciativa legislativa debe de ir acompañada por las firmas de por lo menos 0.3% de la población electoral y una resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, que declare expedito el procedimiento al haberse realizado la comprobación de firmas, de acuerdo con la ley, que regula la materia. El oficio de remisión al Congreso debe estar firmado por uno o por los diez primeros ciudadanos que suscriben la iniciativa, indicando, además del número de DNI, la dirección donde deba notificársele en caso necesario.

Si el Proyecto de Ley fuera presentado por el Poder Judicial o el Ministerio Público, o los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión.

A continuación, el desarrollo de la proposición legislativa:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La exposición de motivos del presente se encuentra en la discusión de resultados y contrastación de hipótesis de la presente tesis.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Ministerio Público en lo que respecta a la ejecución de la notificación que se hace referencia en la fórmula legal, sin demandar recursos adicionales del tesoro público.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía toda vez que quienes fuesen investigados en por la imputación de la comisión de un ilícito penal, tienen mayor posibilidad de tiempo para poder designar al abogado defensor de su libre elección, brindándole mayor tiempo para que desarrolle una teoría del caso sustentable en aplicación del principio del debido proceso.

Asimismo, también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso judicial de otorgamiento de beneficios penitenciarios, así como a la ejecución del tratamiento resocializador y configuración del derecho a la resocialización, toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que cumplan de la mejor manera posible su objetivo fundamental que es la correcta administración de justicia.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar materializar el principio – derecho de reeducación, rehabilitación y reinserción en la sociedad del condenado que se describe en nuestra Carta Magna; así como la protección del derecho a la igualdad en su vertiente de prohibición de la discriminación negativa y la validación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (...) g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

FÓRMULA LEGAL

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

**LEY QUE DEROGA LA LEY N° 26320 Y MODIFICA EL DECRETO
LEGISLATIVO N° 1296**

Artículo 1. Objeto de la Ley

Derogar la Ley 26320, con la finalidad de otorgar al condenado por los delitos contenidos en los artículos 296, 296 A, 296 B, 296 C, 297, 298, 300, 301 y 302 del Código Penal, la posibilidad de acceder a los beneficios penitenciarios de redención de pena, liberación condicional y semi libertad; en protección del derecho-principio a la igualdad, a su derecho a la resocialización y en virtud de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la toma de medidas legislativas. Y, modifica el decreto legislativo N° 1296.

Artículo 2. Derogación de la Ley 26320

DERÓGUESE la Ley 26320.

Artículo 3. Modifíquese el decreto legislativo N° 1296 en los siguientes términos

Artículo 44º.- Redención de pena por el trabajo

El interno ubicado en la etapa de mínima, mediana y máxima seguridad del régimen cerrado ordinario redime la pena mediante el trabajo a razón de un día de pena por dos días de labor efectiva, que serán abonados para el beneficio de semilibertad.

El interno redimirá 1 día de pena por 5 días de labor efectiva que serán abonados para el beneficio de liberación condicional.

El interno redimirá 1 día de pena por 7 días de labor efectiva que serán abonados para el beneficio de liberación especial.

Artículo 45º.- Redención de pena por estudio

El interno ubicado en la etapa de “mínima” y “mediana” seguridad del régimen cerrado ordinario redime la pena mediante la educación a razón de un día de pena por dos días de estudio, aprobando previamente la evaluación periódica de los estudios; que serán abonados para el beneficio de semilibertad (...) el interno redimirá 1 día de pena por 5 días de estudio que serán abonados para el beneficio de liberación condicional. El interno redimirá 1 día de pena por 7 días de estudio que serán abonados para el beneficio de liberación especial.

Artículo 48º.- Semi-libertad

El beneficio penitenciario de semi-libertad permite que el interno con primera condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la tercera parte de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en la etapa de mínima o mediana seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez.

Artículo 49°.- Liberación condicional

El beneficio penitenciario de liberación condicional permite que el interno con segunda condena efectiva egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla la mitad de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez.

Artículo 4. Incorpórese el artículo 49-A en el decreto legislativo N° 1296

Artículo 49°-A.- Liberación Especial

El beneficio penitenciario de liberación especial permite que el interno con tercera condena efectiva a más egrese del establecimiento penitenciario para efectos de trabajar o estudiar, siempre y cuando:

1. Cumpla las dos terceras partes de la pena.
2. No tenga proceso pendiente con mandato de detención.
3. Se encuentre ubicado en etapa de mínima, mediana o máxima seguridad del régimen cerrado ordinario.
4. Cumpla con pagar los días multa fijados en la sentencia.
5. Cumpla con pagar total o parcialmente la reparación civil fijada en la sentencia atendiendo al criterio del juez basado en la capacidad de cumplimiento de pago que tiene el interno. En ningún caso el monto parcial debe ser menor al 10% del monto total.

Ante la existencia de un monto pendiente de pago, el interno garantizará su cumplimiento mediante procedimiento legal aprobado por el juez.

Artículo 5. Derogación de los artículos 46, 50 Y 57-A del Código de Ejecución Penal

Deróguese los artículos indicados puesto que, restringen el acceso a los beneficios penitenciario de redención de la pena por el trabajo o educación, semilibertad, liberación condicional y al beneficio penitenciario propuesto de libertad especial, los mismo que vulneran abiertamente el principio constitucional del penado a la sociedad, así como el de igualdad.

Respecto de la derogatoria del artículo 57-A del Código de Ejecución Penal, éste quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 57-A⁰. - Aplicación temporal de los beneficios de redención de pena por el trabajo o la educación, de semi-libertad y de liberación condicional

Los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación; semi-libertad, liberación condicional y Libertad Especial, se aplican a hechos cometidos con la entrada de vigencia de la presente ley, no siendo posible su aplicación de manera retroactiva.

Artículo 6. Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 7. Derogatoria

Déjese sin efecto y deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Lima, abril de 2019.

Congresista de la República

CONCLUSIONES

- A. Las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafo del artículo 4 de la Ley 26320, lesionan el derecho fundamental a la igualdad que, constituye también un principio a tener en cuenta antes de tomar una medida legislativa.
- B. La lesión del principio a la igualdad radica en la generación de una discriminación negativa basada en la gravedad del bien jurídico protegido por el tipo penal y no en cuestiones de diferenciación natural entre individuos o diferenciaciones objetivas relativas a los fines del derecho penal.
- C. Las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320, afectan el principio de razonabilidad por cuanto importan actuaciones de parte del legislativo que sobrepasan los límites establecidos por las teorías y regulación admitida en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la finalidad y naturaleza del derecho penal.
- D. Asimismo, la irracionalidad también radica en la contradicción de los parámetros fijados por el Derecho Penal de acto y no de autor, último que se termina por aplicar en el caso de las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320.
- E. Dichas medidas legislativas, contenidas en el primer y tercer párrafos del artículo 4 de la Ley 26320, afectan también el principio de proporcionalidad porque no sobrepasan el test de adecuación o idoneidad, pues no resultan eficientes para conseguir la resocialización como fin de la pena y, por tanto, del derecho penal *in toto*.

RECOMENDACIONES

- A. Al Poder Legislativo, a fin de que se tome en cuenta la discusión, contrastación de hipótesis y propuesta legislativa de la presente tesis para fomentar la derogación de las medidas legislativas contenidas en el primer y tercer párrafo del artículo 4 de la Ley 26320.

- B. A los órganos competentes la promulgación de un nuevo Código de Ejecución Penal, con competencia exclusiva de un Juez de Ejecución Penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Quevedo, M. L. (2010). *Aproximación entre la negativa y el agnosticismo de Zaffaroni y el funcionalismo jurídico-penal de Jakobs o la posibilidad de construir un concepto de pena dinámico y adecuado a la realidad latinoamericana*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.
- Acerc, & García Caverro, P. (2015). Acerca de la Función de la Pena. *Revista de la facultad de la Universidad de Piura*, 91-102.
- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Tercera Reimpresión*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *La fórmula del peso. Traducción de Rubén Sánchez Gil*. México: UNAM.
- Arbulú Martínez, V. J. (2011). *COMENTARIOS A LA SENTENCIA N.° 0012-2010-PI/TC QUE DECLARA CONSTITUCIONAL LA PROHIBICION DE BENEFICIOS PENITENCIARIOS*. Callao.
- Armienta Calderón, G. (1991). Los conceptos de jurisdicción y competencia. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 105-124.
- Bazán Cerdán, F. (2005). *Comunidades y Rondas Campesinas: Aproximación a su naturaleza*. Cajamarca: Obras Completas.
- Bazán Cerdán, F. (2006). *Rondas Campesinas: La otra Justicia*. Lima: Obras Completas.
- Bidart Campos, G. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

- Brousset Salas, R. (2012). *Replanteamiento del régimen de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos carcelatorios en el Perú*. Lima: Federecio Villareal de Lima.
- Carmona Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 265-285.
- Caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y otra, Exp. N° 2192-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 11 de octubre de 2004).
- Caso Jane Margarita Cosar Camacho y otros, Exp. N° 02437-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de abril de 2014).
- Caso Jesús Pascual Ramos Ticona, EXP. N.º 0842-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 04 de Febrero de 2005).
- Caso José Miguel Morales Dasso, Exp. N° 0048-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 1 de abril de 2005).
- CCD. (30 de 12 de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de diciembre de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Congreso Constituyente Democrático. (30 de 12 de 1993). Constitución Política del Perú. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Congreso de la República. (06 de enero de 2003). Ley de Rondas Campesinas.

Ley N° 27908. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Dittmer, K. (1995). *Etnología General*. Madrid: Fondo de cultura económica.

Durán Migliardi, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de derecho (Valdivia)*, 1-31.

Fernández Hernández, D. (2012). *Los Beneficios Penitenciarios*. San José.

Fernández Nieto, J. (2009). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Madrid: Dykinson.

Feuerbach, A. (2007). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Figuroa Gutarra, E. (24 de septiembre de 2014). *Ipsa Iure*. Obtenido de El test de igualdad. Artículo:
<https://edwinfiguroag.wordpress.com/2014/09/24/el-test-de-igualdad-articulo/>

Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

García Caveró, P. (2015). Acerca de la función de la pena. *Revista de la Facultad de derecho de la Universidad de Piura*, 91-102.

García Pablos de Molina, A. (1979). La supuesta función de resocializadora del Derecho Penal, utopía, mito y eufemismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 630-660.

González de La Rosa, M. (1995). *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Madrid: Iberlibro.

González Gutiérrez, V. E. (2015). *Estado actual del derecho penitenciario en Chile. Bases para el establecimiento de una reforma*. Santiago: Universidad de Chile.

Guerra Cerrón, M. (2009). El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar. *Actualidad Jurídica N° 188*, 30-45.

Haro, R. (2001). La razonabilidad y las funciones de control. *Ius et praxis*, 179-186.

Jackobs, G., & Meliá, C. (2003). *Derecho Penal del Enemigo - ISBN: 84-470-2063-0*. Madrid: Civitas.

Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República. (13 de noviembre de 2009). Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. *Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".

Leibholz, G. (1959). *Igualdad ante la ley*. Munich - Berlin: C. H. Beck.

Levaggi Tapia, R. (2010). Situación de los casos de miembros de Comunidades Campesinas, Nativas y Rondas Campesinas denunciados ante Ministerio Público por ejercicio de su función jurisdiccional. *La Facultad Jurisdiccional de la Rondas Campesinas - Justicia Viva*, 9-20.

Marcelo Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos, N.° 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 03 de 01 de 2003).

- Martínez Blanch, P. (2014). *La resocialización del delincuente*. Castellón: Universitat Jaume.
- Martínez, J., & Zúñiga, F. (2011). El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios constitucionales Vol.9 N°.1. ISSN 0718-0195*, 199-226.
- Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República, N.º 0012-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional 11 de noviembre de 2011).
- Matos Ortega, M. (2017). *¿Beneficios o Derechos Penitenciarios?* Lima: PUCP.
- Máximo Llajaruna Sare, N° 1594-2003-HC/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 03 de 02 de 2003).
- Ministerio de Justicia. (9 de septiembre de 2003). Decreto Supremo N° 015-2003-JUS. *Reglamento del Código de Ejecución Penal*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la Pena y la Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch.
- Moccia, S. (2003). *El derecho penal entre ser y valor*. Buenos Aires: IBEF.
- Naciones Unidas. (16 de 12 de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. París, París, Francia.
- ONU. (16 de 12 de 1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. París, París, Francia: Resolución 2200 A (XXI).

- Organización de Estados Americanos. (7 de 11 de 1969). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). *CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)*. San José, San José, Costa Rica.
- PE. (31 de 07 de 1991). Código de Ejecución Penal. *Decreto Legislativo N° 654*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- PE. (22 de 07 de 2004). Nuevo Código Procesal Penal. *Decreto Supremo N° 957*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Pereira Menaut, A. (1992). *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Pérez Mundaca, J. (1992). *Montoneras, Bandoleros y Rondas Campesinas- Violencia política, abigeato y autodefensa en Cajamarca, 1855 - 1990*. Cajamarca: Martínez Compañón.
- Poder Ejecutivo. (2 de agosto de 1991). Código de Ejecución Penal. *Decreto Legislativo N° 654*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Poder Ejecutivo. (29 de 07 de 2004). Código Procesal Penal. *Decreto Legislativo N° 957*. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial "El Peruano".
- Racca, I. (2014). La resocialización como fin de la pena privativa de libertad: análisis del último legado del positivismo criminológico. *Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires*, 1-22.
- Real Academia de la Lengua Española. (21 de 02 de 2018). RAE. Obtenido de RAE: <http://dle.rae.es/?id=VFxyLmQ>

- Roxin, C. (2009). Sentido y Límites de la Pena Estatal. *Problemas básicos del derecho penal*, 10-25.
- Samall Arana, G. (2008). *Comentarios a la jurisprudencia y praxis jurídica*. Lima: Grijley.
- Sánchez Ruiz, O. (1992). *La Justicia Campesina*. Lima: Federación provincial de Rondas Campesinas.
- Sangay Malca, C. (2017). *Consecuencias jurídicas de la ineficacia de las políticas penales aplicadas al tratamiento resocializador en los sentenciados por el delito de robo agravado del establecimiento penitenciario de Cajamarca durante los años 2013 a 2017*. Cajamarca: Universidad Nacional de Cajamarca.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado. *Dikaion* 17, 157-187.
- Serrano Gonzáles, A. (1985). *El Principio de Igualdad ante la Ley en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Zaragoza: Martín Retortillo.
- Siéyes, E. (1989). *¿Qué es el tercer Estado?* - ISBN: 968-36-0838-8. México: UNAM.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch.
- Small Arana, G. (2016). Situación judicial de los Beneficios Penitenciarios en el Perú. En I. Pacífico, *Actualidad Penal* (págs. 344-361). Lima: Pacífico Editores S.A.C.

Smith, S. (1998). *The Constitution and the pride of reason*. New York: Oxford University Press.

SPIJ. (s.f.). *Ministerio de Justicia y Derecho Humanos*. Recuperado el 28 de 09 de 2017, de Ministerio de Justicia y Derecho Humanos: <http://spij.minjus.gob.pe/libre/main.asp>

STC. N. 0012-2010-PI/TC, EXP. N. 0012-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional 11 de 11 de 2011).

STC. N. 0842-2003-HC/TC, EXP. N. 0842-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 04 de 02 de 2005).

STC. N. 1575-2007-PH/TC, EXP. N. 1575-2007-PH/TC (Tribunal Constitucional 20 de 03 de 2009).

STC. N. 803-2003-HC/TC, EXP. N. 803-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 30 de 11 de 2004).

STC. N.º 03648-2011-PHC/TC, EXP. N.º 03648-2011-PHC/TC (Tribunal Constitucional 19 de 03 de 2012).

Urías Martínez, J. (2001). El valor constitucional del mandato de resocialización. *Revista Española de Derecho Constitucional*. N' 63, 200-215.

Vargas Tarrillo, S. (1987). *VARGAS TARRILLO, Rondas Campesinas-Relaciones de Poder y Movimiento Social en la provincia de Chota (1977-1981)*. Lima.

Velásquez Velásquez, F. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Colombia.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

White Ward, O. (2008). *Teoría General del Proceso: Temas Introdutorios para auxiliares judiciales*. Heredia: Escuela Judicial.

Zaffaroni, E. (2006). *Manual de Derecho Penal-Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R. (1995). *Los Objetivo del sistema penitenciario y las normas constitucionales*. Buenos Aires: Del Puerto.

Zegarra Azula, A. E. (2013). *Beneficios Penitenciarios en el Perú: Redención de la Pena por Trabajo y/o Educación*. Ucayali.