

UNIVERSIDAD PRIVADA “ANTENOR ORREGO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA PROHIBICIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LOS
DELITOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DERECHO A LA
IGUALDAD ANTE LA LEY”**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADA

AUTOR:

Bach. Mayra Lisset Rabines Gómez

ASESOR:

Ms. Raúl Yvan Lozano Peralta



TRUJILLO- PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mi querida madre Gladys Gómez, por su amor, por darme la vida, por su paciencia, por sus consejos y quien me hizo ser la mujer que soy ahora, una mujer de la que estoy orgullosa; a mi querido padre Francisco Rabines, por enseñarme que con esfuerzo, humildad y perseverancia se alcanzan las metas. Cada logro que obtenga a lo largo de la vida será para ustedes.

A mis hermanos Anderson y Alexander, por el apoyo incondicional que siempre me brindaron día a día en el transcurso de cada año de mi carrera; a mis Sobrinos Zahir y Lucero, por llenar mis días de amor y felicidad.

AGRADECIMIENTO

A Dios, en todo momento y lugar, por bendecir cada uno de mis pasos, por haberme dado fuerza y valor para culminar esta etapa de mi vida.

A mi asesor, Ms. Raúl Iván Lozano Peralta, por las enseñanzas, orientación y apoyo invaluable en el desarrollo de esta investigación.

Agradecimiento especial a mis maestros que contribuyeron en mi formación profesional, personas de gran sabiduría. Sencillo no ha sido el proceso, pero gracias a las ganas de transmitirme sus conocimientos y dedicación que los ha regido, he logrado importantes objetivos como lo es este proyecto.

RESUMEN

El presente informe de tesis tuvo como objetivo general el determinar si la prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de los incentivos vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

En la etapa de recopilación de información para la elaboración de la dispersión temática de los capítulos del marco teórico se utilizaron las fuentes de consulta como libros, revistas, legislación nacional y comparada, jurisprudencia, para lo cual se utilizó como instrumento de acopio de datos las fichas de registro y de investigación.

En cuanto a los resultados de la investigación desarrollados en los capítulos del marco teórico, se tiene que los elementos constitutivos de la criminalidad organizada son su estructura organizacional piramidal, su permanencia, el fin lucrativo y ha sido materia de reproche en el derecho comparado; el derecho de igualdad ante la ley trasciende lo autónomo porque repercute en otros derechos donde recae el trato desigual, entre sus dimensiones se identifican e la igualdad en la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, la igualdad formal, la igualdad material, la igualdad como derecho y la igualdad como principio; su naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios es de incentivos o estímulos tal como lo regula el artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal y el artículo 1 de la Resolución Administrativa N^o 297-2011-P-PJ.

La conclusión principal del trabajo de investigación es que la prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de incentivos si vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, al constituir normas discriminatorias proscritas por la Constitución Política y los instrumentos internacionales suscritos por el Estado, por lo que se recomienda asumir la teoría de los beneficios penitenciarios como derecho subjetivo del penado como expresión del derecho a la igualdad ante la ley.

Palabras claves: Los beneficios penitenciarios, criminalidad organizada y el derecho a la igualdad ante la ley.

ABSTRACT

The general objective of this thesis report was to determine if the prohibition of prison benefits in organized crime crimes based on the theory of incentives violates the right to equality before the law.

In the information gathering stage for the elaboration of the thematic dispersion of the chapters of the theoretical framework, the sources of consultation were used as books, journals, national and comparative legislation, jurisprudence, for which the data collection tool was used as a data collection tool registration and investigation files.

Regarding the results of the research developed in the chapters of the theoretical framework, the constitutive elements of organized crime are its pyramidal organizational structure, its permanence, the lucrative purpose and it has been a matter of reproach in comparative law; the right to equality before the law transcends the autonomous because it affects other rights where unequal treatment falls, between its dimensions are identified equality in law, equality in the application of the law, formal equality, material equality, equality as a right and equality as a principle; its legal nature of penitentiary benefits is incentives or incentives as regulated by Article 165 of the Regulation of the Criminal Enforcement Code and Article 1 of Administrative Resolution No. 297-2011-P-PJ.

The main conclusion of the research work is that the prohibition of penitentiary benefits in the offenses of organized crime based on the theory of incentives if it violates the right to equality before the law, by constituting discriminatory norms prohibited by the Constitution and the instruments international agreements signed by the State, so it is recommended to assume the theory of penitentiary benefits as a subjective right of the prisoner as an expression of the right to equality before the law

Keywords: Penitentiary benefits, organized crime and the right to equality before the law.

PRESENTACION

SEÑOR DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO

MAYRA LISSET RABINES GOMEZ, Bachiller en Derecho y Ciencia Políticas, de conformidad con el Reglamento de Elaboración y Evaluación de Tesis para obtener el Título de Abogada de la Facultad De Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad Privada Antenor Orrego, presento a su consideración la tesis titulada: **“LA PROHIBICIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS EN LOS DELITOS DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY”**, con la finalidad de obtener el Título de Abogada de esta prestigiosa casa de estudio.

La presente investigación tiene como fin desarrollar un tema de gran transcendencia y suma importancia para nuestra sociedad, por ser de actualidad. Asimismo, espero que el presente trabajo, pueda contribuir en el desarrollo académico- profesional de los estudiantes de pregrado que se inclinan por el Derecho Penal, y sobre todo incursionar en la investigación de nuevos proyectos, para cooperar con ello al desarrollo de nuestro país.

MAYRA LISSET RABINES GOMEZ

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	iv
PRESENTACION.....	v
CAPITULO I.....	1
EL PROBLEMA.....	1
1.1.- Planteamiento del problema.....	1
1.2.- Enunciado.....	9
1.3.- Hipótesis.....	9
1.4.- Objetivos.....	10
1.5.- Material y procedimientos.....	10
CAPITULO II.....	14
ASPECTOS RELEVANTES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CONTEXTO NACIONAL.....	14
1.- Introducción.....	14
2.- Origen y regulación internacional:.....	17
3.- Conceptualización.....	20
4.- Elementos constitutivos.....	23
6.- Alcances y contenido de la ley Nª 30077 ley del crimen organizado.....	28
7.- Su regulación en el derecho comparado.....	31
7.1.- México.....	32
7.2.- Colombia.....	32
7.3.- Guatemala.....	33
7.4.- El salvador.....	33
7.5.- Costa rica.....	34
7.6.- Brasil.....	34
CAPITULO III.....	35
ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY.....	35
1.- Nociones básicas sobre los derechos fundamentales.....	35
2.- El derecho de igualdad ante la ley.....	38

2.1.- Introducción	38
2.2.- Conceptualización	40
2.3.- Regulación normativa.....	43
2.3.1.- En los instrumentos internacionales	43
2.4.- Dimensiones o ámbitos que comprende	47
CAPITULO IV	55
LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS COMO DERECHO SUBJETIVO Y EXPRESION DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY.....	55
1.- Alcances básicos sobre beneficios penitenciarios	55
1.1.- Antecedentes	55
1.2.- Conceptualización.....	56
1.3.- Clasificación.....	58
1.4.- Naturaleza jurídica	60
1.5.- Los beneficios penitenciarios en el código de ejecución penal	64
2.- Los beneficios penitenciarios como derecho subjetivo del penado y expresión del derecho a la igualdad ante la ley.....	65
2.1.- La política criminal de restricción de beneficios penitenciarios	65
2.2.- El test de proporcionalidad para determinar el trato diferenciado en la restricción de los beneficios penitenciarios.....	68
2.3.- Critica de la restricción de los beneficios penitenciarios al ser considerados como estímulos o incentivos.....	71
2.4.- La propuesta de asumir la teoría del derecho subjetivo en la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios	73
CONCLUSIONES	76
RECOMENDACIONES	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	79

CAPITULO I

EL PROBLEMA

1.1.- Planteamiento del problema

Se entiende por criminalidad organizada a decir de Prado Saldarriaga, V. (2016):

“A toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico”.

Esta delincuencia organizada ha crecido y perfeccionado en la última década generando un estado de zozobra e inseguridad ciudadana con la proliferación y el aumento de la incidencia delictiva en delitos de sicariato, extorsión, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal; aunado a la corrupción de los más altos funcionarios del país, la historia reciente nos refleja los casos acontecidos en el año 2000 con el ex presidente Alberto Fujimori hoy libre vía el otorgamiento de un cuestionado indulto humanitario y su asesor Vladimiro Montesinos, quienes sobornaron a muchos funcionarios públicos, magistrados del Poder Judicial, Ministerio Público, así como a dueños de medios de comunicación escrita y televisiva. Mucho más adelante en el año 2013 se tiene la red criminal del abogado y empresario Rodolfo Orellana que

ha involucrado a connotados abogados, autoridades judiciales, fiscales, policías, muchos de ellos actualmente privados de libertad; en el 2014 el caso del ex alcalde de Chiclayo Roberto Torres y toda su red criminal que involucro a funcionarios públicos de esa ciudad, hasta llegar al “caso lava jato” que a la fecha ha involucrado a candidatos presidenciales, ex presidentes, incluyendo al actual presidente Pedro Pablo kuczynski.

En ese contexto, con la finalidad de enfrentar radicalmente el crimen organizado se emite el 20 de agosto del 2013 la Ley Nª 30077 “Ley contra el Crimen Organizado”, donde crean nuevas figuras agravadas, se aumentan las penas, se establecen las reglas y procedimientos de investigación y juzgamiento, pero en especial y lo que es motivo del presente trabajo de investigación se prohíben beneficios penitenciarios.

Así se tiene que el artículo 24 de la Ley Nª 30077 “Ley contra el Crimen Organizado” modificado por el decreto legislativo Nª 1244 que fortalece lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas del 29 de octubre del 2016 referente a la prohibición de beneficios penitenciarios prescribe:

“Artículo 24.- Prohibición de beneficios penitenciarios

No pueden acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional:

1. Las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la presente ley.
2. Los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea cualquiera de los previstos en los artículos 108, 108-C, 152, 153, 153-A, 189, 200 del Código Penal.”

En consecuencia, a tenor de lo prescrito por la norma in comento en su inciso primero, las personas que no pueden acceder al benéfico penitenciario son el

agente que es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal; el agente que financia a la organización criminal y finalmente el agente que en su condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o psicológica de menores de edad u otros inimputables.

Mientras que a tenor de su inciso segundo no pueden acceder al benéfico penitenciario los demás integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea por el artículo 108 (homicidio calificado), 108-C (sicariato), 152 (secuestro), 153 (trata de personas), 153-A (formas agravadas de la trata de personas), 189 (robo agravado) y 200 (extorsión) del código penal.

Esta política criminal asumido por el Estado peruano para combatir el incremento de la incidencia delictiva del crimen organizado se ha visto ratificado y ampliado a más delitos por la Ley N^o 30609, publicado el 19 de julio del 2017 “Ley que modifica el código de ejecución penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes”, en donde se modifican los artículos 46 y 50 del Código de Ejecución Penal en los siguientes términos:

“Artículo 46.- 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.

Tampoco es procedente para los internos sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A del Código Penal. En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 153, 153-A, 170, 171, 172, 174, 176- A, 177, 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.

(...)

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

(...)

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-B, 152, 153, 153-A, 170 al 174, 176-A, 177, 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. (...)."

Esta política criminal asumido por el Estado peruano sustentada en las penas agravadas tienen una finalidad retributiva e intimidatoria, en donde la realidad judicial, nos demuestra, que tales medidas no han cumplido con ese propósito preventivo, por el contrario, esta postura, contraviene el derecho fundamental de igualdad ante la ley reconocido en una serie de instrumentos internacionales suscritos por el Estado peruano, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 24 lo reconoce y prescribe:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también reconoce el derecho de igualdad ante la ley en su artículo 26 al señalar:

“Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

A nivel nacional, la Constitución en esa misma línea también asume o reconoce el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución que prescribe:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

2. 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 (...).”.

De lo normado por los instrumentos internacionales y la Carta Magna se advierte que la igualdad ante la ley proscribió un trato discriminatorio por parte de cualquier autoridad del Estado que detente potestad normativa, a fin de que no emitan normas que contengan mandatos discriminatorios.

En nuestra realidad normativa la política criminal asumida por los legisladores basada en las leyes N^o 30077 que regula el Crimen Organizado, Decreto legislativo N^o 1244 que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, y la ley N^o 30609, que modifica el código de ejecución penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así

como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes, todas estas leyes tienen algo en común, que es el establecer la prohibición o improcedencia de los beneficios penitenciarios, su fundamento o justificación de esta política criminal, radica en que determinados delitos por su gravedad y su dañosidad social merecen un trato diferenciado de mayor represión y dureza de la ley para lograr la paz social o convivencia pacífica, que se traduce en dar seguridad a la ciudadanía, ello es lo que legitima la dación de normas jurídicas discriminatorias que atentan contra el derecho de igualdad ante la ley, pues, desde su óptica consideran a los beneficios penitenciarios como unos estímulos, incentivos, premios u ofertas, y por ende no se puede exigir que el Estado les conceda tales beneficios a todos en igualdad de condiciones, ya que ante ciertas adversidades como es el crimen organizado que ponen en riesgo el estatus quo y la paz social les es permisible y hasta constitucional, la restricción o prohibición de estos beneficios penitenciarios. Esta postura es rechazada por la autora de la investigación, ya que constituye una visión sesgada de los legisladores por cuanto son normas jurídicas que imponen a que los operadores jurisdiccionales realicen un trato discriminatorio que vulnera el derecho de igualdad ante la ley reconocido en la Carta Magna y Tratados internacionales suscritos por el Estado, por no cumplir con los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada que establecen que el trato diferenciado debe sustentarse en los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

El derecho a la igualdad implica según Sosa Sacio, J. (2006) en:

“El derecho a la igualdad ante la ley y en la ley constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de

discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias. En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas”.

Para Huerta Guerrero, L. (2005) la igualdad ante la ley es imperante para no dar un trato discriminatorio al señalar:

“El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual, pues, en caso contrario, estaríamos ante una situación de discriminación. Este mandato se extiende, asimismo, a las autoridades del Estado con potestad normativa, a fin de que no emitan normas que contengan mandatos discriminatorios. El derecho a la igualdad implica, en consecuencia, que las normas deben ser iguales para todos. Sin embargo, en el caso que una norma establezca un trato desigual, ésta deberá analizarse aplicando los criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, a fin de determinar si estamos ante un mandato legal que establece una diferenciación o una discriminación”.

Para Nogueira Alcalá, H. (2005) la igualdad ante la ley comprende no establecer diferencias arbitrarias al señalar:

“Ello posibilita el paso de la igualdad mediante la ley a la garantía de la igualdad por la ley y en la ley dentro del marco constitucional, el legislador queda vinculado por el derecho a la igualdad en el tratamiento jurídico que debe darles a las personas. El legislador no es más la medida de la igualdad, sino que el legislador está sometido al principio de la igualdad, a no establecer discriminación, a no establecer diferencias arbitrarias, ya que ello vulnera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley”.

Por su parte el Tribunal Constitucional al referirse a la igualdad ante la ley y la prohibición de beneficios penitenciarios establece que el ámbito de protección

de la igualdad ante la ley admite la realización de tratos diferenciados, así lo establece en su expediente N^o 00012-2011-PI/TC-LIMA que menciona:

“El Tribunal observa que la faceta del principio de igualdad aquí invocada tiene que ver con la igualdad formal o igualdad de trato que hemos definido, en distintas oportunidades, como el derecho fundamental que comporta reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. La igualdad es un principio-derecho e instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones. Dicho derecho, hemos recordado, no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no es, su ámbito de protección admite realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio, que es lisamente la diferenciación carente de justificación”.

En este escenario, la postura de la investigadora se orienta por la recomendación de optar la teoría del reconocimiento de los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos que le asiste a todo interno, en igualdad de condiciones frente a la ley, en donde su obtención sea consecuencia de haber cumplido con los requisitos preestablecidos por la ley, esto es cumplir con el principio de resocialización, para poder formar su

expediente y recuperar su libertad en aras de reincorporación efectiva a la sociedad, en esa misma línea se centra Matos Ortega, M. (2010) al señalar:

“El cambio propuesto obedece a que los beneficios penitenciarios no deben ser normados y comprendidos como simple incentivos o premios, sino como derechos. De esta forma, todo interno al cumplir con los requisitos formales ya establecidos, en el que se incluye los dictámenes favorables que acrediten el éxito del tratamiento resocializador, haber cumplido un tiempo de reclusión, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, entre otros, debería acceder al beneficio penitenciario solicitado. Siendo esto así, la actuación del juez penal mediante el acto discrecional en el que decidiría la concesión del beneficio penitenciario solicitado ya no sería condición necesaria, sino que el mismo se validaría solamente con la resolución que emita el Instituto Nacional Penitenciario para la concesión de los beneficios penitenciarios”.

1.2.- Enunciado

¿La prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de los incentivos vulnera el derecho a la igualdad ante la ley?

1.3.- Hipótesis

- La prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de incentivos si vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, al constituir normas discriminatorias proscritas por la Constitución Política y los instrumentos internacionales suscritos por el Estado.

1.3.1.- Variables

- Variable independiente

La prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de incentivos.

- Variable dependiente

El derecho a la igualdad ante la ley.

1.4.- Objetivos

1.4.1.- General

Determinar si la prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de los incentivos vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

1.4.2.- Específicos

- Analizar la ley del crimen organizado como política criminal que ha asumido el Estado peruano para combatir el incremento de su incidencia delictiva.
- Explicar el derecho de igualdad ante la ley como derecho fundamental de la persona en la doctrina y la legislación nacional.
- Proponer la teoría de los beneficios penitenciarios como derecho subjetivo del penado como expresión del derecho a la igualdad ante la ley.

1.5.- Material y procedimientos

1.5.1.- Material

A.- Fuentes de consulta

- Libros y revistas de doctrina nacional y comparada.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Constitución política del Perú.
- Ley Nª 30077 “Ley contra el Crimen Organizado”.
- Decreto legislativo Nª 1244 “Que fortalece lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas”.
- Ley Nª 30609 “Ley que modifica el código de ejecución penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes”.
- Código penal de 1991 y Código de ejecución penal.
- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1.5.2.- Métodos, técnicas e instrumentos

A- Métodos

1. Dogmático

Este método se aplicó para el desarrollo de los capítulos del marco teórico que se avocan a determinar si la prohibición de los beneficios penitenciarios en los delitos de criminalidad organizada basada en la teoría de los incentivos vulnera el derecho a la igualdad ante la ley.

2. Hermenéutico jurídico

Este método se avocó al estudio de las normas jurídicas contempladas en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado, en la Constitución Política, Código penal y Código de ejecución penal referente a al derecho a la igualdad ante la ley; así como a las leyes Nª 30077, Nª 30609 y el decreto legislativo Nª 1244 sobre la prohibición de los beneficios penitenciarios.}

B- Técnicas

• Fichaje

Técnica cualitativa de acopio de datos que se aplicó en las fuentes de información como libros, revistas, instrumentos internacionales, Constitución, Código penal y ejecución penal y leyes penales materializadas o desmaterializadas que se obtiene en archivos PDF.

C- Instrumentos

• Fichas

Para el acopio de la información teórica (doctrina, legislación y jurisprudencia), se emplearon las fichas textuales, de paráfrasis y de comentario redactadas en estilo APA.

1.5.3.- Procedimiento

En la etapa de ejecución del proyecto de investigación se realizaron las siguientes actividades:

- Se recopiló información de las fuentes bibliográficas en las fichas textuales, paráfrasis y comentario en el estilo APA.
- Se realizó el análisis y síntesis de la información doctrinaria, legislativa y jurisprudencial recopilada.
- Se elaboró la dispersión temática del contenido del marco teórico.
- Se redactaron los capítulos del marco teórico en función de los objetivos específicos establecidos.
- Se redactaron las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación.

1.5.4.- Presentación de los datos

El diseño de investigación es cualitativo, donde la investigadora se enfocó en contrastar la hipótesis planteada en base al desarrollo de los objetivos específicos de la investigación.

CAPITULO II

ASPECTOS RELEVANTES DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL CONTEXTO NACIONAL

1.- Introducción

La criminalidad organizada no es un problema de reciente aparición, por cuanto su actuación ha estado presente en la sociedad internacional, al respecto González Rus, J. (2013) expresa:

“La delincuencia organizada se ha convertido en una amenaza compartida para la sociedad internacional y así se recoge en los catálogos de riesgos, peligros y amenazas que los países confeccionaban dentro de su política estratégica de seguridad y defensa o lo que para, algunos, entre ellos el nuestro, se denomina ya la Estrategia de Seguridad Nacional”.

El crimen organizado no es ajeno a nuestra realidad, tal es así que en las dos últimas décadas ha aumentado su incidencia, perfeccionado el modus operandi y consecuentemente la dañosidad social que causa al sistema imperante en una sociedad, lesionando no solo a bienes individuales sino también bienes colectivos como la salud pública, el funcionamiento de la Administración pública, la economía social de mercado; lo cual configuran dentro de este mundo globalizado y tecnológico una grave amenaza sin precedentes para el Estado y la sociedad; en ese sentido Alpaca Pérez, A. (2016) señala:

“La delincuencia organizada, como fenómeno derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas: no solo crea inseguridad ciudadana como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado, por su clara incidencia en el orden

social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la criminalidad organizada no solo se dirige a la tutela de bienes jurídicos individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio modelo social”.

El crimen organizado en el Perú desde fines del año 2000 se ha ido perfeccionando y masificando debido a la ineficiencia de los mecanismos legales para enfrentarlo, ello es graficado por Sánchez Velarde, P. (2016) al referirse que:

“La delincuencia organizada y la corrupción no son desconocidos en el Perú, sobre todo, aquellos casos que se descubrieron a fines del año 2000. Estaba involucrado el asesor presidencial y el Presidente de la República; también se comprendió a muchos funcionarios públicos, magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; además, se investigó a dueños de medios de comunicación escrita y televisiva, entre otras personas. Después de más de diez años, se puede afirmar que ni el Estado, ni las Instituciones tutelares adoptaron las previsiones necesarias y se ejercieron los controles administrativos requeridos a fin de evitar que se repitan los casos de corrupción, por el contrario, se han logrado nuevas organizaciones más complejas y con mayor presencia en instituciones públicas. No se aprendió la lección”.

Tales hechos requieren la intervención de los Estados para abastecerse de los mecanismos legales pertinentes para combatir al fenómeno de la criminalidad organizada; aunque en palabras de Prado Saldarriaga, V. (2016) existen posiciones disímiles en el sentido de si considerarlo como un tipo específico de delincuencia o una nueva delincuencia estructurada, al comentar que:

“Para algunas personas el crimen organizado no es más que la expresión un poco más exagerada de un tipo específico de delincuencia cuyo control no requiere de un tratamiento especial sino de una dosis mayor de las medidas ya conocidas, especialmente de tipo represivo y policial. En el otro extremo del espectro, están quienes piensan que el crimen organizado es la expresión de un deterioro estructural que solo puede atenderse mediante medidas radicales y complejas de largo plazo”.

Revisando la doctrina se cita a Cancio Melia, M. y Silva Sánchez, J. (2008) quienes reconocen tres vías legales a través de las cuales todo Estado puede asumir un tratamiento legislativo para enfrentar la criminalidad organizada:

“1) mediante la tipificación de los delitos más característicos de la criminalidad organizada (lavado de activos, tráfico de drogas, trata de personas, etc.), 2) mediante la introducción del elemento agravante de la organización en los delitos más o menos tradicionales para así expresar la especial peligrosidad de esta forma de actuación antijurídica, y 3) mediante la tipificación de los delitos de asociación para delinquir o asociación ilícita”.

Analizando el ordenamiento jurídico en criminalidad organizada, se puede señalar que dentro del marco de la ley N^a 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y la Ley N^a 30077, Ley contra el Crimen Organizado, el legislador ha optado por las tres vías acotadas, en la primera, se identifica entre otras al Decreto legislativo N^a 1106 que regula el delito de lavado de activos; en la segunda vía se identifica la modificación del artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria con el Decreto legislativo N^a 1114 donde se introduce la agravación de pertenencia a una entidad criminal colectiva; y la tercera vía se observa en el artículo 317 del Código Penal en donde se regula el delito de asociación ilícita.

2.- Origen y regulación internacional:

La convención de Palermo

El origen del término criminalidad organizada o para ser más precisos su empleo se remonta al año setenta con la regulación Norteamérica a través de la Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, mas conocida en la doctrina jurídica como “Ley R.I.C.0”; en ese sentido

Villavicencio Terreros, F. (2016) señala:

“Una de las primeras nociones del crimen organizado se manifiesta en Norteamérica a través de la Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras "Ley R.I.C.0". Esta ley propone una visión genérica del fenómeno de criminalidad organizada y resalta su carácter organizativo y corruptivo; además en ella se renuncia a una definición articulada y descriptiva de este fenómeno. Esta ley, aunque no es propia del derecho internacional, ha ejercido una gran influencia en varios frentes en los convenios internacionales, especialmente en materia de lucha contra la corrupción, crimen organizado y tráfico de drogas”.

Esta ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, sirvió de base en el seno de la V convención de las Naciones Unidas de 1975 para la Prevención del crimen y delincuencia transnacional, ya que en ella se reconoce la importancia de la criminalidad organizada como un problema grave para la sociedad y las economías nacionales, así lo refiere Zúñiga Rodríguez, L. (2016) al expresar:

“La primera vez que Naciones Unidas se ocupa de este fenómeno y, por tanto, reconoce su existencia y su dañosidad social es en 1975, en el seno de la V convención de las Naciones Unidas para la Prevención del crimen; en la cual se examinó "Cambios de las formas y dimensión de la delincuencia transnacional y nacional", En esa misma Convención se

reconoció la importancia de la criminalidad como empresa (crime as business), señalando los diversos niveles de la misma: criminalidad organizada, criminalidad de empresa y corrupción. La criminalidad como empresa fue reconocida como un problema más serio para la sociedad y economías nacionales que la delincuencia tradicional, especialmente para los países en vías de desarrollo. Sin duda, aquí se puede ver la impronta de la “Ley sobre las organizaciones corruptas extorsionadoras”, ley estadounidense de 1970, que es la primera regulación a nivel mundial que da nombre y carta de naturaleza al crimen organizado”.

Posteriormente, mediante resolución 49/159 del 23 diciembre de 1994 la Asamblea general de las Naciones Unidas aprueba la Declaración política y plan de acción global contra la criminalidad organizada transnacional, en ella se plasma el interés por establecer definiciones puntuales de aspectos relevantes como: grupo criminal organizado, delito grave, delitos transnacionales, etc; sobre este punto Villavicencio Terreros, F. (2016) acota:

“El tratamiento internacional propiamente del crimen organizado se da con la Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que se convertiría en el punto de partida hacia la implementación de una convención internacional contra el crimen organizado, porque sienta las bases para la misma. En ella, se establecieron las medidas que debían ser adoptadas por los países signatarios para combatir este tipo de delincuencia. Asimismo, se hizo un llamado a los países para armonizar sus legislaciones y fortalecer sus sistemas judiciales, y a los países donantes e instituciones financieras internacionales para brindar asistencia técnica necesaria”.

Inmediatamente después se celebró el Seminario regional ministerial de seguimiento de la declaración política y el plan de acción mundial de

Nápoles contra la delincuencia transnacional organizada, donde se aprobó la Declaración de Buenos Aires sobre la prevención y el control de la delincuencia transnacional organizada, con la cual los Estados de la región de América Latina y el Caribe demostraba el claro interés en contar con una regulación marco a nivel internacional en la lucha contra la delincuencia transnacional organizada.

Estos acontecimientos constituyen los antecedentes que motivaron la realización del Proyecto de Convención de Naciones Unidas para la Criminalidad Transnacional Organizada de 1999; y, con ocasión de la Cumbre del Milenio, se adoptó mediante Resolución 55/25 del 15 de noviembre del 2000 en la ciudad de Palermo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y se complementa con los Protocolos para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en donde se promueve la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia transnacional, en este sentido, los Estados que ratifican este instrumento internacional se comprometen a implementar en su ordenamiento jurídico las líneas directrices de la convención de Palermo, sobre este punto García Cavero, P. (2016) explica que:

“Además de los compromisos de criminalización, los Estados partes se obligan a tomar medidas de investigación y enjuiciamiento, entre las que destacan las siguientes: a) medidas específicas para combatir el blanqueo de dinero (reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras); b) medidas para facilitar la persecución penal contra la

corrupción (en especial, dotar de autonomía e independencia a los órganos de persecución de la corrupción para evitar influencias indebidas en su actuación); c) la implementación de una responsabilidad (penal) de las personas jurídicas que intervengan en la realización de los delitos; d) medidas para la detención y el aseguramiento de los procesados; e) la adopción de reglas sobre la prescripción de los delitos para que no prescriban en un tiempo razonable; f) el decomiso y la incautación de los activos de procedencia delictiva; g) medidas de protección de testigos. Junto con lo anterior, la Convención de Palermo prevé diversas medidas de cooperación internacional en la persecución de los delitos cometidos por organizaciones criminales de carácter transnacional, entre las que destacan la extradición y la asistencia judicial recíproca (por ejemplo, la recepción de testimonios, la realización de inspecciones, la ejecución de embargos preventivos, etc.)”.

El Perú ratificó la Convención de Palermo por Resolución legislativa N^a 27527 del 5 octubre del 2001, con ello se obliga a poner en ejecución e implementar acorde con lo normado por la convención de Palermo, los diversos mecanismos jurídicos sustantivos y procesales necesarios para reprimir de manera eficiente la criminalidad organizada.

3.- Conceptualización

A nivel doctrinario ha sido materia de discrepancia el poder definir o delimitar el contenido de que es o que debe entenderse por criminalidad organizada, ya que los autores refieren que dada su naturaleza constituye un fenómeno proteico, complejo, sumamente cambiante y, por tanto, difícil de encuadrarlo en una concepción teórica, sin embargo; hay autores que se han animado a

esbozar una definición, así se tiene a Blanco Cordero, I. y Sánchez García, I. (2000) quienes lo definen en que:

“Se trata de grupos de delincuentes organizados, que se encuentran además en condiciones de actuar tanto en la vertiente legal como en la ilegal de la actividad política y económica, cuya influencia en estos ámbitos se extiende hasta poder, incluso, condicionar negativamente sectores enteros de la vida productiva, social e institucional”.

Para De la Corte Ibáñez, L. y Giménez Salinas, A. (2010) la criminalidad organizada resalta por su asociación estructurada, al expresar:

“En cambio, el concepto de crimen o delincuencia organizada no hace referencia a ningún tipo concreto de delito, delincuente o víctima, sino al modo en que las promueve: mediante la implicación de una asociación de individuos que operan de forma estructurada y coordinada y que han convertido la delincuencia en su ocupación profesional, cuando no en un estilo y una filosofía de vida”.

Llerena, P. (2002) al definir la criminalidad organizada pone énfasis en su repercusión transnacional al afectar a varios estados, señalando que:

“La criminalidad organizada transnacional, es un fenómeno criminal que trasciende las fronteras de los territorios nacionales, y que, por tanto, transgrede las leyes de diversos Estados, o que tienen un impacto sobre otro país. En síntesis, se hace referencia a la actividad delictiva que se extiende dentro de distintos países y viola sus respectivas legislaciones.

En el plano nacional la mayoría de autores nacionales prefieren citar como definición lo estipulado en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional, así podemos citar a Villavicencio Terreros, F. (2016) y Oré Sosa, E. (2016) quienes señalan:

“En la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional (Convención de Palermo), artículo 2, define a la organización criminal o grupo delictivo organizado como un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

Otros autores como Alpaca Pérez, A. (2016) lo define tomando como referencia la norma nacional, establecido en el artículo 2, numeral 1 de la Ley N° 30077 ley del crimen organizado, al expresar:

“Una organización criminal es cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley. Con esta definición, el legislador propone una conceptualización del elemento que por excelencia caracteriza a la delincuencia organizada, basándose, al parecer en las definiciones elaboradas en el ámbito internacional y nacional”.

Sin embargo, consideramos que una conceptualización más descriptiva y precisa de lo que debe entenderse por criminalidad organizada lo esboza Prado Saldarriaga, V. (2016) al expresar:

“Constituye criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o circulación prohibida, los que cuentan con demanda social interna o internacional,

potencial o activa, siempre en crecimiento. Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico”.

4.- Elementos constitutivos

En la doctrina nacional y comparada se ha venido estableciendo que los elementos constitutivos dentro de la criminalidad organizada que lo diferencia de la criminalidad ordinaria son su organización estructural y su carácter permanente, así podemos citar a García Caveró, P. (2016) quien comenta:

“La existencia de una organización ilícita conlleva una situación especial que incrementa, por diversas razones, el desvalor social de la entidad subjetiva de los delitos cometidos. Con la constitución de una agrupación delictiva tiene lugar una especialidad en el desarrollo de la actividad delictiva, lo que significa distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo. Esta mayor eficiencia no solo repercute en la realización de los delitos-fines, sino también en la inmunidad frente a la acción de la justicia. Se produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que se prolonga a lo largo del tiempo. Esta permanencia hay que entenderla en cuanto a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales pero el grupo se mantenga operativo”.

Cuando se analiza al elemento de la organización estructural en la doctrina se lo diferencia de la coautoría y de las bandas, precisando que en ellas no existe estructura organizativa por cuanto su reunión es circunstancial para la

comisión de un delito específico, así se tiene a Oré Sosa, E. (2016) quien refiere:

“Un elemento característico de una organización criminal, es la existencia de un grupo de personas, pero hay que tener en cuenta que no se trata de la simple suma o pluralidad de agentes, ni tiene por qué confundirse la organización criminal con la coautoría. Así, para establecer la diferencia entre ambas coautoría y organización criminal, debe atenderse a ese elemento configurador propio de organizaciones criminales: su estructura organizativa, ya que en la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Resulta conveniente, en atención a criterios de proporcionalidad descartar aquellas agrupaciones o asociaciones, por más organizadas que fuesen, que no se dediquen a la perpetración de delitos graves. Consecuentemente, deben quedar fuera, aquellas que se dediquen a la comisión de meras faltas”.

En esa misma línea de comentario se tiene a Prado Saldarriaga, V. (2016) al señalar:

“Las asociaciones ilícitas y bandas, mayormente amorfas, no constituyen parte de la criminalidad organizada por poseer un modus operandi notorio y artesanal. Carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos. Su dimensión operativa se restringe en función al escaso número y especialización de sus integrantes, Estas estructuras delictivas se ubican en un escenario común y coyuntural que las conecta generalmente con delitos convencionales violentos como el robo, la extorsión o los secuestros. Su influencia sobre el entorno es mínima lo que determina que sus integrantes sean frecuentemente intervenidos por la policía”.

En la doctrina comparada esta postura es refrendada por la jurista Zúñiga Rodríguez, L. (2016) quien acota respecto a las bandas que:

“Por la misma razón, deben quedar al margen del concepto de organización criminal las comúnmente denominadas bandas, pues estas carecen propiamente de una estructura organizacional estable, siendo más bien una mera conexión de personas para la comisión de delitos, desde luego, con cierto grado de planificación y estabilidad que las distinga de la simple coautoría”.

Este elemento de la organización estructural en la ley N^o 30077 ley de crimen organizado lo abarca de manera amplia, por ello se comprende, a las bandas y asociaciones ilícitas criminales para delinquir dentro del concepto de organización criminal.

Con respecto al otro elemento como es la permanencia se resalta que se encuentra intrínsecamente ligado al elemento estructural u organizativo, que a decir de Yshiì Meza. L. (2013) no implica:

“Necesariamente continuidad operativa, entendida, como realización constante de la conducta criminal, sino más, bien que la organización está apta, en cualquier momento y oportunidad que el negocio lo amerite, para activar su aparato estructural”.

Pero también se observa en la doctrina que existen autores que cuando analizan el concepto de criminalidad organizada hacen un análisis más exhaustivo identificando más elementos, así podemos citar a Prieto Palma citado por Prado Saldarriaga, V. (2016) quien identifica cuatro elementos resaltando el elemento del beneficio económico al expresar:

“Las organizaciones criminales necesariamente deberán contar con cuatro elementos: el primero es la cúpula o dirigentes que son aquellas personas encargadas de la dirección, coordinación y supervisión de las diversas actividades criminales; los otros tres elementos soportan a este y se convierten en tres pilares fundamentales e indispensables ya que si falta alguno de ellos, no podemos hablar de delincuencia organizada; el primero es el pilar de la

realización de los actos ilícitos o actividades primarias de la organización criminal; el segundo pilar está compuesto por las redes de protección de la organización criminal que aseguran la permanencia y funcionamiento de esta y el tercer pilar es el financiero o económico que es en esencia el objetivo mismo de la organización criminal”.

Por su parte De la Corte Ibáñez, L. y Giménez Salinas, A. (2010) identifica cinco elementos o atributos que lo configuran como una organización criminal, aunque al analizarlo podemos inferir que los cuatro primeros se relacionan con la estructura organizacional y el quinto hace referencia a la permanencia al señalar:

“Los atributos fundamentales de una organización son los siguientes: 1. Un conjunto de individuos o de grupos de individuos. 2. Asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos. 3. Que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas. 4. Que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas. 5. Que actúan con una cierta continuidad temporal”.

Sin embargo, consideramos que Sánchez García, I. (2005) es quien realiza una explicación más detallada y precisa respecto a los elementos o características que lo identifican como organización criminal, al comentar:

1) Ser estructura compleja, piramidal y jerárquica. El crimen organizado se estructura como una empresa comercial y con criterios económicos. Se organizan bien, planifican su trabajo, buscan beneficios y lo maximizan. El delincuente organizado actúa como empresario y la organización como una auténtica empresa criminal. 2) Comisión de delitos graves. Para el logro de sus objetivos, el crimen organizado utiliza medios delictivos graves como la intimidación, violencia y corrupción. El uso sistemático de violencia (externa o interna) se manifiesta de distintos modos: violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita (homicidios, robos, extorsiones, etc.); violencia al interior del grupo para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos;

etc. 3) Busca beneficios económicos y poder. Los fines de la criminalidad organizada son absolutamente lucrativos. El logro del poder puede ser político, pero con fines lucrativos”.

En el ámbito nacional podemos citar a Prado Saldarriaga, V. (2016) quien al analizar el deslinde conceptual de la criminalidad organizada identifica como sus características o elementos constitutivos a los siguientes:

“La criminalidad organizada tiene como sus principales características las siguientes: Permanencia operativa, Estructura organizacional, Práctica de negocios ilícitos, Planificación de actividades, Utilización de redes de protección, Dinámica movilidad internacional, Requerimiento de fuentes de apoyo, Fin lucrativo, Concierto de alianzas estratégicas o tácticas”.

De manera más detallada San Martín Castro, C. (2016) enumera las notas características del crimen organizado, o elementos que forman parte del concepto de criminalidad organizada, señalando:

“1) La permanencia. Indica que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida. 2) su estructura, Permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales. 3) Los negocios ilícitos. La criminalidad organizada moderna es sobre toda una criminalidad de mercado, esto es, la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado que no produce ni vende, pues ella solo quita o despoja. 4) La planificación. Requiere de un planeamiento estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades. 5) Las redes de protección. Requiere construir o solventar los mecanismos de impunidad. 6) La movilidad internacional. El modus operandi de los delitos que son realizados por los grupos criminales se base en circuitos de producción, provisión. distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones. 7) Las fuentes de apoyo. Requiere un eficiente sistema de soporte técnico o profesional, logístico y social, 8) El fin lucrativo. Las organizaciones criminales

se conforman y operan como unidades de negocios. 9) La alianza estratégica o táctica. La globalización de mercados ilegales, el crecimiento de la demanda y la necesidad de diversificar los stocks de los bienes y servicios prohibidos ha colocado a las organizaciones criminales modernas en la alternativa de fusionarse o compartir proyectos y riesgos comunes, generándose entre ellas alianzas de cooperación de la táctica y la estrategia”.

6.- Alcances y contenido de la ley N^a 30077 ley del crimen organizado

La dación de la Ley N^a 30077, publicada el 20 de agosto del 2013, nos brinda una configuración legal de los delitos de criminalidad organizada, sobre todo en materia penal y procesal penal, en donde se reproduce en gran medida, los objetivos, características, estructura y contenidos de la Convención de Palermo, lo que permite inferir que posee una estructura normativa integral y poco sistemática, en ese sentido Prado Saldarriaga, V. (2016) refiere que esta ley reúne, a su interior, aunque con escasa claridad y orden, cinco clases de normas: programáticas, penales, procesales, de cooperación judicial internacional en materia penal y de ejecución penal, al señalar:

“En cuanto a normas programáticas los artículos 1, 2 y 3 delimitan la función político criminal de la Ley N.º 30077 y que no es otra de regular un estatuto especial para el procesamiento y sanción de los delitos realizados por organizaciones criminales o por sus órganos asociados o dependientes. Por lo demás, es una ley de clara vocación u orientación sobre criminalizadora como lo demuestra su artículo 22 (catálogo de circunstancias agravantes), el 24 (prohibición de la concesión de beneficios penitenciarios) y primera disposición complementaria modificatoria (modifica artículo 80 del Código Penal in fine duplicando el plazo de prescripción de la acción penal para delitos cometidos por integrantes de una organización criminal e incrementa la penas para diversos delitos cuando estos sean cometidos por esta clase de agentes). Las

disposiciones procesales (artículos 5 al 15) o sobre cooperación judicial internacional en materia penal (artículos 26 al 30) son a todas luces innecesarias en tanto que regulan aspectos ya contemplados por el Código Procesal Penal, hubiera sido más técnico y menos complejo desarrollar las normas de aquel y adecuarlas a los cambios sugeridos en las normas de la Ley Contra el Crimen Organizado. En lo que atañe a reglas de derecho penal material, cabe destacar la incorporación al Código Penal, mediante la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria, del artículo 105-A, que regula los criterios de determinación y fundamentación de la aplicación de las consecuencias accesorias a personas jurídicas involucradas en la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento de un hecho punible, pero se cuestiona el confuso esquema de determinación del importe pecuniario de estas sanciones basado en el múltiplo equivalente a un monto no menor del doble ni mayor del triple del valor de la transacción real que se procura obtener como beneficio económico por la comisión del delito respectivo, hubiera sido preferible optar por las unidades impositivas tributarias que si son utilizadas en el caso de los delitos de lavado de activos y son más claras y de fácil aplicación por la judicatura”.

En lo que respecta a su contenido en el artículo 3 de la Ley N^a 30077 que fue modificado por el decreto legislativo N^a 1244 del 29 de octubre del 2016, se precisa que los alcances de ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el artículo, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 3.- Delitos comprendidos

La presente Ley es aplicable a los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado, sicariato y la conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato, de conformidad con los artículos 108, 108-C, 108- D del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal. 9. Delitos informáticos previstos en la ley penal.
10. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
11. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
12. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294- B del Código Penal.
13. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
14. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
15. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
16. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.

17. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.

18. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

19. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.

20. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos.

Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo”.

7.- Su regulación en el derecho comparado

El avance, auge, perfeccionamiento y diversificación de la criminalidad organizada han calado en la sociedad internacional ocasionando una serie de efectos nocivos que han merecido el reproche general de los Estados, entre estos efectos a decir de Sánchez Velarde, P. (2016) son:

“a) Desestabilización del sistema económico y político de un país, sobre todo cuando la corrupción se hace sentir entre dichas autoridades. b) Aleja la inversión internacional, debido a la inseguridad jurídica y la desconfianza de sus instituciones. c) Generan alarma en la colectividad por la gravedad de los delitos que cometen: extorsión, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo, lavado de activos, corrupción, etc.

d) Se puede afirmar que la corrupción aparece como un instrumento transversal del crimen organizado. e) Busca tener poder en la política”.

Para hacer frente a esta coyuntura las diversas legislaciones penales de los Estados han pasado de castigar a través de los tradicionales delitos de asociaciones ilícitas las diversas conductas de criminalidad organizada a tipificar delitos de organización criminal más complejos, teniendo como marco de referencia la Convención de Palermo, así podemos señalar a los siguientes:

7.1.- México

El 7 de noviembre de 1996 se emitió la denominada Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que define sus objetivos de política criminal con dación reglas de investigación, persecución, procesamiento, sanción y ejecución de las penas, en los delitos cometidos por algún miembro de la delincuencia organizada; sobre la definición de criminalidad organizada el artículo 2 señala que es cuando tres o más personas se organizan para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer cualquiera de los delitos comprendidos en la ley, se consideran entre ellas el terrorismo, el tráfico de armas, el tráfico de indocumentados y los secuestros.

7.2.- Colombia

Se tiene la Ley N^o 365 del 21 de febrero de 1997 por la cual se dictan normas tendientes a combatir la delincuencia organizada, en ella se tipifica el delito de concierto para delinquir, de lavado de activos, entre otras; asimismo se incluyen noemas procesales que establecen procedimientos

especiales como es la sentencia anticipada con reducción de penas por colaboración eficaz y de extinción del derecho de dominio.

7.3.- Guatemala

Se emitió la Ley contra la Delincuencia Organizada de Guatemala del 2006, que en su artículo 2 establece una definición de Grupo delictivo organizado u organización criminal, considerando para ello a cualquier grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos comprendidos en su ley, de la lectura de este artículo se observa que tiene mucha relación con la definición dada por la convención de Palermo.

7.4.- El salvador

Mediante Decreto N^o 190 del 2007 se emite la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja que prescribe en su artículo 1 que se considera crimen organizado a aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que existe durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos, lo resaltante de esta ley es que regula los mismos procedimientos especiales, juzgados especializados para los delitos del crimen organizado y los delitos de realización compleja, ya que en el fondo es lo mismo porque la criminalidad organizada implica de delitos de elaboración compleja, donde es difícil desentrañar su estructura organizativa, establecer el rol que desempeñan sus miembros y las conexiones internacionales que tienen con otras redes criminales.

7.5.- Costa rica

Se tiene la Ley contra la Delincuencia Organizada del 2009, que en su artículo 1 prescribe que se entiende por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, puede observarse que también tiene una redacción muy parecida a la de la convención de Palermo.

7.6.- Brasil

Se tiene la Ley Nª 12850 del 2 de agosto del 2013 que define la organización criminal, en su artículo 1 al señalar que se considera organización criminal a la asociación de cuatro o más personas estructuralmente coordinadas y caracterizadas por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventajas de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a cuatro años, o que sea de carácter transnacional.

CAPITULO III

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA IGUALDAD ANTE LA LEY

1.- Nociones básicas sobre los derechos fundamentales

El derecho de igualdad ante la ley está considerado como uno de los derechos fundamentales que le ha sido reconocido a la persona tanto en los instrumentos internacionales como en la Carta Magna, por lo que es necesario esbozar algunos alcances sobre los derechos fundamentales para luego entrar de lleno a la igualdad ante la ley.

Un primer punto de referencia es en cuanto a su definición así podemos citar a Eto Cruz, G. (2017) para quien los derechos fundamentales de las personas permiten el desarrollo de sus potencialidades, al expresar:

“Los derechos fundamentales son bienes susceptibles de protección que permiten a la persona la posibilidad de desarrollar sus potencialidades en la sociedad. Esta noción tiene como contenido vinculante presupuestos éticos y componentes jurídicos que se desenvuelven en clave histórica”.

García Toma, V. (2014) presenta una definición más elaborada y relaciona con su status en la humanidad, el rol del Estado y el orden jurídico al acotar:

“Los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular. Su denominación responde al carácter básico o esencial que estos tienen dentro del sistema jurídico instituido por el cuerpo político. Su incorporación en el derecho positivo estatal conlleva a lo siguiente: a) Que sean observados como derechos subjetivos que garantizan para sus titulares un status de

humanidad. b) Que se conviertan en una responsabilidad teleológica para el Estado. c) Que se constituyan en componentes básicos del orden jurídico; de allí que ninguna relación jurídica pueda inobservarlos”.

Un segundo punto de referencia sobre los derechos fundamentales tiene que ver con sus características más resaltantes, al respecto el jurista Alexy, R. (1993) lo enumera en forma detallada al expresar:

“a) Gozan de máximo rango; es decir, son creación de la jurisprudencia constitucional que posee un grado de vinculatoriedad plena o se encuentran consignados en textos con rango constitucional o superior, por lo que rigen como normas generales y superiores sobre el resto de disposiciones. b) Poseen máxima fuerza jurídica; es decir, la lectura simbólicamente programática de los derechos fundamentales debe ser descartada, dado que tanto los fueros jurisdiccionales, organismos legislativos y administrativos como los derivados de actos privados, deben observarlos, tutelarlos y promoverlos. c) Poseen grado de máxima importancia del objeto; es decir, no regulan cuestiones específicas e intrascendentes, sino que rigen para los elementos estructurales de la sociedad y el hombre (vida, libertad, propiedad, etc.). d) Poseen un máximo grado de indeterminación; es decir, la normativa es bastante escueta en cuanto a cuáles son los supuestos de hecho sobre los cuales han de aplicarse. En efecto, los derechos son lo que son en virtud a las técnicas de interpretación, lo cual les otorga la ductibilidad necesaria para adaptarse a todo tiempo y circunstancia”.

Un tercer punto se relaciona con la estructura de la norma o los preceptos normativos que contienen a los derechos fundamentales, en ese sentido el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N^o 01471-2005-AA/TC del caso Manuel Anicama Hernández establece en sus fundamentos jurídicos una variedad de distinciones en la estructura de los preceptos normativos que contienen derechos fundamentales, al señalar:

“a) Disposiciones de un derecho fundamental. Estas deben ser entendidas como los textos o enunciados lingüísticos que formalizan un determinado precepto constitucional; vale decir, hacen referencia a la expresión escrita. En puridad se compone conjunto de expresiones sintácticas presentación ordenada de una pluralidad de palabras; las cuales se presentan como una unidad estructural dotada de significación jurídica vía la realización de una tarea interpretativa. b) Las normas de un derecho fundamental. Estas deben ser entendidas como sentidos interpretativos atribuibles a las disposiciones consignadas en la Constitución. Estas hacen referencia al haz de garantías, facultades, y posibilidades de actuación en conexión con el ámbito material que da nombre al derecho que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares. c) Las posiciones de derecho constitucional. Estas deben ser entendidas como relaciones jurídicas que aparecen tras la determinación del mandato de una norma. Es decir, hace referencia a la conexión o enlace existente a los sujetos vinculados al cumplimiento de la norma”.

Como último punto de referencia sobre los derechos fundamentales, se tiene a su clasificación, en la doctrina existe una variedad de criterios para clasificarlos, pero se ha optado por mencionar la clasificación tradicional por el transcurso del tiempo en que aparecen y son reconocidos, que los divide en derechos de primera, segunda y tercera generación, al respecto García Toma, V. (2014) menciona que los derechos fundamentales son interdependientes y complementarios en razón a que están destinados a asegurar un mismo fin como es la defensa y promoción de la dignidad humana, en cuanto a la clasificación señala:

“Derechos de primera generación, son los que históricamente iniciaron el proceso de reconocimiento y protección formal a través de la legislación constitucional En ese marco aparecen los denominados derechos civiles y

políticos. Los derechos civiles son aquellos que garantizan el disfrute de la libertad personal y la plena autonomía de la voluntad y los derechos políticos permiten la participación activa en la formación de la voluntad del Estado en los distintos órganos y niveles de este. Derechos de segunda generación, son cronológicamente sucedáneos a los anteriores, en ese marco aparecen los derechos sociales, los derechos económicos y los derechos culturales.

Los derechos sociales son aquellas facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos con características accidentales diferenciadas en relación a otros, derechos económicos son facultades tuitivas dirigidas a favorecer a aquellos grupos humanos insertos en relaciones de producción y los derechos culturales son aquellas facultades que permiten a la persona acceder a los aspectos cualitativos del mundo reflejados en los bienes de la educación, el arte y la cosmovisión cultural pluriétnico y pluricultural. Los derechos humanos de tercera generación son cronológicamente los últimos en alcanzar reconocimiento y protección formal, promueve reconocimiento de la libre determinación de los pueblos, el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, etc”.

2.- El derecho de igualdad ante la ley

2.1.- Introducción

No se necesita ser abogado o persona versada en leyes para tener un conocimiento cabal del trato desigual ante la ley que existe en las distintas esferas de la administración de justicia, ya que la norma jurídica puede establecer un criterio objetivo pero en su dimensión práctica es objeto de una valoración subjetiva por parte de los operadores jurisdiccionales en donde se materializa el trato desigual, en un primer momento es en la misma norma jurídica por razones de sexo, raza, idioma, condición

económica, capacidad civil, edad, nacionalidad; sobre ello Chappuis Cardich, J. (1994) acota:

“En la práctica, vemos que todos los individuos que participamos de esa colectividad no somos iguales y por ese motivo la legislación los trata de manera distinta. Por lo general, y cuando pueda parecer una contradicción, la legislación distingue por razones de sexo, condición económica, edad, capacidad civil, nacionalidad. Los menores de edad no pueden casarse sin autorización de sus padres o tutores, mientras que los adultos mayores de 18 años, no impedidos, pueden casarse libremente. Las personas que obtienen más ingresos deben tributar en mayor medida que quienes obtienen menores ingresos. Las zonas que hubieran sufrido daños serios por desastres naturales, son declaradas en emergencia frente a zonas que no hubieran sufrido hecho extraordinario alguno”.

Pero también se representa en su parte operativa o dinámica, como por ejemplo se puede citar sentencias de los magistrados del Tribunal constitucional o de la Corte Suprema de justicia en las especialidades del derecho constitucional, derecho penal, derecho civil, derecho laboral, derecho administrativo, etc; dónde frente a un mismo hecho concreto hacen una valoración distinta como es el caso de que dicten prisión preventiva en algunos casos por contar con medios de convicción suficientes y en otros caso a pesar de ser los mismos hechos y medios de convicción, rechazan la prisión preventiva por contravenir el principio de presunción de inocencia, al respecto Díaz García, I. (2012) acota:

“Lo reseñado es suficiente para evidenciar que, frente a un mismo hecho, en Chile una persona puede recibir desigual tratamiento por el mismo tribunal, por tribunales de la misma jerarquía, y por tribunales de distinta jerarquía en la que el inferior contradice una forma de tratamiento establecida por el superior. Lo

primero significa que dependiendo del día en que la persona sea enjuiciada, frente a un mismo hecho se le puede atribuir consecuencias jurídicas muy diversas. Lo segundo significa que, dependiendo del lugar en que la persona sea enjuiciada, frente a un mismo hecho se le pueden atribuir consecuencias jurídicas enteramente diversas. Lo tercero significa que, cuando un tribunal jerárquicamente superior haya determinado de manera constante las consecuencias jurídicas que se deben aplicar a un cierto hecho, es factible que los inferiores le pueden atribuir consecuencias jurídicas enteramente diversas”.

2.2.- Conceptualización

A lo largo de su desarrollo histórico como derecho fundamental se ha venido gestando una serie de definiciones en la doctrina nacional y comparada sobre el derecho a la igualdad ante la ley, así desde un prisma filosófico se puede citar a Rawls, J. (1995) quien precisa:

“Representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos”.

Para Díaz García, I. (2012) la igualdad ante la ley es uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de los estados contemporáneos, al expresar:

“Pues bien, no parece difícil coincidir en que el principio de igualdad constituye uno de los pilares fundamentales de la organización política y jurídica de los estados contemporáneos. en efecto, se trata de un principio recogido por diversos instrumentos internacionales y por la generalidad de las Constituciones de nuestro entorno. en este sentido, ciertamente nadie dudaría que se trata de una exigencia jurídicamente vinculante para el legislador y para

la Administración, en dónde el órgano que ejerce jurisdicción debe tratar de la misma manera a lo igual y tratar de diversa manera a lo desigual”.

Otros autores prefieren conceptuarlo desde el punto de vista de una diferenciación de la igualdad ante la ley como principio y como derecho, así se tiene a Eguiguren Praeli, F. (1997) quien señala:

“El tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, lo conceptualiza en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar; y como derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación”.

En esa misma línea se tiene a García Toma, V. (2008) quien también lo conceptualiza como principio y derecho

“En ese sentido, la igualdad es un principio–derecho que intenta colocar a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia. Ello implica conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden con otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones. Se reconoce a la igualdad como un principio normativo de vinculación genérica. Este deviene en el atributo que tiene toda persona para que se le aplique la ley o se le trate en las mismas condiciones que a los semejantes que se encuentran en idéntica o similar situación. Consiste en la afirmación a priori y de apodíctica homologación entre todos los seres humanos, en razón de la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar”.

Actualmente la tendencia en la doctrina tiene a otro grupo de autores que explican que el derecho de igualdad ante la ley trasciende lo autónomo y se

habla de lo relacional, ya que se vincula con otros derechos en donde recae el trato desigual, así se cita a García Morillo, J. (1991) quien expresa:

"Es difícil, en efecto, concebir el derecho a la igualdad como un derecho autónomo, como es difícil pensar en violación del derecho a la igualdad que no comporte, simultáneamente, la vulneración de otro derecho. Esto es así porque la específica naturaleza de la igualdad ante la ley exige que su transgresión se proyecte sobre algún campo material concreto; no viola la igualdad en abstracto, sino en relación con otros derechos".

Sosa Sacio, J. (2005) también hace eco de su carácter relacional en cuanto se vincula con el goce de otros derechos al expresar:

"En ese orden de ideas, la igualdad no puede ser considerada como un derecho autónomo sino relacional, el cual opera en cuanto se vincula con el goce de los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Al actuar relacionamente, la igualdad permite disfrutar de un derecho luego de la comparación que una persona efectúe con referencia a otra en lo relativo a dicho goce".

Finalmente, Nogueira Alcalá, H. (2006) también resalta su carácter relacional al manifestar:

"Así se señala que el derecho a la igualdad no tiene un carácter autónomo, sino relacional, ya que opera para asegurar el goce efectivo del conjunto de derechos que el ordenamiento jurídico, a partir de la Carta Fundamental, reconoce y asegura a todas las personas. El derecho a la igualdad ante la ley, en una perspectiva jurídica significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo".

2.3.- Regulación normativa

2.3.1.- En los instrumentos internacionales

La igualdad ante la ley como derecho fundamental de las personas se ha consagrado en instrumentos internacionales después de batallar a lo largo de la historia porque reconocer derechos civiles que tienen una connotación ius naturalista ya que son inherentes a la dignidad como persona humana y por tanto su positivización en la norma es consecuencia de ello, en ese sentido

Nogueira Alcalá, H. (2006) acota:

“En el ámbito interno de los estados, una primera dimensión de la igualdad ante la ley tiene sus antecedentes en la declaración de la independencia de los Estados Unidos en 1776 y en la revolución francesa de 1789, siendo asumida luego por el constitucionalismo clásico y contemporáneo, por el cual se reconoce la igual naturaleza y atributos esenciales a todos los seres humanos. Esta dimensión, en perspectiva histórica, lleva a eliminar la esclavitud como expresión del desconocimiento de la dignidad humana y la igualdad esencial de las personas”.

El jurista García Toma, V. (2008) también hace referencia a su perspectiva histórica al señalar:

“Desde una perspectiva histórica, el derecho a la igualdad es una de las conquistas más sentidas de la Revolución Francesa y de la Revolución Americana. En suma, tuvo una raigambre liberal, cuya característica inicial consistió en concebir a la ley como una expresión normativa vinculante y obligatoria, generalidad, abstractividad y espontaneidad; amén de reconocimiento a una simetría de capacidad jurídica para toda persona sin ningún tipo de distinción social”.

La norma concreta que regula el derecho de igualdad ante la ley prohíbe asumir criterios de diferenciación, salvo que otra ley establezca alguna excepción por razones de política criminal pero siempre y cuando se encuentre amparada en la legitimidad vía control de constitucionalidad o vía control de convencionalidad, al respecto Nogueira Alcalá, H. (2006) expresa:

“Existe hoy un común denominador o criterio compartido en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales de derechos humanos que determina que cuando la diferenciación es hecha en base al sexo, la raza, las creencias religiosas, las opiniones políticas, u otro criterio prohibido expresamente en tratados internacionales o por la Constitución, la ley se presume inconstitucional mientras la autoridad no demuestre lo contrario. Por tanto, toda diferencia basada en cualquier dimensión subjetiva es sospechosa de inconstitucionalidad, debiendo ser sometida a un riguroso análisis de razonabilidad y proporcionalidad, el cual, en última instancia, debe ser determinado por parte de la jurisdicción constitucional, o la corte internacional de derechos humanos competente, en su caso.

Entrando de lleno a su regulación normativa en instrumentos internacionales, se tiene el Pacto internacional de derechos civiles y políticos que en su artículo 26 prescribe:

“Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

También lo regula la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 24 lo reconoce y prescribe:

“Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

De manera concordante con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, el derecho de igualdad ante la ley lo encontramos en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y en los artículos 1, 2, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estas disposiciones tienen coherencia, ya que los acotados instrumentos legales han precisado que los estados partes en deben comprometerse a respetar derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, posición económica, condición social, etc; en relación con estos instrumentos Nogueira Alcalá, H. (2006) agrega:

“Es necesario precisar la existencia de un núcleo duro de la igualdad establecido en el derecho internacional de los derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1º) como son el de que la diferenciación no puede justificarse en razón de raza, sexo, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión filosófica o política, siendo las diferencias

realizadas por el legislador basadas en tales situaciones, en principio, ilegítimas”.

2.3.2.- En la constitución de 1993

A nivel nacional, la Constitución reconoce el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución que prescribe:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

2. 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 (...).”.

Realizando una comparación con la constitución de 1979, el jurista Eguiguren Praeli, F. (1997) resalta que la actual carta magna elimino la referencia a que el varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades, en donde la ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón, al señalar:

“Es fácil advertir que las normas de ambas constituciones coinciden, en general, al reconocer el derecho a la igualdad y la proscripción de toda forma de discriminación. En este punto, se puede decir que la Carta del 93 explicita la condena a otras formas de discriminación motivadas en razones de origen o de condición económica, recalcando el carácter meramente enunciativo y no taxativo de dicha enumeración. Pero el aspecto crucial que marca diferencia en el tratamiento del derecho a la igualdad en ambas constituciones, es la supresión que hace la vigente Carta magna que superaba la igualdad formal ante la ley, para consagrar la igualdad de oportunidades entre varón y mujer, y que al reconocer a ésta derechos no menores que a aquél, abría la posibilidad de que se pudieran conferir derechos mayores a las mujeres”.

Comentando este artículo Huerta Guerrero, L. (2005) acota que este artículo solamente hace referencia a dos aspectos relacionados con el derecho a la igualdad: el derecho a la igualdad ante la ley; y la prohibición de discriminación, y no menciona nada sobre el rol del Estado para promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, al expresar:

“Existen importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la igualdad en el ámbito constitucional: no existe un reconocimiento general del derecho a la igualdad, sino sólo una referencia al derecho a la igualdad ante la ley, que es una de sus manifestaciones; no existe una mención a la obligación del Estado de adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad. Si bien las omisiones no impiden que en los hechos la jurisprudencia precise los alcances del derecho a la igualdad o que los órganos del Estado adopten medidas tendientes hacia una igualdad material, sería adecuado que el texto constitucional desarrolle en forma más adecuada ambos aspectos, pues constituye siempre la referencia inicial para que las personas tengan un conocimiento adecuado sobre el contenido y los alcances del derecho a la igualdad. Como ejemplo de los textos constitucionales que establecen expresamente obligación de adoptar medidas orientadas a una igualdad material, se puede citar el caso de la Constitución de Colombia, en cuyo Artículo 13° señala: El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”.

2.4.- Dimensiones o ámbitos que comprende

Revisando la doctrina nacional se encuentra que los autores se manifiestan sobre diferentes ámbitos que comprende el derecho de igualdad, uno de esos ámbitos se enfoca en diferenciar entre la igualdad en la ley que es de carácter

general establecida en la norma jurídica y la igualdad en la aplicación en la ley que es más relacionada en cada caso en concreto y más justo; así tenemos a Fernández Segado, F. (1996) quien hace una explicación de cómo la igualdad ante la ley con el paso del tiempo exige que sea igualdad en la aplicación de la ley al señalar:

“En el pensamiento liberal del pasado siglo, el principio de igualdad se manifiesta básicamente como igualdad ante la ley. Esta es igual para todos porque reúne caracteres de universalidad y generalidad. Es cierto que debe aplicarse asimismo sin acepción de personas, esto es que puede hablarse de una igualdad en su aplicación, pero para quienes aplican el ordenamiento jurídico no hay más elementos de comparación a efectos de detectar una presunta desigualdad que la propia ley, con lo que, en último término, la igualdad se supedita a la voluntad del legislador. Para éste, el principio de igualdad tiene un mayor contenido, por cuanto le veda establecer entre los ciudadanos diferencias que no resulten del libre juego de las fuerzas sociales; pero entendida la sociedad civil como un hecho natural, ajeno al Estado, no hay obstáculo alguno para considerar naturales y, en consecuencia, jurídicamente relevantes, las diferencias que la sociedad establece”.

Eguiguren Praeli, F. (1997) acota que el principio de igualdad logró su consagración jurídica por obra del pensamiento liberal, pero resalta que su contenido sigue evolucionando y desarrollándose, hasta adquirir actualmente un sentido más amplio e integral, al expresar:

“Cuando se trata de definir el contenido y los alcances del derecho de igualdad ante la ley, deben considerarse dos componentes primordiales: 1) La igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá como pauta general, aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad

de trato al que tienen derecho todas las personas. 2) La igualdad en aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Pero incluso esta igualdad ante la ley, como derecho fundamental exigible por las personas, ha adquirido en su interpretación y aplicación niveles importantes de debate acerca de cuáles deben ser sus alcances y contenidos en el ordenamiento constitucional, la actuación del legislador y el comportamiento de los órganos públicos para darle cabal realización y cumplimiento”.

También se cita al constitucionalista García Toma, V. (2008) quien también diferencia igualdad en la ley y en su aplicación al señalar:

“La igualdad en la ley se refiere al contenido de las normas, por ende, opera como un límite a la discrecionalidad del legislador. Supone que éste se encuentra impedido de configurar pautas preceptivas diferentes cuando no existen situaciones de hecho relevantes para ello. De allí que el legislador se encuentra vedado de establecer distinciones artificiosas o arbitrarias en hechos, acontecimientos que involucren a personas ubicadas en un plano de identidad absoluta, o que, en caso de no existir dicha homología, éstas careciesen de relevancia y fijar regla de diferenciación. La igualdad en la aplicación de la ley se refiere a la eficacia de las normas, opera como un límite a la actuación del aplicador de la ley, que no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones, ello supone la obligación de aplicar la ley de manera efectivamente semejante a todas las personas que se encuentran en la misma condición o circunstancia, o que, en caso de inexistencia de homología, esta careciese de relevancia para fijar una regla de diferenciación. En el caso Instituto Superior Tecnológico no estatal Peruano de Sistemas (SISE) (Expediente N° 1279–2002–AA/TC), el Tribunal Constitucional señaló que la aplicación uniforme de la ley es una regla general que opera cuando

existe una identidad sustancial entre los supuestos de hechos resueltos, que no necesariamente debe ser plena; en tal sentido, basta con que se verifiquen suficientes elementos comunes que permitan considerar que los supuestos de hecho analizados son jurídicamente iguales y merecer una aplicación isonómica de la norma”.

Por su parte Sosa Sacio, J. (2005) también se expresa sobre estos ámbitos y recalca que la igualdad en la ley impone un límite al legislador y en la aplicación de la ley proscribire un trato diferencial al señalar:

“La igualdad ante la ley impone un límite constitucional a la actuación del legislador, al no poder apartarse de este marco impuesto por el ordenamiento, para crear normas que, sin más, contravengan la igualdad de trato. La igualdad en la aplicación de la ley implica la posibilidad de que toda persona pueda defenderse frente a normas estatales que contengan diferencias irrazonables y que afecten su situación jurídica o sus legítimas expectativas”.

En la doctrina comparada se puede nombrar a Nogueira Alcalá, H. (2006) quien realiza una clara diferenciación entre igualdad en la ley y en su aplicación, al expresar:

“El derecho a la igualdad ante la ley y en la ley constituye un derecho subjetivo, ya que es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias. En el plano de la aplicación, la igualdad ante la ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el operador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en las normas. Las diferencias que corresponden a otros ámbitos ajenos al núcleo duro (condiciones subjetivas de la igualdad) como son las condiciones objetivas, pueden ser regulados por el legislador, pero estas diferenciaciones de tratamiento de personas o grupos de personas deben estar justificadas

racionalmente. La discriminación, la diferencia arbitraria, se encuentra en oposición a la justicia, siendo inconstitucional y contraria a los derechos humanos. Así surge también en el derecho internacional de los derechos humanos el principio de no discriminación como uno de los derechos más básicos del ser humano, el cual ha sido elevado a la categoría de *ius Cogens*, el que prohíbe toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados”.

Finalmente se cita a Rodríguez Piyyero, M. y Fernández López, M. (1986) quienes señalan:

“No tiene por ello nada de extraño que en la época liberal la igualdad ante la ley llegase a significar poco más que el carácter de un mandato legal, la inexistencia de privilegios, la eficacia erga omnes y, en consecuencia, la generalidad e impersonalidad en la delimitación de los supuestos de su aplicación. El entender la igualdad ante la ley como consecuencia de la generalidad propia de la norma legal (expresión además de una voluntad general) supone el que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos tienen igual derecho a recibir la protección de los derechos que ese ordenamiento reconoce.

Pero esta igualdad ante la ley va a producir efectos significativos en el plano de la puesta en ejecución de la propia ley, es decir, en el momento de la aplicación de la ley. La igualdad ante la ley progresivamente será entendida como igualdad en la aplicación de la ley; ya no se trata que la ley sea general impersonal, sino que su aplicación por los poderes públicos encargados de esa tarea se haga sin excepciones, sin consideraciones personales. La igualdad ante la ley se interpreta, así como aplicación de la ley conforme a la ley, como una aplicación regular, correcta, de las disposiciones legales, sin otras distinciones de supuestos o casos que los determinados por la norma legal. Se rompería así la igualdad no sólo si la ley por no ser norma general no contuviese una posible igualdad, sino también si al aplicarse esa norma general

no se hiciera de manera general, con abstracción de las personas concretas afectadas”.

Otro ámbito de la igualdad como derecho fundamental de la persona tiene a diferenciar entre igualdad formal e igualdad material, al respecto Eguiguren Praeli, F. (1997) sostiene:

“La concepción del contenido del principio de igualdad entendido como igualdad formal ante la ley, se ha visto luego ampliada hacia una vertiente que propugna también una igualdad material. De allí que actualmente podamos distinguir entre la igualdad formal, por la cual todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual; frente a la igualdad sustancial o material, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas. Se trata pues de un mandato encaminado a avanzar en igualdad sustancial o material, trascendiendo la igualdad formal, mediante la adopción de medidas positivas o afirmativas que deben conducir a la creación de una mayor igualdad de oportunidades”.

Por su parte Huerta Guerrero, L. (2005) también comenta estos ámbitos del derecho de igualdad y acota:

“El derecho a la igualdad implica que todas las personas deben ser tratadas en forma igual por parte del Estado. En consecuencia, todo trato diferente está prohibido. Este trato desigual de los iguales se conoce como discriminación. Sin embargo, la realidad demuestra que existen una serie de desigualdades en la sociedad, lo que obliga a adoptar medidas orientadas a lograr que el derecho a la igualdad no se agote en su reconocimiento formal (igualdad formal), sino que existan iguales oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales por parte de las personas (igualdad material). Estas medidas pueden implicar un trato desigual, lo que no es considerado como discriminación sino una

diferenciación. Lo dicho hasta aquí puede ser sintetizado de la siguiente manera: El derecho a la igualdad implica el trato igual entre los iguales. La discriminación implica un trato desigual entre los iguales. La diferenciación implica un trato desigual entre los desiguales”.

En la doctrina comparada se tiene a Carmona Cuenca, E. (2004) quien realiza un parangón entre igualdad formal y sustancial o material al expresar:

“Un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, como mandato de igual trato jurídico a personas que están en la misma situación, e igualdad material, como una reinterpretación de aquélla en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiende a una equiparación real y efectiva de los mismos. Para lograr esta igualdad material, los poderes públicos deberán, en ocasiones, dictar normas aparentemente desiguales o contrarias a la igualdad formal, con el objetivo de elevar la posición social de los colectivos que se encuentran en una situación continuada de inferioridad social real.

El último ámbito de la igualdad como derecho fundamental de la persona tiene a diferenciar entre la igualdad como principio y como derecho, al respecto podemos citar al jurista constitucional García Toma, V. (2008) quien refiere:

“La igualdad como principio se constituye en la pauta rectora de la organización y actuación del Estado. Por ende, deviene en la regla básica que el cuerpo político debe garantizar, preservar y dar contenido a través de la dación de leyes y actos administrativos. Dicho principio debe asumirse como un mandato de optimización que apunta a su verificación jurídica y social. Exige del Estado, simultánea y sincrónicamente, una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o intervencionista. La vinculación negativa o abstencionista está referida a tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes, quedando vedada la posibilidad que a través de la ley

(expresión de regla general y abstracta) se pueda auspiciar situaciones discriminatorias de cualquier índole. La vinculación positiva o intervencionista está referida a tratar deferentemente por un lapso, mediante la denominada acción afirmativa o discriminación a la inversa. La igualdad como derecho es percibida como una facultad o atribución exigible individual o colectivamente, por medio de la cual las personas deben ser tratadas simétricas y homológamente, tanto en el contenido de las leyes como en las aplicaciones de las mismas siempre que no existan razones fundadas para un tratamiento distinto. En tal sentido, el derecho a la igualdad se constituye, prima facie, en aquello que obliga tanto a los poderes públicos como los particulares a actuar uniformemente respecto a las personas que se encuentren en las mismas condiciones o situaciones; así como tratar de manera desigual a las personas que se encuentren en circunstancias disímiles, debiendo tener dicho trato dispar un fin legítimo, el mismo que debe ser conseguido mediante adopción de una medida idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, se erige como un derecho fundamental de la persona oponible en todos los ámbitos de la vida coexistencial”.

CAPITULO IV

LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS COMO DERECHO SUBJETIVO Y EXPRESION DEL DERECHO A LA IGUALDAD ANTE LA LEY

1.- Alcances básicos sobre beneficios penitenciarios

1.1.- Antecedentes

Los beneficios penitenciarios fueron contemplados en la legislación con la dación del Decreto Ley N^a 17581 “Unidad de Normas para la Ejecución de Sentencias Condenatorias” emitido el 15 de abril de 1969, donde se resalta que algunas normas fueron mal empleadas por los operadores jurídicos y en otros casos no llegaron a tener una vigencia real.

En lo que respecta a su denominación se empleó por primera vez en el Decreto Supremo N^a 334-81-JUS, la cual se ha mantenido en el Decreto legislativo N^a 330 “Código de ejecución penal” del 06 de marzo de 1985, el Decreto legislativo N^a 654 “Código de ejecución penal” del 02 de agosto de 1991 y el Decreto Supremo N^a 015-2003-JUS “Reglamento del código de ejecución penal” del 09 de setiembre de 2003; al respecto Matos Ortega, M. (2010) refiere:

“Los beneficios penitenciarios, aunque no con ese nombre, fueron contemplados por primera vez en el Perú con el Decreto Ley N^a 17581, de fecha 15 de abril de 1969, Decreto denominado como Unidad de Normas para la Ejecución de Sentencias Condenatorias; que incluyó dentro del periodo de prueba a permisos especiales de salida; redención de penas por el trabajo; semilibertad y la liberación condicional. Posteriormente, el 19 de marzo de 1982, se dictó el Decreto Supremo N^a 334-81-JUS, en donde ya se utilizó el

nomen iuris de beneficios penitenciarios. Luego, con el Código de Ejecución Penal de 1985 se contempló, a los beneficios penitenciarios desde el artículo 42° al 59°. De la misma forma, los beneficios penitenciarios vienen siendo regulados por el Código de Ejecución Penal vigente, y su respectivo Reglamento Decreto Supremo N° 015-2003-JUS de fecha 11 de septiembre de 2003”.

1.2.- Conceptualización

Analizando la doctrina se observa que al querer definir los beneficios penitenciarios se toman en cuenta dos puntos de referencia que es la prevención especial de la pena que se traduce en resocialización y en menor medida el reducir tiempo y las condiciones de reclusión, así podemos citar entre los que resaltan la función de resocialización a la definición oficial esbozada por el Ministerio de justicia (2012) que expresa:

“Los beneficios penitenciarios son mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en actividades laborales, educativas, y los servicios psicológicos, legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria, así como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad, y a la vez, resalta su calidad de mecanismos jurídicos que permiten reducir la permanencia en prisión de un condenado a pena privativa de libertad efectiva, así como mejorar sus condiciones de detención”.

Brousset Salas, R. (2002) también lo relaciona con resocialización al expresar:

“Los Beneficios Penitenciarios como instituciones penológicas constituyen mecanismos legales tendientes a estimular las actitudes readaptativas 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 citamos a Pérez López, J. (2012) quien al definir los beneficios penitenciarios relaciona la resocialización con prevención especial de la pena, señalando:

“Los beneficios penitenciarios, son instituciones de prevención especial; su inspiración descansa en la preparación para la libertad del interno y la mitigación del aislamiento producido por la pena de prisión, no puede sino fundamentarse en orientación constitucional de las penas privativas de libertad a la reinserción social del penado. Basándonos en la teoría de la prevención especial, los beneficios penitenciarios, deben darse luego de la aplicación de los programas resocializadores, que permitan reconciliar a la comunidad con sus integrantes desviados que se apartaron de las reglas de respeto a las normas jurídico-penales, en una suerte de reencuentro solidario y aceptación del principio de corresponsabilidad entre la sociedad y el delincuente por los delitos cometidos”.

Otros autores como Milla Vásquez, D. (2016) relacionan el concepto de beneficios penitenciarios con la reducción del tiempo de reclusión al señalar:

“Estos instrumentos normativos en la historia penitenciaria y en la actualidad adoptando la visión normativa del enfoque español, han servido y sirven para acortar las penas privativas de libertad que han sido impuestas o para reducir o disminuir el tiempo efectivo de internamiento o reclusión”.

Sin embargo, Hernández Miranda, E. (2014) esboza una definición más completa ya que relaciona los beneficios penitenciarios con resocialización y la reducción de la permanencia y las condiciones en prisión, al manifestar:

“Los beneficios penitenciarios son mecanismos que promueven la resocialización del privado de libertad a través de su participación en

actividades laborales. educativas. y los servicios psicológicos. legales y sociales que ofrece la administración penitenciaria. así, como a través de las actividades que los propios internos implementan con tal finalidad. Los beneficios penitenciarios son también mecanismos Jurídicos que permiten reducir la permanencia en prisión de un condenado a pena privativa de libertad efectiva, así como a mejorar sus condiciones de detención”.

1.3.- Clasificación

La doctrina es unánime en diferenciar dos clases de beneficios penitenciarios, unos están relacionados con mejorar las condiciones de su reclusión durante su etapa de permanencia, y al darse dentro o al interior del establecimiento penitenciario, se les suele denominar beneficios penitenciarios intracarcelarios; y los otros beneficios se orientan a obtener una libertad adelantada después de cumplir con ciertos requisitos formales que la ley establece, por ende, al buscar salir de forma anticipada al cumplimiento de la pena impuesta del establecimiento penitenciario se le suele denominar beneficios penitenciarios extracarcelarios, así podemos citar a Brousset Salas, R. (2002) quien opta por clasificar a los beneficios penitenciarios tanto en intracarcelarios como extracarcelarios:

“Es necesario señalar que nuestro ordenamiento legal desde Abril de 1969 en que se dio el Decreto Ley N° 17581 «Unidad de Normas para la ejecución de sentencias condenatorias», hasta la actualidad con el Código de Ejecución Penal de 1991, pasando por el Código de Ejecución Penal de 1985, recogiendo experiencias de la legislación comparada en la materia (básicamente la mexicana, venezolana, argentina y española), ha establecido beneficios penitenciarios que por sus efectos finales se clasifican en intracarcelarios (el permiso de salida, la visita íntima, así como las recompensas y premios) y

excarcelatorios (la redención de pena por el trabajo o estudios, la semi-libertad y liberación condicional); entendidos en tal integralidad que la institución de los beneficios penitenciarios por un lado refuerza la progresividad del tratamiento resocializador, y de otro lado estimula las actitudes readaptativas de los internos”.

Por su parte el Ministerio de justicia (2012) opta por clasificar a los beneficios penitenciarios de manera más explícita en beneficios para mejorar las condiciones de vida del interno y beneficios para una libertad anticipada, al expresar:

“Beneficios que mejoran las condiciones de vida del interno, es el caso del permiso de salida, visita íntima y un conjunto recompensas que se conceden al interno, como la autorización para trabajar horas extras, desarrollar labores auxiliares, visitas especiales, entre otros beneficios. Se denominan también beneficios intramuros, pues con excepción del permiso de salida, se conceden en el interior del penal, la concesión de estos beneficios es una facultad de la autoridad penitenciaria. Beneficios que permiten una libertad anticipada, son beneficios que posibilitan el cumplimiento de una parte de la condena en libertad, y constituyen una expresión avanzada en la progresión del tratamiento penitenciario, es el caso de semilibertad y liberación condicional, que también se denominan beneficios extramuros, por cuanto permiten la libertad del beneficiado, su concesión es potestad de la autoridad judicial. En este grupo de beneficios penitenciarios se incluye la redención de pena por trabajo o educación, pues también permite una libertad anticipada, aunque propiamente no constituyen beneficios extramuros, el reconocimiento del tiempo de redención de pena por trabajo o educación a cargo de la autoridad penitenciaria”.

1.4.- Naturaleza jurídica

1.4.1.- En la legislación

La naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios como estímulos o incentivos se ubica en el Reglamento del Código de Ejecución Penal (Decreto Supremo N^o 015-2003-JUS) que en su artículo 165 prescribe:

“Artículo 165. Los beneficios penitenciarios son estímulos que forman parte del tratamiento progresivo y responden a las exigencias de individualización de la pena, considerando la concurrencia de factores positivos en la evolución coadyuvantes a su reeducación y reinserción social. Deben ser tramitados y resueltos en los plazos establecidos en el Código.”.

El artículo 1 de la Resolución Administrativa N^o 297-2011-P-PJ lo reconoce como estímulos o incentivos al prescribir:

“Artículo 1^o.– Precisar que, como la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional es la de un estímulo o incentivo y no la de un derecho, el cumplimiento de los presupuestos formales previstos en los artículos 49^o y 54^o, respectivamente, del Código de Ejecución Penal no asegura su otorgamiento”.

1.4.2.- En la jurisprudencia

Revisando la jurisprudencia nacional se tiene que el Tribunal Constitucional reconoce a los beneficios penitenciarios como garantías que no engendran derechos, así lo establece en su fundamento jurídico 3 de la Sentencia N^o 0842-2003-HC/TC, en el fundamento 19 de su Sentencia N^o 2700-2006-PHC/TC:

“Los beneficios penitenciarios no es derecho fundamental, sino 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 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, por lo que la resolución Judicial que se pronuncia al respecto debe cumplir con la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales”.

Esta línea jurisprudencial se mantiene en la Sentencia N^o 00033-2007-PHC/TC, que en su fundamento 46 establece:

“Los beneficios penitenciarios son considerados como garantías que coadyuvan a la reinserción del interno en la sociedad. No constituye, por tanto, un derecho que pueda ser exigido por el solo motivo de reunirse los requisitos formales. Por el contrario, el juez de ejecución ejerce una potestad discrecional al conceder un beneficio, que por lo demás debe estar debidamente motivada y acorde con la relación que, además de la resocialización, algunos beneficios tienen con otros bienes constitucionales, tales como la dignidad humana, entre otros; por ello, además del cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, se debe tener en cuenta la personalidad del agente y los bienes que se busca proteger”.

Posteriormente el Tribunal constitucional en Acuerdo Plenario N^o 08-2011-CJ-116 fundamento 8 reconoce como estímulos a los beneficios penitenciarios tomando como referencia la Resolución administrativa N^o 297-2011-P-PJ:

“Los beneficios penitenciarios no son derechos del condenado, sino parte del régimen penitenciario que corresponde a un modelo de tratamiento progresivo técnico en su etapa de prueba, estación previa a la excarcelación definitiva por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta. Cabe señalar que en la propia configuración de los beneficios penitenciarios confluyen requisitos

objetivos fácilmente determinables, tales como el transcurso de una determinada parte de condena, junto con otros requisitos subjetivos de carácter altamente indeterminado como la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. Así las cosas, la concesión de tales beneficios es una facultad legal exclusiva del órgano jurisdiccional competente, que exige la verificación de concretos y específicos requisitos legales, los cuales, entre otros, aluden a periodos de cumplimiento efectivo de las penas impuestas, y buena conducta”.

1.4.3- En la doctrina

En la doctrina nacional también se reconoce a los beneficios penitenciarios como estímulos o incentivos tomando como punto de partida el artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal y el artículo 1 de la Resolución Administrativa N^o 297-2011-P-PJ, así citamos a Small Arana, G. (1997) quien expresa:

“Particularmente conceptúo a los beneficios penitenciarios, como incentivos que propenden y ayudan al interno a su rehabilitación y le permiten posteriormente acceder a la semi-libertad, a la liberación condicional, a la libertad definitiva como antelación al término legal establecido, adicionando para ello de ser el caso a la reclusión efectiva el tiempo redimido por el trabajo y la educación”.

Brousset Salas, R. (2002) define como estímulos al expresar:

“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 readaptativas; permitiendo adicionalmente mejorar las condiciones para el desarrollo de interrelaciones dentro de los establecimientos penitenciarios”.

Matos Ortega, M. (2010) reconoce que la legislación nacional lo define como estímulos al comentar:

“Nuestros legisladores se inclinan en concebir a los beneficios penitenciarios como estímulos que forman parte del tratamiento penitenciario como sistema progresivo, según el artículo 165° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, la nota de prensa N° 0111-2004-RRPP/TC del Tribunal Constitucional y el Instituto Nacional Penitenciario, los beneficios penitenciarios constituyen estímulos que están sujetos a ciertas condiciones: las de carácter meramente formal, y a la evaluación judicial que observará que el interno cumplió con rehabilitarse y puede ser reintegrado a la sociedad, puesto que ya no significa un peligro para ella. Los mencionados requisitos formales están dispuestos en razón del tipo de beneficio penitenciario que se pretende obtener. Al aceptar que los beneficios penitenciarios son estímulos al tratamiento progresivo y se otorgan en recompensa a la respuesta favorable del interno hacia dicho tratamiento penitenciario, el juez podría evaluar conceder o no dichos beneficios sin ningún tipo de límite, ni restricción”.

Para Pérez López, J. (2012) los beneficios penitenciarios son incentivos y no derechos o gracias, al expresar:

“Los beneficios penitenciarios serían verdaderos incentivos que permitirían al interno observar las normas de conducta en el campo penitenciario, tendientes a lograr el acortamiento de la pena impuesta, por ello es que no se podrían concebir como derechos ni como gracias; pues si así fuera, en el primer caso, habría una exigencia de cumplirse los requisitos que le harían perder su concepción dentro del tratamiento, pues el penado seguiría siendo una persona más dentro del establecimiento penal, en tanto no alcance su libertad definitiva y, en el segundo caso, porque no es un acto de condonación o perdón como el indulto y la amnistía que ponen fin a la condena. Los beneficios penitenciarios requieren de una evaluación particularizada pues una vez concedidos están sujetos a reglas de conducta cuyo cumplimiento provoca la revocatoria que no opera en la gracia, de allí su diferencia y su calificación como incentivos que permiten, a la administración penitenciaria, mejor control y programación de las

acciones de tratamiento al interno, quien deberá mantener durante su permanencia en el centro penal, una buena conducta, promoviendo actitudes positivas para convivir adecuadamente en la comunidad social”.

Finalmente, citamos a Hernández Miranda, E. (2014) quien lo califica como incentivos para lograr la resocialización, al señalar:

“En tal sentido. no existe un derecho que puede ser alegado por un interno para que se le otorgue determinados beneficios penitenciarios siendo solamente incentivos dirigidos a lograr un objetivo socialmente deseado. como es la rehabilitación y resocialización del delincuente. Estos deben ser otorgados, además de manera fundamentada no pudiendo ser otorgados de manera gratuita por el juez por el simple paso del tiempo o por el cumplimiento formal de las reglas de conducta que se impongan para el otorgamiento de estos incentivos”.

1.5.- Los beneficios penitenciarios en el código de ejecución penal

Acorde con lo prescrito por el artículo 42 del Código de ejecución penal de 1991 vigente a la fecha, prescribe de forma taxativa que toda persona que ha sido privada con pena privativa de libertad efectiva, podrá acceder a cualquiera de los siguientes beneficios penitenciarios:

-Permiso de salida;

-Redención de la pena por el trabajo y la educación;

-Semilibertad;

-Liberación Condicional;

-Visita íntima; y,

-Otros beneficios, que al concordarlo con el artículo 59 del acotado cuerpo legal que hace referencia a que los actos que evidencian en el interno espíritu de solidaridad y sentido de responsabilidad, tanto en su comportamiento

personal como en su forma organizada en el interior del Establecimiento Penitenciario, son estimulados mediante recompensas que otorga el Consejo Técnico Penitenciario y que son anotadas en su expediente personal; las cuales pueden consistir en:

- Autorización para trabajar en horas extraordinarias.
- Desempeñar labores auxiliares de la Administración Penitenciaria, que no impliquen funciones autoritativas.
- Concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas.
- Otras que determine el Reglamento.

2.- Los beneficios penitenciarios como derecho subjetivo del penado y expresión del derecho a la igualdad ante la ley

2.1.- La política criminal de restricción de beneficios penitenciarios

La delincuencia organizada ha crecido y perfeccionado en la última década generando un estado de zozobra e inseguridad ciudadana con la proliferación y el aumento de la incidencia delictiva en delitos de sicariato, extorsión, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal; aunado a la corrupción de los más altos funcionarios del país, la historia reciente nos refleja los casos acontecidos en el año 2000 con el ex presidente Alberto Fujimori hoy libre vía el otorgamiento de un cuestionado indulto humanitario y su asesor Vladimiro Montesinos, quienes sobornaron a muchos funcionarios públicos, magistrados del Poder Judicial, Ministerio Público, así como a dueños de medios de comunicación escrita y televisiva. Mucho más adelante en el año 2013 se tiene la red criminal del abogado y empresario Rodolfo Orellana que

ha involucrado a connotados abogados, autoridades judiciales, fiscales, policías, muchos de ellos actualmente privados de libertad; en el 2014 el caso del ex alcalde de Chiclayo Roberto Torres y toda su red criminal que involucro a funcionarios públicos de esa ciudad, hasta llegar al “caso lava jato” que a la fecha ha involucrado a candidatos presidenciales, ex presidentes, incluyendo al actual presidente Pedro Pablo kuczynski.

En este escenario el Estado ha asumido una política criminal basado en la restricción de los beneficios penitenciarios que se originó con el Decreto Legislativo N° 927, del 20 de febrero del 2003 en donde se limita el acceso a los beneficios penitenciarios para el delito de terrorismo, al eliminarse la semilibertad y la libertad condicional, la cual se agrava con la dación de la Ley N° 29492, del 14 de octubre del 2009, que suprime también los beneficios penitenciarios de la redención de la pena por el trabajo y el estudio así como la libertad condicional.

Luego en la última década se presenta la lucha contra el crimen organizado, y el Estado mantiene y profundiza su política criminal de restricción de los beneficios penitenciarios, con la dación del Decreto Legislativo N° 1106 del 2012 referido a la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, en donde se niega el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y estudio, semilibertad y libertad condicional a quienes incurran en la agravante contemplada en el segundo párrafo del artículo 4.

En julio del 2013, se emite la Ley N° 30068 con la finalidad de prevenir sancionar y erradicar el feminicidio, en donde se modifica el artículo 46 del

Código de ejecución penal en el sentido de que los internos primarios que cometan delitos establecidos en la presente ley redimen a razón de un 1 día de pena por 5 de labor efectiva o de estudio; mientras que los reincidentes o habituales redimen a razón de 1 día de pena por 6 o 7 días de labor efectiva o de estudio dependiendo del delito cometido.

En agosto del 2013 se emite la Ley N^a 30077 “Ley contra el Crimen Organizado”, donde se prohíben beneficios penitenciarios a los que cometieran determinados delitos establecidos taxativamente en la ley, que fue después ampliado por el decreto legislativo N^a 1244 del 2016 que fortalece la lucha contra el crimen organizado y la tenencia ilegal de armas, en donde en su artículo 24 se prohíbe los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional a las personas a que hacen referencia los literales a), b) y e) del inciso 1 del artículo 22 de la presente ley y los integrantes de la organización criminal, siempre que el delito por el que fueron condenados sea por el artículo 108 (homicidio calificado), 108-C (sicariato), 152 (secuestro), 153 (trata de personas), 153-A (formas agravadas de la trata de personas), 189 (robo agravado) y 200 (extorsión) del código penal.

Finalmente, con la Ley N^a 30609, de julio del 2017 “Ley que modifica el código de ejecución penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños, y adolescentes”, se modifican los artículos 46 y 50 del Código de ejecución penal señalando que 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 y los internos sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A del Código Penal, e. En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108-B, 121-B, 153, 153-A, 170, 171, 172, 174, 176- A, 177, 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 1 día de pena por 6 días de labor o de estudio, respectivamente; asimismo no procede beneficios penitenciarios de semi-libertad o liberación condicional para aquellos internos que se encuentran sentenciados por la comisión de los delitos previstos en los artículos 107, 108, 108-A, 108- B, 121-B, 152, 153, 153-A, 170 al 174, 176-A, 177, 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.

2.2.- El test de proporcionalidad para determinar el trato diferenciado en la restricción de los beneficios penitenciarios

El principio general para determinar el trato diferenciado es cuando la desigualdad no se encuentra debidamente sustentada, o que no sea suficientemente razonable, en ese sentido tanto la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el Test de razonabilidad o igualdad, por el cual se somete el caso a un examen de tests sucesivos para determinar si simplemente diferenciador y, por lo tanto, no violatorio, o por el contrario si es discriminatorio y, por ende ilegal, al respecto citamos a Chappuis Cardich, J. (1994) quien acota:

“El test de razonabilidad supone someter el caso en cuestión a determinadas comprobaciones:

1. Test de desigualdad. Se trata de la constatación inicial más simple a la que debe someterse todo procedimiento y supone verificar que la norma legal establece consecuencias jurídicas diferentes para dos o más personas. En doctrina se discute si lo que trata este test es probar la desigualdad de los supuestos de hecho o la desigualdad de las consecuencias jurídicas. En todo caso, no se trata de determinar si la norma sometida a la prueba establece diferencias, sino que las consecuencias son jurídicamente diferentes.

2. Test de relevancia. Según este test, se trata de probar que las situaciones tratadas desigualmente tienen cierta identidad, por lo cual demandan un trato igualitario. Este test se aplica consecuentemente en los casos de aplicación arbitraria de una norma, o cuando estamos frente al problema de la subsunción. En ambos supuestos, quien demanda la igualdad debe probar la identidad de su caso concreto con los supuestos abstractos que motivan la interpretación o clasificación de la norma.

3. Test de razonabilidad. Es el test más importante porque nos ayuda a razonar cuando enfrentamos un problema de desigualdad. En términos generales, este test consiste en examinar directamente las normas promulgadas por el poder público introductor de la desigualdad para ver si los motivos y las razones que se alegan para justificar esa desigualdad están o no de acuerdo con los valores constitucionales. El problema de los valores constitucionales no es que cualquier razón puede justificar una desigualdad, sino que ésta debe ser una razón suficiente, es decir, debe tener un peso específico dentro del sistema de valores que consagra la Constitución”.

Por su parte Eguiguren Praeli, F. (1997) propone ciertas condiciones para esclarecer cuándo nos hallamos ante una diferenciación o ante un trato desigual admisible constitucionalmente y cuándo ante una situación de discriminación que debe quedar proscrita:

"En primer lugar, que los ciudadanos o colectivos se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; en segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad; en tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales; en cuarto lugar, que el supuesto de hecho (esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga) sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; en quinto lugar, en fin, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual, no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Si concurren estas circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en otro caso, el otorgar un trato desigual resultará una discriminación vetada por la Constitución".

Huerta Guerrero, L. (2005) refiere que no todo trato diferenciado implica una discriminación, para ello debe estar justificado, para lo cual es de aplicación ciertos lineamientos que son:

"El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad. El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad. El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad).

2.3.- Crítica de la restricción de los beneficios penitenciarios al ser considerados como estímulos o incentivos

En la doctrina esta política criminal de restricción de los beneficios penitenciarios sustentada en la naturaleza jurídica de los incentivos o estímulos ha sido duramente criticada por varios juristas así podemos citar a Milla Vásquez, D. (2016) quien señala:

“Ahora bien, la eliminación de los beneficios penitenciarios se ha enfocado hacia aquellos delitos que generan conmoción o alarma social y más específicamente en los últimos años respecto a los delitos de criminalidad organizada y sus diversas manifestaciones cuyas consecuencias negativas sí se manifestarían para este sector delictivo. Por consiguiente, como se ha apuntado, nos hallamos en un trato desigual que vulnera la norma fundamental, otorgando beneficios para determinados delitos y restringiéndose para otros. Por otro lado, desde el punto de vista político, con tal limitación se pone de manifiesto el mensaje de desconfianza de los legisladores español y peruano, tanto respecto de sus instituciones penitenciarias, de su sistema administrativo, y más específicamente en relación a sus órganos penitenciarios a quienes corresponde evaluar el estado favorable de reinserción social y de evolución del interno, cuanto de sus órganos jurisdiccionales especializados, quienes finalmente conceden los beneficios penitenciarios”.

Por su parte Brousset Salas, R. (2002) cuestiona esta política de restricción de los beneficios penitenciarios porque desnaturaliza su finalidad al comentar:

“El establecimiento de regímenes diferenciados de acceso a tales beneficios, como respuesta a la demanda social de endurecimiento, los que llegan incluso a la exclusión de los mismos, tomando en cuenta el referente delito de modo general, prescindiendo de criterios individualizadores respecto a la persona del penado, así como de un análisis particularizado del delito en concreto, sus circunstancias y móvil, tiende a desnaturalizar la finalidad que en el contexto

de un sistema penitenciario equilibrado y humanista, le corresponde a los beneficios penitenciarios submateria, esto es estimular las conductas readaptativas y permitir se proyecte la progresión del tratamiento permitiendo la excarcelación anticipada bajo periodo de prueba, en términos realistas y razonables, atendiendo a condiciones objetivas de readaptabilidad de cada penado”.

Sin embargo, desde nuestra posición consideramos que Matos Ortega, Margarett (2010) es quien mejor critica realiza a esta política criminal de restricción de los beneficios penitenciarios atacando las deficiencias de considerar a los beneficios penitenciarios como estímulos o incentivos, al expresar:

“Primera. Debe existir congruencia entre lo previsto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y la concesión de los beneficios penitenciarios, es decir en la etapa de ejecución penal la pena debe obedecer a criterios de Prevención Especial, es decir al Principio Constitucional de Resocialización, el mismo que implica como ya ha sido desarrollado: la reeducación, la rehabilitación y la reinserción del interno a la sociedad. En este sentido, la pena no busca inocuizar a la persona que delinquiró; sino, todo lo contrario, reformarla y reintegrarla a la sociedad. Segunda. Nuestra legislación muestra que los beneficios penitenciarios son estímulos al sistema progresista del tratamiento penitenciario, dicha aseveración resulta ser totalmente contradictoria porque la mencionada característica del tratamiento penitenciario significa esperar un sistema de cambios en función de condiciones cada vez más favorables para los reclusos; ¿pero cómo lograrlo con un sistema tan rígido?, con un sistema que no acepta como derecho el que los reos cumpliendo requisitos formales puedan reducir su tiempo de pena privativa de libertad. Tercera. De acuerdo al Principio Resocializador de la pena, el mismo que ha sido reconocido constitucionalmente en nuestro país, la

pena busca mediante el progresivo tratamiento penitenciario, reeducar, rehabilitar y reintegrar al delincuente a la sociedad. Este mandato resocializador es un mandato constitucional, por tanto, no deberían ser considerados los beneficios como estímulos, porque no habría una garantía real, del tratamiento resocializador”.

2.4.- La propuesta de asumir la teoría del derecho subjetivo en la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios

Teniendo en consideración las críticas expuestas en el ítem anterior sobre la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios como estímulos o incentivos, es que se propone asumir la teoría de considerar a los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos de los internos, ya que la política criminal para hacer frente a la criminalidad organizada puede tranquilamente basarse en agravar las penas por la dañosidad social del delito la cual se aplica para todos sin restricción; pero cuando se restringe el acceso a los beneficios penitenciarios se está haciendo un trato diferenciado pero discriminatorio que afecta el derecho de igualdad ante la ley al negarles el derecho constitucional de la resocialización; por ende, al asumir los beneficios penitenciarios como derechos se aplicarán para todos, debiendo solamente exigirse que cumplan con todos los requisitos formales que establezca la ley para acceder a cualquiera de ellos en especial a los extracarcelarios, en ese sentido citamos autores que apoyan relativamente nuestra postura como Brousset Salas, R. (2002) quien critica el régimen de acceso a los beneficios penitenciarios pero no necesariamente propone asumir la teoría del derecho subjetivo al expresar:

“En razón del análisis precedente, considero imperiosa la necesidad de replantear el Régimen de acceso a los Beneficios Penitenciarios que permiten la excarcelación anticipada del condenado, tomando como referentes básicos las siguientes vigas maestras: el principio de legalidad, flexibilizado en su rediseño con opciones graduales; la individualización judicial del régimen a aplicarse en cada caso, desplazándose la decisión de la sede política a la sede judicial, correspondiendo la misma al ente Juzgador quien deberá apreciarla discrecionalmente al momento de emitir la condena; el principio de Excepcionalidad de la prohibición absoluta; la aplicación complementaria del principio de proporcionalidad; y el principio de reformalidad operando ex post”.

Sin embargo, tenemos a otros autores que respaldan la propuesta de considerar a los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos del interno, así tenemos a Matos Ortega, M. (2010) quien refiere:

“Ningún sistema de control social es perfecto, sino que cada sistema creado debe adaptarse a la realidad particular que pretende controlar, por ello toda decisión político-legislativa que busque establecer un determinado régimen debe procurar siempre renovarse y optimizarse.

En ese sentido, nuestro actual sistema penitenciario presenta grandes taras, entre ellas: deficientes programas de reinserción del interno a la sociedad, sobrepoblación carcelaria, falta de recursos. Debido a ello, se propone la reforma normativa del instituto jurídico de los beneficios penitenciarios, cuya consecuencia inmediata sería la disminución de los niveles de sobrepoblación carcelaria. El cambio propuesto obedece a que los beneficios penitenciarios no deben ser normados y comprendidos como simple incentivos o premios, sino como derechos. De esta forma, todo interno al cumplir con los requisitos formales ya establecidos en que se incluye los dictámenes favorables que acrediten el éxito del tratamiento resocializador, haber cumplido un tiempo de reclusión, certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención, entre otros, debería acceder al beneficio penitenciario solicitado. Siendo esto

así, la actuación del juez penal mediante el acto discrecional en el que decidiría la concesión del beneficio penitenciario solicitado ya no sería condición necesaria, sino que el mismo se validaría solamente con la resolución del Instituto Nacional Penitenciario para la concesión de beneficios penitenciarios”.

Milla Vásquez, D. (2016) también apoya la propuesta por considerar que la restricción de los beneficios penitenciarios vulnera el derecho fundamental de igualdad ante la ley y niega la resocialización, al acotar:

“En el conflicto seguridad ciudadana vs. derechos fundamentales se está dando mayor relevancia al primero de ellos, toda vez que en la experiencia peruana se están implementando políticas de seguridad ciudadana sin respetar tales derechos. Empero, desde mi punto de vista debiera mantenerse: un equilibrio en dicho conflicto sin vulnerar, por supuesto, los derechos fundamentales de los internos. Si bien ante la amenaza de la seguridad ciudadana se exige una reacción oportuna del Estado, este debiera actuar dentro de los límites establecidos. En cualquier caso, discrepamos con la restricción de los beneficios penitenciarios para esta clase de delitos como resultado de aplicar políticas de tolerancia cero para los autores pertenecientes al crimen organizado en sus diferentes manifestaciones, no solo porque vulnera el derecho fundamental a la igualdad consagrada en las constituciones iberoamericanas sino porque también se les niega a priori la posibilidad de resocializarse. El mensaje que se transmite al interno para esta clase de delitos es claro: no te concedo los beneficios penitenciarios porque posees una vocación de ruptura con el orden establecido, porque has socavado instituciones del Estado social y democrático de derecho, porque eres incapaz de reconciliarte con el mismo. Cuando el legislador aplica tales políticas y medidas irreflexivas y de emergencia, pareciera desconocer el fin orientador de las penas denominado desde el prisma constitucional como resocialización o en terminología penal, como prevención especial positiva”.

CONCLUSIONES

1. La regulación de la criminalidad organizada se remonta al año setenta con la regulación Norteamérica a través de la Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras “R.I.C.O”, y en el ámbito nacional con la Ley Nª 30077 “Ley contra el crimen organizado” que se basa en la Convención de Palermo ratificada en el 2001 comprometiéndose implementar una serie de mecanismos de protección; entre sus elementos constitutivos se resalta su estructura organizacional piramidal, su permanencia, el fin lucrativo, los negocios ilícitos de gravedad, las redes de protección, la movilidad internacional, las fuentes de apoyo y la alianza estratégica; y debido a su repercusión y dañosidad en el sistema ha sido materia de un reproche generalizado en el derecho comparado sancionando el crimen organizado con dureza como México, Colombia, Guatemala, El salvador, Costa rica y Brasil.
2. El derecho de igualdad ante la ley como derecho fundamental de la persona trasciende lo autónomo por cuanto su naturaleza se proyecta más allá de su esfera y repercute en otros derechos en donde recae el trato desigual, en cuanto a su regulación lo ubicamos en los instrumentos internacionales del Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su artículo 26 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 24, a nivel nacional se le ubica en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución política, entre las dimensiones que asume en la doctrina se identifican entre la igualdad en la ley y en la igualdad en la aplicación de la

ley, entre la igualdad formal y la igualdad material, y entre la igualdad como derecho fundamental de la persona y la igualdad como principio.

3. Los beneficios penitenciarios en su definición se toman en cuenta la resocialización y la reducción del tiempo y las condiciones de reclusión, se identifica dos clases de beneficios penitenciarios, los relacionados con mejorar las condiciones de su reclusión (intracarcelarios) y los que se orientan a obtener una libertad adelantada (extracarcelarios), su naturaleza jurídica es de ser incentivos o estímulos tal como lo regula el artículo 165 del Reglamento del Código de Ejecución Penal y el artículo 1 de la Resolución Administrativa N^o 297-2011-P-PJ, en la jurisprudencia el Acuerdo Plenario N^o 08-2011-CJ-116, para identificar un trato diferenciado que es discriminatorio se aplica el test de proporcionalidad que comprende el test de desigualdad, el Test de relevancia y el Test de razonabilidad.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda asumir la teoría de considerar los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos de los internos, ya que la política criminal para hacer frente a la criminalidad organizada puede tranquilamente basarse en agravar las penas por la dañosidad social del delito la cual se aplica para todos sin restricción; pero cuando se restringe el acceso a los beneficios penitenciarios se está haciendo un trato diferenciado pero discriminatorio que afecta el derecho fundamental de igualdad ante la ley al negarles el derecho constitucional de la resocialización; por ende, al asumir los beneficios penitenciarios como derechos se aplicarán para todos, debiendo solamente exigirse que cumplan con todos los requisitos formales que establezca la ley para acceder a cualquiera de ellos en especial a los extracarcelarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. (1993) Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALPACA PÉREZ, Alfredo. (2016). Delincuencia organizada, delitos tributarios y delito de lavado de activos. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.
- BLANCO CORDERO, Isidoro y SANCHEZ GARCIA, Isabel. (2000). Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: La definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio. En Revista penal, N^o 6, Barcelona: Ariel.
- BOHM, María y GUTIERREZ, Mariano. (2007). Políticas de seguridad: Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo. Buenos Aires: Del Puerto.
- BROUSSET SALAS, Ricardo. (2002). Replanteamiento del régimen de acceso a los beneficios penitenciarios de efectos excarcelatorios en el Perú. En revista de investigación, volumen 4, número 6, lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- CANCIO MELIA, Manuel y SILVA SANCHEZ, Jesús. (2008). Delitos de organización. Buenos aires: B de F.
- CARMONA CUENCA, Encarna. (2004). El principio de igualdad material en la constitución europea. Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, N^o 8, octubre-diciembre, Madrid: Universidad Carlos III.

- CHAPPUIS CARDICH, Jacqueline. (1994). La igualdad ante la ley. Revista Themis N^o 29, Lima: PUCP.
- CHUNGA HIDALGO, Laurence. (2016). Desacuerdos jurisprudenciales en el tratamiento de los beneficios penitenciarios. En revista de gaceta penal y procesal penal, tomo 86, lima: gaceta jurídica
- DE LA CORTE IBAÑEZ, Luis y GIMÉNEZ SALINAS, Andrea. (2010). Crimen org. Evolución y claves de la delincuencia organizada. Barcelona: Ariel.
- DIAZ GARCÍA, Iván. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias. En Revista Ius et Praxis, Año 18, N^o 2, Talca: Universidad de Talca.
- DÍAZ, Melissa. (2017). La apreciación convencional en torno a la teoría progresiva de los derechos fundamentales en el margen de apreciación estatal. En gaceta constitucional y procesal constitucional, tomo 120, Lima: Gaceta jurídica.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. En Revista Ius et Veritas N^o 15, Lima: PUCP.
- ETO CRUZ, Gerardo. (2017). El amparo. Los derechos fundamentales y otros conceptos claves en el proceso de amparo. Lima: Gaceta jurídica.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. (1996). El principio de igualdad jurídica y la no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento constitucional español. En: Derechos humanos de las mujeres. Lima: Movimiento Manuela Ramos.

- FIGUEROA GUTARRA, Edwin. (2015). El principio de igualdad constitucional. Límites al trato diferenciado. En revista praeceptum N^a 2 volumen 2, Lima: Indecopi.
- GARCÍA CAVERO, Percy (2016). El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.
- GARCIA MORILLO, Joaquín. (1991) La cláusula general de igualdad. En Derecho Constitucional. Valencia: Tirant lo blanch.
- GARCÍA PABLOS, Antonio. (2008). Criminología. Lima: Instituto peruano de criminología y ciencias penales.
- GARCÍA TOMA, Víctor. (2008). El derecho a la igualdad. Revista Institucional N^o 8, Lima: Academia de la magistratura.
- GARCÍA TOMA, Víctor. (2014). Teoría del estado y derecho constitucional. Lima: Adrus.
- GONZÁLEZ RUS, Juan. (2013) La criminalidad organizada, Valencia: Tirant lo blanch.
- HERNÁNDEZ MIRANDA, Edith (2014). Beneficios penitenciarios e implicancias de la Ley N^a 30219. Acerca del beneficio de salida del país de presos extranjeros. En revista de actualidad penal, volumen 2, lima: Instituto pacífico.
- HEYDEGGER, Francisco. (2018). Código penal y nuevo código procesal penal. Lima: Instituto pacífico.

- HUERTA GUERRERO, Luis. (2005). El derecho a la igualdad. En revista jurídica de pensamiento constitucional, volumen 11, Lima: PUCP.
- LLERENA, Patricia. (2002). La criminalidad organizada transnacional y finanzas. En la reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y el caribe. Buenos aires: Depalma.
- MATOS ORTEGA, Margaret. (2010). ¿Beneficios o Derechos Penitenciarios? En revista derecho y sociedad, N^a 33, Lima: PUCP.
- MILLA VÁSQUEZ, Diana. (2016) Política criminal de tolerancia cero en España y Perú. Restricción de los beneficios penitenciarios por delitos de crimen organizado, terrorismo y delitos conexos. En revista de actualidad penal, numero 28. Lima: Instituto pacifico.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (2012). Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio, Lima: editorial ABC.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto. (2006). El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Revista de Derecho, volumen 13, número 2, Coquimbo: Universidad católica del norte.
- ORÈ SOSA, Eduardo. (2016). La organización criminal. A propósito de la ley N^a 30077, ley contra el crimen organizado. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.
- PEÑA CABRERA, Alonso. (2015). Curso elemental de derecho penal parte general. Lima: Ediciones legales.

- PEREZ LOPEZ, Jorge. (2012). Debida interpretación y aplicación de los beneficios penitenciarios Comentarios a la Resolución Administrativa N° 297-2011-P-PJ. En revista derecho y cambio social, lima: OJS
- PEREZ LOPEZ, Jorge. (2018). El Tribunal Constitucional y la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional. En revista de gaceta constitucional procesal constitucional, tomo 128, lima: Gaceta jurídica.
- PRADO, Víctor. (2016). Criminalidad organizada. Lima: Pacífico.
- RAWLS, John. (1995). Teoría de la Justicia. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- REATEGUI, James. (2014). Manual de derecho penal parte general. Volumen II, Lima: Pacífico.
- RODRÍGUEZ PIYERO, Miguel y FENÁNDEZ LOPEZ, María. (1986). Igualdad y discriminación. Madrid: Tecnos.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. (2016). El proceso penal contra el crimen organizado. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.
- SANCHEZ GARCIA, Isabel. (2005). La criminalidad organizada. Aspectos sociales, procesales y policiales. Madrid: Dykinson.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. (2016). Criminalidad organizada y proceso penal. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.

- SMALL ARANA, Germán (1997). Innovaciones en el nuevo Código de Ejecución Penal Peruano y Beneficios Penitenciarios en Leyes Especiales. en Revista de Derecho y Ciencia Política, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- SOSA SACIO, Juan. (2005). El derecho-principio de igualdad en la Carta de 1993, especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En Revista Peruana de Derecho Público, año 6 N° 11, Lima: Grijley.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2016). Criminalidad organizada y el delito de asesinato. En ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.
- YSHIÌ MEZA. Luís. (2013). Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la ley Nª 30077. En Revista Gaceta penal y procesal penal. Lima: Gaceta jurídica.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. y MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. (2016). Ley contra el crimen organizado. Lima: Instituto pacífico.