



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO

FACULTAD DE DERECHO



TITULO:

**“LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA PREVENCIÓN
DEL DELITO, EN EL PROCESO PENAL PRACTICADO EN EL DISTRITO
JUDICIAL DE LAMBAYEQUE - CHICLAYO”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

VICTORIA SOLEDAD HOLGUÍN ANCHAY

ASESOR:

ERWIN GUZMÁN QUISPE DÍAZ

Chiclayo

NOVIEMBRE 2018

TITULO:

**“LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y LA PREVENCIÓN DEL
DELITO, EN EL PROCESO PENAL PRACTICADO EN EL DISTRITO JUDICIAL DE
LAMBAYEQUE - CHICLAYO”**

Bachiller: Victoria Soledad Holguín Anchay

Asesor: Erwin Guzmán Quispe Díaz

Aprobado por:

Dr. Flor Elizabeth Obregón Vara.
Presidente del Jurado

Dr. Teófilo Ramón Rojas Quispe
Secretario del Jurado

Mg. Tomás Hugo Meza Ponte
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

Mi tesis se la dedico a Dios por ser nuestro creador quien nos brinda sabiduría, perseverancia y constancia.

A mis familiares por ser parte de mi vida y por su constante apoyo sobre todo a mí querida madre.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia por su constante apoyo, por estar siempre a mi lado en momentos difíciles, por ser ejemplo de lucha constante y no dejarse vencer.

A mi dilecto docente Dr. Lito Becerra Angulo por su respaldo y consejos en este arduo camino profesional.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INTRODUCCIÓN	8
ABSTRACT.....	9
1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA	10
1.2.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	13
1.5.- OBJETIVOS.....	13
2.5.1.- Objetivo General.....	13
2.5.2.- Objetivos Específicos	13
1.6.- HIPÓTESIS.....	14
1.7.- VARIABLES.....	14
1.7.1.- Variable independiente	14
1.7.2.- Variable dependiente.....	14
1.8.- METODOLOGÍA	14
1.8.1.- Tipo y nivel de investigación	14
1.8.2.- Diseño de contrastación de la hipótesis:.....	14
1.8.3.- Población y muestra	14
1.8.4.- Materiales, Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	14
Técnica de análisis - síntesis,	14
Técnica de encuesta.....	15
Técnica de Fichaje	15
1. INTRODUCCIÓN	16
2. LAS TEORIAS ABSOLUTAS	19

2.1. LAS TEORIAS RELATIVAS (DE LA PREVENCIÓN).....	21
2.1.1. LA PREVENCIÓN GENERAL.....	22
2.2. LAS TEORIAS MIXTAS (DE LA UNION)	25
3. LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	27
3.1.- CONCEPCION CRÍTICA DE LA PENA	27
4. LA CLASE DE PENA	29
4.1.- La pena privativa de libertad.....	30
4.2.- Las penas restrictivas de libertad.....	31
2.3.- Las penas limitativas de derechos.....	32
2.4.- La pena de multa.....	33
1.- DENOMINACIÓN.....	35
2.-. Carácter jurídico (p. 236)	36
3.- FINALIDAD	39
4.- Condiciones para su concesión.	40
a) Respecto a la pena.....	40
b) Pronóstico favorable	43
1.- ASPECTOS.....	47
2.-EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE BUENA CONDUCTA.	49
3.- INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA	52
4.- LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN	55
5.- PERIODO DE PRUEBA.....	56
5.1.- Duración.....	56
6.- ACUERDO N° 1-2017-SPS-CSJLL.....	57
ACUERDO DE JUECES TITULARES DE LAS SALAS PENALES SUPERIORES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD .57	
1. LAS PENAS Y SUS FINES	59
a. Noción de pena y tipos de sanción	59

b. Fines de la pena	61
1) Finalidad Retributiva.....	61
2) Finalidad de Prevención General.....	62
a) La Intimidación	62
b) La Ejemplaridad	64
3) Finalidad Resocializador:.....	64
2. LA POLITICA PENAL DE SOBRECriminalización	67
3. LA POLITICA PENAL DE NEOCRiminalización:	72
CONCLUSIONES	74
RECOMENDACIONES	75
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUCCIÓN

La decisión judicial de suspender la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, ha sido siempre un tema controvertido en la dogmática penal. Desde siempre se ha tomado en consideración este problema con respecto a los delincuentes que por primera vez han cometido un delito y su prognosis individualizada permite suponer que no volverán a reincidir de forma razonable en la infracción penal, y ello será consecuencia de una escasa peligrosidad criminal.

Las razones que se han aducido tradicionalmente para operar con otras fórmulas que no sea el ingreso en prisión de tales infractores pueden extractarse en la conocida contaminación carcelaria que se produce en delincuentes primarios a causa de su convivencia en un centro penitenciario con avezados internos que generarán más efectos negativos y perjudiciales en su personalidad, que los de resocialización e integración social, que constituyen uno de los fines principales de la pena.

Es por ello que, históricamente, toda la dogmática penal ha propugnado la existencia de unos resortes que impidan el ingreso en prisión de aquellas personas que han sido condenadas a penas cortas de prisión, bien suspendiendo la ejecución del fallo o sustituyendo éste por otro tipo de consecuencias penales menos gravosas para el infractor. Este efecto, además, se ha visto muy positivamente en aquellos delincuentes que cometen infracciones penales de ordinaria repetición o de frecuente comisión (la denominada delincuencia funcional, que delinque para conseguir otros fines: droga, por ejemplo; o que son personas en completa marginalidad social). En este sentido, suele decirse que la prevención general no se ve afectada de manera sensible, y la sociedad tolera fácilmente este tipo de medidas.

Los sistemas jurídicos comparados cuentan también con mecanismos similares, e incluso los de corte anglosajona permite suspender el propio fallo, no propiamente como nosotros la ejecución de la sentencia condenatoria, soslayando incluso, tras el periodo de prueba, una sentencia de condena en el historial de la persona concernida.

ABSTRACT

The judicial decision to suspend the execution of short prison sentences has always been a controversial issue in criminal dogmatics. This problem has always been taken into consideration with regard to criminals who for the first time have committed a crime and their individualized prognosis allows them to assume that they will not reoffend reasonably in the criminal offense, and this will be the consequence of a low level of criminal danger. .

The reasons that have been traditionally adduced to operate with other formulas than the entry into prison of such offenders can be extracted in the known prison contamination that occurs in primary offenders because of their cohabitation in a penitentiary center with insiders who will generate more negative and damaging effects on his personality, than those of resocialization and social integration, which constitute one of the main purposes of punishment.

That is why, historically, all the criminal dogmatics have advocated the existence of some springs that prevent the entry into prison of those who have been sentenced to short prison sentences, either suspending the execution of the judgment or substituting it for another type of sentence. penal consequences less burdensome for the offender. This effect, in addition, has been very positive in those criminals who commit criminal offenses of regular repetition or frequent commission (the so-called functional crime, which commits crimes to achieve other purposes: drugs, for example, or that are people in complete social marginality). In this sense, it is often said that general prevention is not affected in a sensitive way, and society easily tolerates this type of measures.

Compared legal systems also have similar mechanisms, and even those of an Anglo-Saxon nature can suspend the judgment itself, not the execution of the condemnatory sentence, even after the trial period, a sentence of conviction in the history of the sentence. the person concerned.

CAPITULO I

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA

En los últimos años se ha acrecentado la discusión acerca de si la pena cumple en verdad los fines de prevención general, circunstancia que obliga a revisar las condiciones en que los Jueces aplican las facultades establecidas en el artículo 46° del Código Penal. Dicho acrecentamiento viene condicionado, sobre todo, con la ineficacia de las medidas dirigidas a gestionar la seguridad ciudadana que queda en entredicho debido a las nuevas formas de criminalidad.

La inseguridad ciudadana conlleva a que un Estado retroceda a un Derecho Penal Expansionista, que busca instrumentalizar diversas medidas coercitivas a fin de menguar el índice delincencial y recuperar la confianza de dicha ciudadanía, debiéndose así hacer uso del ius puniendi transgrediendo diversos principios.

La suspensión de la ejecución de la pena es uno de los procedimientos más tradicionales para el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Intercambian la ejecución de la pena privativa de libertad por un período de prueba donde el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta. Se le conoce en el derecho penal comparado como condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, no se trata de medidas iguales.

La necesidad de asegurar la correcta aplicación de la suspensión de la pena suspendida ha sido asumida por el Poder Judicial y en ese sentido la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ- Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad (08-09-2011), en su Fundamento Jurídico Sexto, establece que: “Que resulta censurable verificar que, pese a que el Código Penal regula de manera taxativa los presupuestos legales que deben seguirse en la suspensión de la ejecución de la pena, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas. Es más sólo se basan en un criterio cuantitativo

de carácter formal referido a la pena impuesta sin tener en cuenta el pronóstico favorable de conducta del agente.

Ello conlleva a que individuos que no tienen el más mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico.”

1.2.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las reformas penales, En los últimos años, fueron influenciadas por una política tendiente a promover medios y procedimientos dirigidos a reducir y humanizar la aplicación de las penas privativas de libertad.

Por tal las tendencias doctrinales y legislativas de estos tiempos se caracterizan: por denunciar que la prisión no constituye un régimen y sistema de cumplimiento de penas privativas de libertad compatible con los fines de prevención especial. A pesar de la constatación empírica de los efectos perjudiciales de la cárcel, la respuesta política del Estado siguió siendo la de la aplicación de la pena privativa de libertad como principal herramienta de control social.

Esto, paradójicamente, ha encontrado un manifiesto respaldo social debido al incremento de la inseguridad ciudadana. En el cual el panorama jurídico - social se encuentran presentes medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como la pena suspendida en su ejecución, cuya inclusión en el sistema jurídico peruano resulta ser una clara consecuencia de la política criminal.

Partiendo de allí, Javier Villa Stein, se muestra escéptico a la aplicación de esta medida alternativa, sosteniendo que no se debe adoptar mecánicamente posturas y propuestas correspondientes a escenarios propios de sociedades muy distintas a la nuestra, toda vez que en el Perú el proceso es otro y acaso opuesto al de los países de cuyas fuentes jurídicas nos hemos valido. La finalidad de esta medida alternativa es evitar que los condenados a penas privativas de libertad de corta duración

cumplan la pena efectiva dentro de algún establecimiento penitenciario, pues, tal como se argumentó en las primeras líneas de esta introducción, la realidad jurídica - social nos permite afirmar que la prisión en nada cumple su rol de reeducar, rehabilitar y reincorporar al penado a la sociedad.

El Estado debe garantizar la coexistencia humana, asegurando la vigencia de los bienes jurídicos fundamentales, y uno de los instrumentos con que cuenta para ello, es el Derecho Penal. Para lograrlo, es importante la administración de justicia, ejercida por mandato constitucional por el Poder Judicial. Y en materia penal la administración de justicia lo ejercen los Jueces Penales, estando a la realidad de nuestra sociedad y a los avances que presenta en esta hora la política criminal, la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitenciaria.

Para ello, el Derecho Penal actúa principalmente mediante la imposición de penas, por ser especialmente represivo; sin embargo, la imposición de penas es vista como una cuestión teórica sin mucha importancia práctica, y en esta importancia radica en que una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley, toda vez que, tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple.

Sin embargo, la pena suspendida en su ejecución se estandarizó como la forma de administrar justicia en materia penal, estando a que los ilícitos en mayoría son comunes, y la pena concreta generalmente no supera los cuatros años, formulándose la hipótesis de que existe indebida aplicación de la pena suspendida en su ejecución, considerándose que esta medida alternativa es otorgada de una forma rutinaria, indiscriminada y automática, al comprobarse simplemente la concurrencia de los presupuestos formales (incisos 1 y 3 del artículo 57° del Código Penal), más no el presupuesto material representado por el pronóstico favorable que esta medida proyecta en el comportamiento del agente dentro de la sociedad (inciso 2 del artículo 57° del Código Penal), es decir, no se examina, analiza, evalúa, menos se arriba a la convicción de que el agente no reiterará su conducta delictiva, poniendo de manifiesto que el fallo probablemente resulte arbitrario.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿En qué medida la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención del delito, en los juzgados penales de la provincia de Chiclayo en el año 2016-2017?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La relevancia teórica de la presente investigación estriba en el análisis del impacto de la aplicación de la pena suspendida en la sociedad y el efecto meramente simbólico que trasciende y afecta no sólo la imagen de la justicia penal en el Perú, sino también su credibilidad. La utilidad práctica radica en que se establecerán criterios para una aplicación excepcional de la pena suspendida en los casos concretos de acuerdo a la entidad del injusto a que se trate cada situación particular.

Los beneficiarios son los Jueces penales quienes a partir de los resultados de ésta investigación contarán con mejores criterios para la fundamentación y determinación judicial de la pena.

1.5.- OBJETIVOS

2.5.1.- Objetivo General

- Determinar cómo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta el fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias en los Juzgados Unipersonales de la provincia de Chiclayo en el año 2017.

2.5.2.- Objetivos Específicos

- Determinar la función legítima que debe cumplir la pena en el Estado Constitucional de Derecho.
- Analizar la naturaleza y fundamentos de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho Penal Peruano.
- Identificar los fundamentos invocados por los jueces en la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad en las sentencias condenatorias por delitos patrimoniales.

- Analizar si los jueces penales al aplicar la suspensión de la pena privativa de libertad en los delitos patrimoniales toman en cuenta la prevención general positiva.

1.6.- HIPÓTESIS.

Si, el juzgador no viene aplicando correctamente la ejecución de la pena privativa de libertad entonces se está afectando el fin de prevención del delito en los juzgados penales de la provincia de Chiclayo en el año 2017.

1.7.- VARIABLES.

1.7.1.- Variable independiente

- Suspensión de la ejecución de la penas

1.7.2.- Variable dependiente

- Prevención del delito

1.8.- METODOLOGÍA

1.8.1.- Tipo y nivel de investigación

- Analítico descriptivo

1.8.2.- Diseño de contrastación de la hipótesis:

La contrastación de la Hipótesis se hará utilizando el método descriptivo y explicativo; en la cual se determine los diversos factores que generan las discrepancias para analizar la problemática de los internos que se les realiza la conversión de pena.

1.8.3.- Población y muestra

Población: Distrito judicial de Lambayeque- Chiclayo.

Muestra: expedientes judiciales de los juzgados penales de Chiclayo.

1.8.4.- Materiales, Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Técnica de análisis - síntesis,

Se analizará en porcentajes los internos que resultan beneficiados con la suspensión de la ejecución de la pena.

Se analizaran los expedientes respectivos de los internos que se les hace la conversión de pena.,

Técnica de encuesta.

Se realizó una encuesta orientada a evaluar la problemática de consulta previa.

Técnica de Fichaje

Para la elaboración del presente marco teórico, se ha empleado las fichas de registro (fichas bibliográficas) y las fichas de investigación (fichas textuales de resumen).

CAPITULO II

LA PENA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

1. INTRODUCCIÓN

La función de la pena es la “*prevención integradora*” esto es, evitar la comisión de disfunciones (delitos), para lo que es menester la internalización de las normas. Según Jacobs la conciencia social y el ordenamiento no reaccionan sólo cognoscitivamente ante las violaciones de “*expectativas legales*”, sino normativamente, contraponiendo la pena,¹ que tiene como función constatar que la norma infringida se encuentra vigente, y lograr su estabilización; la pena ejercita al ciudadano en su fidelidad al derecho como una manifestación de prevención general positiva, pues comunica que se puede seguir confiando en la vigencia de la norma; constata que la sociedad se niega a renunciar a su propia identidad, a configurarse de manera diferente.²

El escepticismo de la teoría respecto a la resocialización obliga al reforzamiento del sistema penal.³ Si el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad (lo tenido por bueno y correcto) la pena actualiza ⁴ la vigencia de los valores violados por el criminal, refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos, fomenta y encauza los mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor, y devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema. Remárcase la función principal de la pena es la estabilización social; esto es, el mantenimiento del sistema mediante la fidelidad al derecho.⁵

¹ Baratta: “*Integración-Prevención..*” Ps. 536-538

² C. A. Gómez Pavajeau: “*Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*” P. 202 (E. Jurídicas Gustavo Ibáñez)

³ Baratta, cit. Antonio Pablos de Molina en “*Criminología, Introducción*”. P. 197

⁴ Esta posición fue adoptada por Carrara, cuando sostuvo que el único objetivo de la pena es el restablecimiento del derecho violado por el delito.

⁵ Claus Roxin: “*La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*”, P. 66 (Tirant lo Blanc)

Actualizando la tecnología, estas ideas podrían pertenecer a don Francisco Carrara, para quien la única finalidad de la pena era el restablecimiento del derecho violado por el delito.

Según Ferrajoli, Jakobs no añade nada nuevo a la teoría de la desviación de Durkheim, quien concebía a la pena como factor de estabilización social «*destinada sobre todo a actuar sobre las personas honestas*» reafirmando sus sentimientos colectivos y cohesionando la solidaridad contra los desviados. Ferrajoli califica a la teoría de Jakobs de “*ideología de legitimación apriorística tanto del Derecho Penal como de la pena*”.

Al reducir al individuo (subsistema físico-psíquico) a un ser funcionalmente subordinado a las exigencias del sistema social, Jakobs se alinea con los partidarios del derecho penal máximo e ilimitado, indiferente a la tutela de los derechos de la persona.⁶

Jakobs, lo que ha creado es una variante del estructural-funcionalismo de Talcott Parsons, para quien las normas –como vimos en líneas precedentes- tenía por misión estabilizar el sistema excluyendo todo cuestionamiento al mismo.

Los derechos humanos y la justicia, como los concibe Jakobs son completamente distintos de los que el mundo jurídico entiende por tales, principalmente autonomía de la personalidad respecto a otros sistemas, especialmente el político.^{7- 8} Con Jakobs la pena y de la dogmática se divorcian de los principios garantistas y de mínima intervención.

⁶ “Derecho y Razón” P. 275 (Editorial Trotta)

⁷ Ramón Soriano, *ibídem*, P. 255,256

⁸ En el lenguaje jurídico tradicional se entiende por función las consecuencias queridas de una cosa, equiparándolas a “meta” o “misión”. En el lenguaje sociológico se entiende por función, la suma de las consecuencias objetivas de una cosa. Esta segunda acepción deberá ser empleada en el derecho penal para designar las consecuencias (accesorios) no deseados del sistema (por ejemplo las repercusiones económicas y afectivas que la pena privativa de la libertad inflige a la familia del recluso. Los términos “misión”, “fines”, o “metas”, deberían utilizarse para denominar las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema. Winfried Hassemer – Fco. Muñoz Conde: “Introducción a la criminología y al Derecho Penal”. P. 99 (Tirant lo Bland)

Habermas la acusa de reducir problemas fundamentales de la sociedad a cuestiones prácticas o técnicas, sustrayéndolas del debate social. La califica de teoría de las sociedades capitalistas modernas; una interpretación tecnocrática de la sociedad que ofrece un programa de estabilización política y económica orientada a la solución de sus cuestiones específicas.⁹

Igual que la vieja Criminología, centra su interés en el examen del crimen convencional de las bajas clases sociales, contempla al delito donde se manifiesta y cuando se exterioriza, no cuando y donde se genera, lo que denota una inequívoca alineación conservadora tendiente a legitimar “*sistemáticamente*” el “*estatu quo*”.¹⁰

Zaffaroni la declara un equivalente de la nefasta “*doctrina de la seguridad nacional*”; sus consecuencias jurídicas penales conducen al ocaso del derecho penal liberal (de garantías, de los derechos humanos) afirmando que su transferencia a América Latina implicaría un robustecimiento de la tendencia represiva del sistema punitivo y la deslegitimación del discurso jurídico penal vigente en el área.¹¹

La supuesta neutralidad de la teoría es incompatible con la amarga realidad de un derecho penal que en todos los países, incluidos los más avanzados y democráticos, padecen de graves conflictos (aborto, penalización del consumo de drogas, penas de muerte) y se aplica a los sectores mayormente marginales y desfavorecidos económicamente.¹²

Según Alfred Büllesbach, la teoría no ha sido adoptada de modo expreso en el seno de la ciencia jurídica, si bien determinadas aportaciones parecen denotar su influjo como cuando se habla de teoría del derecho como teoría de sistemas.¹³

⁹ Carlos Alberto Elbert: “Manual Básico de Criminología”, P. 69 (EUDEBA)

¹⁰ Antonio Pablos de Molina, ídem, P. 198

¹¹ (“Hacia un realismo Penal marginal P. 60, Monte Avila Editores Latinoamericanos.”)

¹² Fco. Muñoz Conde – Mercedes García Arán: “Derecho Penal Parte General, 4ta edición. P. 232 Tirant le Blanch.

¹³ Arthur Kaufmann-Winfried Hassemer: “El Pensamiento Jurídico Contemporáneo”, P. 316 (EDITORIAL DEBATE)

Para el autor de este ensayo, el funcionalismo de Jakobs constituye la mas palmaria e irrefutable evidencia de la veracidad de los postulados de la Nueva Criminología, principalmente que el derecho penal es un instrumento de control y dominación al servicio de las clases dominantes en cualquier latitud. Sin embargo lo que hizo Jakobs fue dotar de cierta aura científica lo que la experiencia cotidiana señalaba, que la justicia opera solo en función de quienes detectan el poder y dictan las normas que Jakobs, mediante el formidable instrumento del derecho penal depende a rajatabla. Fue notoriamente sincero mientras las hermosas y retóricas doctrinas liberales y garantistas del derecho penal neo causalista, finalista o político-criminal, sólo sirven para el lucimiento en la cátedra y en los libros de hombres brillantes y de buenas intenciones que portan algunos sin saberlo, la roca de Sísifo.

2. LAS TEORIAS ABSOLUTAS¹⁴

El fundamento de la pena ha sido un interrogante planteado a través de los años, al igual que preguntas que indagan por el cómo y el por qué se legitima su uso

A lo largo de la historia han surgido diferentes concepciones tendientes a legitimar la acción punitiva estatal; entre ellas encontramos la expiación, la retribución, la prevención (tanto general como especial), las teorías de la unión y la unificadora dialéctica, entre otras.

Ni las teorías de la expiación, la retribución y la prevención lograron en forma separada dar cuenta del por qué el Estado se reservaba para sí la capacidad de castigar ciertas conductas y personas. Ante esta problemática, surge una teoría ecléctica - la de la unión- y otra que recoge los postulados de las concepciones tradicionales en diferentes estadios en que el Derecho Penal se nos da a conocer.

La teoría unificadora dialéctica se debe a Claus Roxin, jurista contemporáneo, pero esto no significa que de una u otra forma en el pasado no se haya hecho

¹⁴ Claus Roxin: *“La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, P. 66 (Tirant lo Blanc)

mención (por lo menos someramente) a dicha teoría. Esto es lo que se pretende hacer en esta disertación: Mostrar un Beccaria que nos legitima la pena por medio de la prevención general, de la retribución y de la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente, similar a como lo planteó Roxin. El verificar esta tesis no significa restarle mérito al trabajo de Roxin, quien concilió posturas que parecían contradictorias, identificó la supremacía de cada teoría en un momento determinado de la pena y propuso límites concretos y fuertes al *ius puniendi*.

Pues bien, para llevar a cabo lo propuesto es necesario realizar un análisis corto a cada una de las teorías tradicionales que han dado sentido y fin a la pena, obedeciendo, claro está, a diferentes concepciones del Estado; igualmente, descubrir lo propuesto por Roxin para superar la crisis teórica surgida de la incapacidad de legitimar y limitar la acción punitiva del Estado

En la concepción de Kant la pena es el resultado que se impone cada vez cuando se comete un delito. Es la retribución que siempre debe accionar, y debe ser equivalente al daño causado por delito punitur quia peccatum est. En su opinión el castigo no debe ser fundado en razones de utilidad social porque el hombre es fin en sí misma y no un instrumento en beneficio de la sociedad. Entonces la pena debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal.

Por eso, la ley penal se presenta como un imperativo categorico, una exigencia de la Justicia. Ella debe ser arriba de las consideraciones utilitarias como protección de la sociedad o otras. La pena es un fin, y no un medio para conseguir un bien, ni en la situación en que el se consiga para sociedad porque el hombre no puede ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.

Otro representante de las teorías absolutas es Hegel con su teoría retribucionista. Él mira la pena como la afirmación del Derecho. El delito es la negación de orden jurídico (tesis) y la pena (antítesis) es la negación del delito. En esta construcción negación de la negación, la pena se concibe como

reacción, como un instrumento que restablece el orden jurídico sin tener fines utilitarios posteriores.

Se han dicho que estas teorías no atribuyen a la pena ninguna utilidad social y el resultado es que la pena no sirve para nada.

La función de la pena se funda en una exigencia intercondicionada – ya sea religiosa, moral o jurídica de Justicia. Es una Justicia absoluta, que no depende de conveniencias utilitarias.

La escuela clásica de Derecho Penal ha asumido estas ideas que han sido adaptados en los principios formulados en obra de Montesquieu y Cesare Beccaria.

2.1. LAS TEORÍAS RELATIVAS (DE LA PREVENCIÓN)

La falta de la utilidad social de las teorías retribucionistas ha conducido a su fracaso.

Por esta razón han nacido algunas teorías donde la pena no se justificaría como una respuesta retributiva al mal cometido sino como una modalidad de prevenir delitos futuros.

Frente a las teorías absolutas, estas teorías (preventivas) reciben el nombre de teorías relativas.

Como se dijo mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Las teorías relativas han conocido dos corrientes :

- Prevención general;
- Prevención especial.

2.1.1. LA PREVENCIÓN GENERAL

Las teorías de la prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad.

El Derecho puede tener en la sociedad 2 efectos :

- Un efecto intimidatorio (la prevención general negativa);
- Un efecto integrador (la prevención general positiva).

La prevención intimidatoria concibe la sociedad como un cúmulo de delincuentes y la pena como una amenaza para los ciudadanos.

Pero el concepto moderno de prevención general ha sido introducido por Feurbach con su teoría de la coacción psicológica. Con esta teoría se trata de inhibir determinadas conductas consideradas delictivas.

La pena opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal.

La ejecución de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza legal.

Entonces la pena no corresponde siempre a el mal sufrido de la víctima. Ella es proporcional con el mal amenazado : cuanto mas grave sea el mal amenazado, mas grave sea el efecto intimidante.

Un corriente doctrinal sostiene que la prevención general no significa solo intimidación positiva del Derecho Penal, el respeto por la ley.

Mientras que la prevención intimidatoria se llamo tambien "prevención negativa", el aspecto de confirmación del Derecho Penal se denomina "prevención general positiva" o integradora

La prevención general positiva debe entenderse como una forma de limitar el efecto puramente intimidatorio de la prevención general.

La teoría de la prevención general es criticable desde el punto de vista empírico porque no se ha demostrado que puede prevenir el delito por el temor que puede infundir la pena.

También es criticable porque es incompatible con la dignidad de la persona. No es ético castigar una persona por la que puedan hacer los demás, utilizarla como ejemplo para los demás.

La persona no es un medio para lograr un fin.

La persona es un fin en sí misma.

2.1.2. LA PREVENCIÓN ESPECIAL

A diferencia de la prevención general que usa como sujeto la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos de una persona determinada.

Por eso, la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena y no de la conminación legal como la prevención general.

El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro.

Las principales tendencias en la prevención especial han sido :

- La Escuela positiva en Italia;
- La Escuela de von Liszt en Alemania.

En Italia, la Escuela Positiva ha cambiado la imagen promovida en el sistema de Derecho Penal y Criminología porque ha puesto en el centro de la atención al delincuente. Sus principales

representantes Lombroso, Ferri y Garofalo han echo un estudio completo del delito como un hecho natural y social y han conclusionado que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libero arbitre.

Porque el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficace, razon para que ella debe ser recambiada con las medidas de seguridad.

En Alemania la Escuela Sociológica conducida de Franz von Liszt ha establecido que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las destintas categorias de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor¹⁵.

Von Liszt en su Programa de Marburgo ha echo un programa politico-criminal:

- Para el delincuente de ocasión la pena constituye un recordatorio” que le inhiba ultteriores delitos; frente al delincuente no ocasional pero corigible debe perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecucion de la pena;
- Para el delincuente habitual incorregible la pena puede ser perpetua.

La dirección iniciada por van Liszt ha sido continuada en Italia por Filippo Gramatica que propone la substitución de Derecho Penal con la defensa social” y con linea mas moderado de Marc Ancel La défénse sociale nouvelle.

Pero un grande eso ha tenido la teoria de van Liszt en los años sesenta de este siglo en Alemania en que se vivio retorno a von Liszt y cuando han apareciendo una serie de institucionés que

¹⁵ Claus Roxin: *“La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, P. 66 (Tirant lo Blanc)

permiten substituir la pena en delitos pocos graves cuando la permiten las condiciones del delincuente por ejemplo: la condena condicional, la libertad condicional, etc.

Pero las teorías de prevención especial que parecen a una vista que han encontrado soluciones muy buenas para los delincuentes no explican tampoco el fundamento de la pena.

La prevención especial no puede justificar por si sola el recurso a la pena:

1. en algunas situaciones la pena no sería necesaria para la prevención especial porque los delincuentes primarios y ocasionales no manifiestan peligro de volver a delinquir por ejemplo los delitos cometidos con culpa;
2. en otros casos no se puede resocializar usando la pena porque el delincuente habitual no puede a veces ser resocializado;
3. en otros casos la resocialización puede no resultar lícita por ejemplo los delincuentes por convicción políticos, terroristas, con quien no se debe intentar persuasión por la fuerza de un tratamiento porque en un Estado democrático la resocialización no debe ser obtenida contra la voluntad del delincuente.

2.2. LAS TEORIAS MIXTAS (DE LA UNION)

El resultado de la lucha entre las escuelas fue las teorías mixtas que combinan los principios de las teorías absolutas con los principios de las teorías relativas.

Para las teorías de la unión la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil.

Una primera dirección ha dado prioridad a las exigencias de la justicia.

La segunda dirección de las teorías mixtas es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se busca soluciones útiles que no sean injustas.

Porque la utilidad es el fundamento de la pena solo es legítima la pena que opere preventivamente. La segunda orientación es preferible desde el punto de vista de la política social, pero en Derecho Penal solo se pueden trabajar con una serie de criterios justificantes de la pena en su trayectoria: el momento de la amenaza, el momento de la aplicación y la ejecución.

El autor alemán Roxin¹⁶ ha propuesto una concepción dialéctica (teoría dialéctica de la unión) en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis.

En el momento de la amenaza el fin de la pena es la protección de los bienes jurídicos.

En el momento de la aplicación (individualización judicial) la pena no sirve para prevención general, sino para confirmar la seriedad de la amenaza legal, pero sin sobrepasar la culpabilidad del autor.

En el momento de la ejecución, la pena sirve para resocialización del delincuente como forma de prevención especial.

Ninguna de estas teorías no explican suficientemente la utilidad y en el mismo tiempo la necesidad de la pena. En general la conclusión es que la pena es un mal necesario, pero se trata de una cuestión abierta, en que se busca soluciones para un Derecho Penal más humano.

¹⁶ Claus Roxin: *“La evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”*, P. 66 (Tirant lo Blanc)

3. LA PENA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

3.1.- CONCEPCION CRÍTICA DE LA PENA

Una explicación crítica de la pena parte de considerar a ésta como un mal, y plantea la negación de su fundamento y la utilidad de la pena. Otras explicaciones, parten de la misma premisa, pero admiten la posibilidad de comprobar cierta eficacia de la pena. Dependiendo de si en la realidad del ejercicio del poder penal es posible demostrar la eficacia de los fines preventivos de la pena (prevención general y especial) podrá ser posible aceptar o negar políticamente la legitimidad de la pena.

BUSTOS distingue dos niveles en la pena: uno referido a lo que es la pena y el otro a la imposición de la pena. En cuanto a lo primero, considera que históricamente la pena es la autoconstatación ideológica del Estado. «En un Estado social y democrático de derecho, que se asienta sobre la realidad social, la función de la pena no puede ser otra que la de proteger su sistema social. En el campo penal significa la protección de los bienes jurídicos que el mismo Estado ha confirmado». Agrega que existe un segundo nivel en la pena: su imposición. Esta imposición requiere de un fin, para tener sentido. «La finalidad de la imposición de la pena no puede ir más allá del fin propio del individuo dentro de la sociedad democrática que no es otra que aumentar su capacidad de liberación, de participación, de resolución de sus conflictos sociales. De lo que se trata es de lograr que la pena cumpla este fin. La pena ha de tener desde el punto de vista de su imposición una actividad positiva, ofrecer alternativas al sujeto para superar sus conflictos sociales». A partir de estas afirmaciones, BUSTOS considera que el problema del delito y del sujeto responsable es un problema político, y señala la corresponsabilidad del Estado, quien al fijar el delito debe también establecer las condiciones para que ello no sea un conflicto insuperable para el sujeto.

Para BINDER resulta inadmisibles el uso por parte del Estado de instrumentos violentos si no están orientados al logro de una unidad social. «La pena (la violencia del Estado, insistimos) sólo puede ser reacción ante un hecho producido por la acción de una persona responsable, pero ello no quiere decir

que pueda consistir en una mera reacción ante ese hecho». Por otro lado, tampoco se debe entender que «el cumplimiento de esas finalidades implica dotar de un fundamento de la pena. Ello no es un problema de la dogmática penal. La dogmática penal se enfrenta a la pena como un factum al cual debe limitar: uno de los límites que le impone es que cumpla con alguna utilidad, pero con ello no le otorga ningún fundamento (será el análisis político-criminal quien se preocupe por dotar de orientaciones a la política criminal acerca de cómo y porqué usar los instrumentos violentos)». La dogmática penal se encargará de identificar cuál es el tipo de utilidad admisible y no cuál es el fundamento mejor. De ello, BINDER plantea que «la pena concreta debe demostrar que tiene una probabilidad razonable de producir algún bien social y que, pese a que indudablemente se trata de un castigo, es decir, un mal que recae sobre una persona, esta persona obtendrá al menos, algún beneficio para la vida en libertad. Si no se dan estas dos condiciones la pena no tiene una utilidad admisible para el derecho penal y no debe ser autorizado el ejercicio de la violencia estatal».

FERRAJOLI plantea un doble fin preventivo en el sentido de prevención de delitos y la prevención de las penas informales. Sin embargo, afirma que la razón primordial del Derecho Penal es el fin de la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, siendo la primera función el límite mínimo, y el segundo el límite máximo de las penas. Esta concepción del Derecho Penal mínimo sobre la pena sólo supone una intervención estatal en conflictos muy graves y que comprometen intereses generales, de manera que el punitivo estará siempre de lado del más débil: la ley del más débil. Es decir del débil ofendido o amenazado por el delito o por la venganza y, contra el más fuerte. «En particular reconoce que la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador y de hecho en último término aflictivo. Aun siendo un mal, sin embargo, la pena es con todo justificable si (y sólo si) se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales y si (solo si) el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales imprevisibles, incontrolados y desproporcionados».

Por su parte, ZAFFARONI formula una teoría negativa y agnóstica de la pena, que entiende que la pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes. Así, la pena es un ejercicio de poder. Es negativo porque no le asigna ninguna función positiva de la pena y se obtiene por exclusión. Es agnóstico en cuanto a su función porque parte de su desconocimiento.

Encontramos así:

Teoría absoluta de la pena: Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social;

Teoría relativa de la pena: Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico;

Teoría mixta o de la unión: Estas sostienen que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas teóricas antes mencionadas, y proponen teorías multidisciplinarias que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones previas.

4. LA CLASE DE PENA

El legislador penal establece, en primer lugar, la clase de pena aplicable a cada delito. En el artículo 28º del Código penal se precisan las diversas clases de pena que pueden preverse para los delitos de la parte especial del Código penal y, por aplicación supletoria (artículo X del Título Preliminar del Código penal), para los delitos tipificados en las leyes penales especiales. Estas clases de penas pueden presentarse de diversas formas en el tipo penal respecto de su imposición. En primer lugar, puede presentarse como una pena única, es decir, como la única

pena de determinada naturaleza que puede imponerse al delito. Pero también el tipo penal puede contemplar varias penas para el delito, pudiendo imponerse éstas de forma cumulativa (pena compuesta) o alternativa. Por otra parte, el delito puede admitir la imposición de dos penas, pero no como penas cumulativas, sino una como principal y la otra como accesoria. En nuestro Código penal se contempla la pena de inhabilitación como pena accesoria si el delito cometido constituye abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela o actividad regulada por ley (artículo 39º). Hay que precisar que la pena accesoria requiere ser expresamente impuesta por el juez en la sentencia condenatoria.

Las clases de penas previstas en el artículo 28º del Código penal son las siguientes: Pena privativa de libertad, penas restrictivas de libertad, penas limitativas de derechos y pena de multa. Con este artículo, se hace una primera delimitación legal de la consecuencia jurídico-penal del delito, en la medida que se establecen las diversas clases de penas que el legislador puede prever para los delitos de la parte especial. Se trata, por tanto, de una norma que asume un sistema de *numerus clausus* de las clases de pena, de manera que no podrá castigarse con una clase de pena distinta a las previstas en el artículo 28º del Código penal. Así, pues, este artículo del Código penal no constituye una norma superficial de carácter puramente declarativo, sino, más bien, una expresión del mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

4.1.- La pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad consiste en la limitación coactiva de la libertad de movimiento mediante el internamiento en un establecimiento penitenciario. Como lo reconoce expresamente la exposición de motivos del actual Código penal, este texto punitivo ha unificado la pena privativa de libertad, sin diferenciar las diversas modalidades de la pena privativa de libertad, como lo hizo, por ejemplo, el Código penal de 1924, en el que se distinguían el internamiento, la penitenciaría, la relegación y la prisión. La diferencia se encuentra solamente en la ejecución de la pena privativa de libertad, en donde se prevén tres regímenes distintos: El régimen privado, el régimen semiabierto y el régimen abierto (artículo

97a del Código de Ejecución Penal). En el actual Código penal se diferencian solamente entre penas temporales y cadena perpetua.

Pese a las críticas que ha sufrido la pena privativa de libertad, sobre todo desde los defensores de la criminología crítica, en las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, esta pena sigue siendo la sanción penal más adecuada para reprimir la criminalidad más grave. Si bien no se ha excluido del catálogo de penas, la pena privativa de libertad tendría que reservarse para los hechos más intolerables. En este sentido, parece inconveniente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas para delitos no tan graves, pues el tiempo de la privación de libertad no aconsejaría hacerla efectiva, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir quizá a otras penas menos gravosas (penas restrictivas de derechos, por ejemplo).

4.2.- Las penas restrictivas de libertad

Las penas restrictivas de libertad constituyen una limitación a la libertad de tránsito. Son de dos tipos:

- La pena de expatriación para el caso de nacionales: duración máxima era de diez años
- La pena de expulsión del país para el caso de extranjeros: este era definitiva

En el artículo 30 C.P Peruano de 1991, se contempló a la expatriación como una Pena Restrictiva de la Libertad, precisando que tenía una duración máxima de diez años y se aplica después de cumplida la Pena Privativa de Libertad. Sin embargo, la regulación de La Pena de Expatriación fue criticada por la Doctrina Nacional.

Se cuestionaba que vulneraba el artículo 22.5 de la convención Americana de Derechos Humanos tratado ratificado por el Estado Peruano y por tanto de Obligatorio cumplimiento en el País – en el cual se señala “ Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es Nacional, ni se privado del Derecho a ingresar al mismo”

Así mismo, con el referido dispositivo legal se modificó el artículo 346 de C.P, eliminándose La Pena de Expatriación para el delito de rebelión, penalizándose tan solo con una Pena Privativa a la Libertad.

Entonces, actualmente en nuestro País ya no es posible aplicar La Pena de Expatriación a un Nacional ya que este fue eliminado de nuestro C.P del 27 de noviembre de 2009.

Quedando vigente como una única Pena Restrictiva de la Libertad La pena de Expulsión del País, que se aplica a los extranjeros que han cometido delito señalados en nuestro código.

2.3.- Las penas limitativas de derechos

Las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de trabajo, la libertad personal, los derechos políticos, etc. El Código penal reconoce, como penas limitativas de derechos, la pena de prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la ' inhabilitación. Las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres tienen como rasgo común el constituir restricciones de derechos durante los fines de semana y días feriados, sea obligando a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, o en obras públicas (prestación de servicios a la comunidad), sea permaneciendo en un establecimiento organizado con fines educativos (limitación de días libres). Estas penas están contempladas, por lo general, para delitos de mediana gravedad, sea de forma exclusiva o como pena alternativa a otra clase de pena (privativa de libertad, limitativa de derechos o multa). Pero aun cuando no estén contempladas expresamente por el tipo penal de la parte especial, estas penas pueden imponerse en sustitución de penas privativas de libertad de hasta cuatro años, con la finalidad de evitar el internamiento del condenado en prisión con los efectos desocializadores por todos conocidos.

En cuanto a la pena de inhabilitación, cabe señalar que el nuevo Código penal ha suprimido el carácter perpetuo que tenía dicha pena en el Código penal anterior, convirtiéndola ahora en temporal. En caso que la inhabilitación sea la pena principal, su tiempo de duración se extenderá de seis meses cinco años,

mientras que si se impone como pena accesoria, la inhabilitación se extenderá por igual tiempo que la pena principal. El uso de esta pena limitativa de derechos se ha hecho muy frecuente en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero también podría aplicarse a los particulares, como sería el caso de la inhabilitación profesional contemplado en el artículo 36º, inciso 4 del Código penal, que impone la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de terceros profesión, comercio, arte o industria.

2.4.- La pena de multa

La pena de multa implica la privación de una parte del patrimonio del autor de un delito. Esta pena resulta aplicable a supuestos de escasa o mediana gravedad como, por ejemplo, el delito de calumnia. La determinación de la cuantía de la multa sigue en la actualidad el sistema de los días» multa. Por un lado, se establece un factor de referencia de la multa, el llamado día-multa, en el que se tiene en consideración el ingreso promedio diario del condenado, determinado sobre la base de su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. Por el otro, el monto de la multa se obtiene en función de los días-multa previstos por cada tipo penal de la parte especial, lo cual depende de la gravedad del delito. De esta manera, la pena de multa tiene en consideración no sólo la gravedad del hecho delictivo, sino también la capacidad económica del delincuente. La pena de multa puede imponerse de manera exclusiva o conjunta, así como también convertirse en otra pena en función de las razones de su incumplimiento. Mecanismos como la reserva del fallo condenatorio y la exención de pena proceden igualmente en el caso de la multa.

Si bien la tendencia en los últimos tiempos ha sido aumentar las penas de multa en detrimento de la pena privativa de libertad, la eficacia preventiva de la pena de multa se ha cuestionado seriamente. En efecto, diversos estudios han demostrado que en la empresa moderna las posibles penas de multa se contabilizan como un costo de producción que trasladan a los consumidores, perdiendo así todo efecto preventivo frente a la empresa. Es más, las empresas recurren con mayor frecuencia a la figura de los directivos de banquillo, es decir, personas incorporadas a la estructura empresarial con la única finalidad de asumir plenamente la responsabilidad penal por los hechos delictivos cometidos

desde la empresa. En este sentido, la sanción de multa perdería completamente su virtualidad preventiva si quedase en el directivo individual, pues la empresa se limitaría sólo a contabilizar el costo de un director de banquillo frente a los beneficios que le proporcionaría el desarrollo de la actividad ilícita. Para evitar esta desvirtualización del efecto preventivo de la pena, se ha desarrollado la consecuencia accesoria del decomiso de ganancias ilícitas, aunque, como se verá más adelante, la desafortunada forma como se ha regulado en nuestro Código penal le quitan toda virtualidad operativa. En el plano doctrinal, BOTTKE ha propuesto como medida adicional a la multa que evitaría trasladar el malum de la pena a terceros (trasladar la multa a los consumidores), un registro de multa a las empresas al que puedan acceder terceros interesados en contactar con la empresa. El efecto preventivo de la pena de multa se vería así reforzado.

CAPITULO III

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

1.- DENOMINACIÓN

Antes de entrar en materia, es conveniente plantear una cuestión de terminología. La denominación condena condicional utilizada en el Código de 1924 y, frecuentemente, en la doctrina para designar la suspensión condicional de la ejecución de la pena ha sido criticada afirmándose que no es la condena la afectada por la condición sino la ejecución de la pena. Por esto se ha preferido emplear, en el Código de 1991, la expresión “suspensión condicional de la ejecución de la pena”¹⁷. La discusión pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que (p. 235) se adopta¹⁸. Si se tiene en cuenta en que consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero si se considera su efecto mediato y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere sólo a los casos exitosos¹⁹.

En lo que concierne a la medida prevista en el art. 62, los redactores de nuestro Código han preferido el término reserva en lugar del de suspensión, utilizado en los proyectos españoles. La denominación aparece acertada en la medida en que, según el art. 63, el juez “se abstendrá de dictar la parte resolutive de la sentencia”. Tratándose de sentencia condenatoria, en el fallo o parte resolutive de la sentencia se fija la pena, individualizada conforme a las circunstancias materiales y personales establecidas en los considerandos de la misma. De modo que al no dictarse la parte resolutive, el juez se reserva la posibilidad de hacerlo en caso de incumplimiento de las condiciones que el sentenciado

¹⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia 1993, p. 498.

¹⁸ ZAFFARONI, E., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires 1979, p. 646.

¹⁹ GRAVEN, J., “ *Le sens du sursis conditionnel et son développement* ”, en *Revue pénale suisse*, 1954, p. 274.

debe ejecutar durante el plazo de prueba. En este sentido, resulta mejor hablar de reserva de fallo que de suspensión. Pero depende, en definitiva, de la manera como se haya regulado la medida. Por ejemplo, en Alemania, se prefiere la expresión reserva de pena (Strafvorbehalt) debido a que, según el art. 59 del Código Penal, se trata más bien de una amonestación con reserva de pena. El juez debe, además de establecer el veredicto de culpabilidad (Schuldanspruch), determinar la pena correspondiente y reservar la condena respectiva. Lo que se suspende entonces es la imposición de una pena que ya ha sido fijada. En Francia, se hace referencia claramente al aplazamiento del pronunciamiento de la pena (ajournement du prononcé de la peine). El nuevo Código penal francés prevé tres tipos de aplazamiento de pena: uno simple (art. 132-29 y ss), otro con plazo de prueba, parecido al nuestro (art. 132-40 y ss), y, un tercero, con mandato de cumplir un trabajo de interés general (art. 132-54).

2.-. Carácter jurídico (p. 236)

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, se discute mucho sobre cómo clasificar a la suspensión de la ejecución de la pena. Las opiniones divergen en la medida en que se le considera una especial clase de pena²⁰; un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad²¹; una medida de corrección²²; un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad²³; un

²⁰ 4HANS WELZEL dice: “La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción”, *Derecho penal alemán, Parte general*, 11a edición, Santiago de Chile 1970, p. 345; RICARDO NÚÑEZ, siguiendo a Herrera, afirma: “Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena”, *Derecho penal argentino*, t. II, 21a edición, Buenos Aires 1965, p. 523.

²¹ LACKNER, K., *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 22a edición, München 1997, § 56, n. 2; SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., *Strafgesetzbuch*, 24a edición, München 1991, p. 730.

²² SCHMIDT E., “Reform des Strafvollzugs”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1952, p. 1; THORMANN, PH./VON OVERBECK, A., *Das Schweizerisches Strafgesetzbuch*, t. I, Zürich 1940, p. 168.

²³ JÜRGEN BAUMANN manifiesta: “La suspensión de la ejecución de la pena es una consecuencia jurídica de tipo especial, si se pretende seguir una tercera vía en el derecho penal”, *Strafrecht*, 5a edición, Tübingen 1968; cf. JESCHECK, H.-H., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4a edición, Granada 1993, p. 759; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal, Parte General*, 3a edición, 1997, p. 748.

procedimiento para individualizar la pena²⁴; o, finalmente, como un sucedáneo de las penas privativas de libertad.

La deficiencia de estos criterios radica en su carácter unilateral. La complejidad de la condena condicional se debe a que cumple múltiples funciones tanto de índole preventiva como punitiva. Esta realidad es implícitamente considerada en las propuestas mencionadas. Sus autores no hacen sino poner en primer lugar uno de los aspectos. Para superar estas dificultades, se ha sostenido, por ejemplo, que ésta es, materialmente, una medida correctiva que implica la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente)²⁵. Y que la condena condicional, (p. 237) de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan sólo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio para resocializar el condenado²⁶.

Problemas semejantes se presentan al momento de caracterizar la reserva de fallo condenatorio. Debido a la manera como ha sido regulada en Alemania, los penalistas alemanes sostienen en su mayoría que es la sanción menos severa del Código, de carácter peculiar y muy parecida a una medida. Su carácter punitivo está dado por la declaración de culpabilidad, la fijación de la pena y la imposición de reglas de conducta. No se trata de una pena propiamente dicha porque ésta, precisamente, no es impuesta en la sentencia. Si bien en nuestro Código no se dice expresamente que debe declararse culpable al procesado, ni se estatuye que debe fijarse la pena sin imponerla, es de reconocer que la reserva de fallo del art. 62 debe ser caracterizada de la misma manera. No es una pena ni una medida de seguridad, sino un medio de reacción penal sui generis, muy parecido a la suspensión de la ejecución de la pena. En particular, en la medida que la sentencia, en su parte considerativa, contiene una desaprobación del acto realizado y la constatación de que el

²⁴ SALEILLES, R., *L'individualisation de la peine*, París 1898, p. 190 y s

²⁵ MAURACH, R/ZIPF, H., *Strafrecht*, A. T., p. 507.

²⁶ LACKNER, K. § 56, n. 3 (nota 5).

procesado es culpable y que además se le fijan reglas de conducta obligatorias.

Sin embargo, ninguna de las dos medidas debe ser considerada como una gracia, una medida de indulgencia o de clemencia²⁷. La reserva de fallo constituye, ciertamente, una concesión muy importante en favor de la prevención especial en detrimento del principio que todo autor culpable de un delito debe ser castigado. Pero tiene una dimensión punitiva que permite considerarla como una “sanción cuasi penal”²⁸. No (p. 238) constituye, propiamente, una medida de resocialización, mas mediante la desaprobación del acto del autor y la imposición de obligaciones a éste, se busca influenciar su comportamiento futuro. El aspecto punitivo de estas medidas es reconocido por el legislador, en la medida en que las regula en sendos capítulos del Título III de la Parte general dedicado a las penas. La idea que la condena condicional representa un privilegio para el delincuente es, generalmente, admitida por quienes sostienen una concepción, sobre todo, favorable a la retribución. Así, no debe sorprender que se sostenga este criterio¹⁴, si se piensa que una pena privativa de libertad de seis meses es un castigo insignificante o irrisorio.

El origen tanto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como de la reserva de fallo es la probation anglosajona. Casi simultáneamente, a mediados del siglo XIX, se desarrolló en Estados Unidos (al comienzo por iniciativa privada) y en Inglaterra (mediante la práctica judicial), la renuncia a la condena del procesado, luego de declararlo culpable, acompañada de su sometimiento a un control durante un plazo de prueba. En los países de Europa continental, la probation no fue recepcionada como tal y sólo, en las últimas décadas, se ha acentuado

²⁷ Esta concepción ha sido sostenida, en Francia, por DONNADIEU DE VABRE, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ra. edición, Paris 1917, p. 518. Entre nosotros, GÓMEZ DE LA TORRE sostuvo que la condena condicional es, en realidad, “el perdón de la primera falta cometida por una persona en circunstancias tales, y cuyos antecedentes hacen presumir que se trata de un delincuente ocasional que entrará fácilmente en el camino del arrepentimiento, de la enmienda y la readaptación. Llegando a afirmar que la condena condicional es, pues, el olvido del primer delito. ”, “La condena condicional”, en *Revista Universitaria*, Lima 1902, p. 41.

²⁸

su introducción de manera diversa por parte de legisladores preocupados en adecuarla a sus realidades y necesidades particulares.

Una de estas formas es la reserva de fallo, prevista en el art. 62 del Código de 1991. Su introducción fue propuesta sólo a partir del proyecto de 1990 (arts. 62 y 66), en términos muy semejantes a los de las disposiciones del Código vigente. Para la elaboración de estas disposiciones, se ha tenido sobre todo en consideración los proyectos españoles que culminaron (p. 239) con la dación del Código Penal de 1995.

La suspensión de la ejecución de la pena, bajo la denominación de condena condicional, fue también una de las formas de recepcionar la idea de la probation anglosajona. Primero, tuvo lugar en Bélgica mediante las leyes de 1888 y, luego, en Francia en 1891. Es este modelo franco-belga, el que Maúrtua, siguiendo a los proyectos suizos, toma en cuenta para incorporarla en su proyecto de 1916, que devino Código en 1924 (arts. 53 y ss).

Una situación particular se creó cuando, el 23 de noviembre de 1939 y por iniciativa de la Corte Suprema, se modificaron las disposiciones relativas a la condena condicional y, en la misma fecha, se promulgó el nuevo Código de procedimientos penales, cuyo artículo 286 trata, también, de la condena condicional. Sin embargo, en ambos casos la condena condicional fue definida, en el sentido del Código penal, como la suspensión de la ejecución de la pena bajo la condición de que el condenado se porte bien durante un período de prueba. El artículo 286 del Código de procedimientos penales, aún vigente, que dejó sin efecto la modificación de 1939, puede considerarse de origen francés; pero constituyó, en buena cuenta, un retorno al texto original del artículo 53.

3.- FINALIDAD

En 1924, al introducirse por primera vez la condena condicional en nuestra legislación, el fin primordial que se perseguía, siguiendo el modelo suizo, era evitar la aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta

duración²⁹. Por esta razón, su aplicación fue limitada a las penas privativas de libertad no mayores de seis meses de duración. Sin abandonar este objetivo, pero buscando sobre todo evitar los efectos negativos del encarcelamiento, el ámbito de aplicación fue ampliado a las penas de mediana duración (dos años, según D. Leg. 126 de 12 de junio de 1981).

Tendencia que se acentúa en el Código de 1991, en el que se prevé el tope de cuatro años. La predominancia de dicho (p. 240) objetivo se evidencia también en el hecho que se prevé con respecto a la pena de multa. Si se consideró por el contrario en el Código derogado, fue en razón a que, en caso de no cancelación, podía ser convertida en pena privativa de libertad de corta duración.

La finalidad de la reserva de fallo es más amplia, pues no sólo es aplicable a las condenas relativas a la pena privativa de libertad. Aun cuando no resulta del todo claro por qué se limita su aplicación a las penas no mayores de tres años de duración, en lugar de cuatro como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, es evidente que también es un medio para evitar los efectos negativos de la privación de libertad. Sin embargo y, sobre todo, si tiene en cuenta que es aplicable también respecto a las penas de multa, prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación, las mismas que tienden igualmente a excluir la detención, debe admitirse que la reserva de fallo está fuertemente orientada a evitar la estigmatización del responsable de un delito, la que tiene lugar mediante la imposición de una condena.

4.- Condiciones para su concesión.

a) Respecto a la pena

Según el art. 57, el juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad que no sea mayor de cuatro años. Estamos lejos de la cautela con la que, en 1924, sólo se previó esta medida con relación a la pena de prisión que no excediera seis meses. Entonces, el legislador justificó su decisión diciendo

²⁹ En la exposición de motivos, el legislador expresaba: “Entre los sistemas creados con tanta felicidad para sustituir las penas de prisión de corta duración, el proyecto ha adoptado el sistema franco-belga, que consiste en suspender la ejecución de la condena”.

que “el tiempo mínimo adoptado para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un medio enteramente nuevo cuya aplicación demanda suma prudencia”³⁰.

Este límite era demasiado bajo, si se tiene en cuenta que en el modelo helvético era de un año³¹ y que, por ejemplo, en 1921, el legislador argentino lo había establecido en dos años. Ese criterio resultaba así (p. 241) mismo incongruente debido a que, en el Código de procedimientos penales, se declaraba procedente la liberación provisional (destinada también a evitar el ingreso del delincuente en prisión) en caso de inculpados por delito sancionado con no más de dos años. En la práctica, la restricción del ámbito de aplicación de la condena condicional produjo el efecto no deseado consistente en que los jueces imponen penas de seis meses, aun cuando no correspondieran a la gravedad del acto y a la culpabilidad del agente, para poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

El nuevo límite establecido en el art. 57 es conforme a la tendencia legislativa de las últimas décadas. Si se consultan los más recientes Códigos penales europeos se constata que, por ejemplo, en el Código español de 1995, art. 80, inc. 1, es fijado en dos años; en el Código francés de 1994, art. 132- 31, se estatuye en cinco años; en el Código portugués de 1982 (art. 48) se fija en 3 años. En América Latina, el Código colombiano de 1980 (art. 68) prevé el límite de tres años; en 2, lo fija el Código brasileño de 1984 (art. 77) y para los condenados mayores de 70 años, en 4 años (art. 77, párrafo 2). El Código de Costa Rica de 1970, art. 59, indica el límite de 3 años. Teniendo en cuenta la influencia que ha tenido en nuestra legislación el derecho suizo, es interesante señalar que la ley de reforma del 18 de marzo de 1971 aumentó el límite original de un año a dieciocho meses³² y que, en el art. 42 del Proyecto de reforma de la Parte general, se fija en tres años.³²

³⁰ *Código penal, edición oficial*, p. 169.

³¹ Cf. MANUEL G. ABASTOS, “El delincuente en el Código Maúrtua”, en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima 1938, p. 311.

³² Artículo 42. El límite se duplica en caso de delincuentes que han cumplido 70 años y es de 3 años en caso de menores de 18 años; ver: SENATO DELLA REPUBBLICA, V Legislatura, NQ 351, Roma 1968.

En los proyectos de Código penal, los límites fluctuaron entre los 3 o 4 años. Se fijó el límite en 3 años en los publicados en setiembre de 1984 (art. 40, inc. 1) y en octubre del mismo año (art. 62). Sin mencionar la pena de multa, como se hacía en los dos anteriores, el mismo límite fue conservado en los proyectos de 1985 (art. 73, inc. 1) y 1986 (art. 72, inc. 1). El límite de 4 años, figuró por primera vez en el proyecto de 1990 (art. 61, inc. 2) y, así mismo, en el de 1991 (art. 57, inc. 1). Los autores de estos dos últimos proyectos, se inspiraron muy (p. 242) probablemente en el proyecto español elaborado por el Grupo parlamentario del Partido Comunista y en el Código brasileño. El primero establecía, en su art. 67, último acápite, el límite de 4 años con carácter excepcional y el segundo, art. 77, párrafo 2, para los condenados mayores de 70 años.

Poco importa el tipo y la gravedad del delito que el condenado ha cometido. Lo decisivo es que la pena impuesta, de acuerdo con las reglas relativas a la individualización de la sanción (art. 46 y ss.), no supere el límite establecido en el art. 57. En consecuencia, la manera, el tiempo y el lugar de la perpetración, los medios usados; es decir, el tipo y la gravedad del delito no son determinantes para suspender la ejecución de la pena. Estos factores son considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Ángel Gustavo Cornejo que “la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional”³³.

Debe distinguirse claramente estos dos aspectos; de lo contrario, se tenderá a excluir la condena condicional por razones puramente objetivas (naturaleza del delito, frecuencia de su comisión, necesidad de sancionar hechos de la naturaleza del delito en cuestión). Esta concepción equivocada sirvió de base a diversas ejecutorias de la Corte Suprema en los años siguientes a la introducción de la condena condicional³⁴.

³³ *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima 1926, p. 187; cf. BRUNS quien dice: “Sólo después de la fijación de la pena correspondiente a la culpabilidad debe examinarse la cuestión de suspensión de la pena, en ambos casos se trata únicamente, de acuerdo a la doctrina dominante, de una modificación de la ejecución (de la pena)”, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, p. 31.

³⁴ ANALES JUDICIALES 1935, p. 419, REVISTA DEL FORO 1941, p. 383, REVISTA DE LOS TRIBUNALES 1942, p. 25, en ANALES JUDICIALES 1942, p. 327; ANALES JUDICIALES 1944, p. 95, REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA 1952, p. 2983.

Los casos en los que procede la reserva de fallo según el tipo de pena son más numerosos. En caso de pena privativa de libertad, debe tratarse de pena no mayor de tres años. Se entiende que se trata de la pena que merece el autor por el delito que da lugar al proceso y no al máximo de la pena fijada en la disposición legal. Esto último parecería establecerse en el art. 62 mediante la expresión “cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad ...”. Como ya lo hemos (p. 243) señalado, no es clara la razón por la que ha conducido no se han considerado las penas de hasta cuatro años de duración como se ha hecho respecto a la suspensión de la ejecución de la pena. La similitud entre ambas medidas y la amplitud del criterio admitido no justifican tan pequeña diferencia. Si la idea es que la suspensión de la reserva de fallo es un medio de reacción penal menos grave que la suspensión de la ejecución, la diferencia hubiera debido ser más importante. La explicación está quizás en relación al tipo de delincuentes considerados como sujetos de la reserva de fallo.

Respecto a la pena de multa, por el contrario, no se fija límite alguno. Esto quiere decir que la reserva de fallo es posible aún si la multa es fijada en un número elevado de días-multa. Esta amplitud crea el riesgo que en ciertos casos (delitos contra el medio ambiente) o con relación a ciertos autores (económica y socialmente favorecidos), la necesaria represión sea escamoteada. Además, resulta un poco paradójico que se restrinja su aplicación respecto a las demás penas.

Así, la reserva de fallo sólo procede respecto a las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres que no superan las noventa jornadas y a la inhabilitación cuando no sea mayor de dos años. En razón de la finalidad atribuida a la reserva de fallo (evitar la estigmatización para facilitar la reinserción), la amplitud adoptada respecto a la pena de multa se justificaba aún más con relación a estas tres penas limitativas de derechos.

b) Pronóstico favorable

De manera idéntica para las dos medidas, se dispone (arts. 57 y 62) que éstas se aplicarán “cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito”.

En cuanto a la suspensión de la ejecución de la pena, a diferencia de la regulación prevista en el Código derogado, la establecida en el nuevo Código corresponde mejor a los fines perseguidos. No se hace (p. 244) depender más su aplicación de criterios formales y objetivos, como si el condenado "no hubiere sido objeto por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera" (art. 53, inc. 1, del Código de 1924). Circunstancias de este tipo deben ser tomadas en cuenta al momento de individualizar la pena. Una vez que se ha establecido la pena inferior de cuatro años, la suspensión de su ejecución sólo depende del pronóstico favorable que no volverá a cometer nuevo delito.

De manera semejante al art. 68 del Código colombiano, el inc. 2 del art. 57 establece como segunda condición "que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera[n] prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito". En nuestro Código derogado, se hacía simplemente referencia a "los antecedentes y el carácter del condenado".

El factor decisivo, válido igualmente para la reserva de fallo, es la apreciación de prevención especial del caso particular. Por tanto, la naturaleza y la modalidad del hecho deben ser consideradas en la perspectiva de la personalidad del agente. De esta manera se puede admitir que, en realidad, todos los factores subjetivos y materiales tomados en cuenta para la individualización de la pena deben ser considerados como indicios del futuro comportamiento del condenado. La nueva regulación es defectuosa pues con la fórmula "naturaleza, modalidad del hecho punible", parece aludirse a la manera como éste ha sido caracterizado en el tipo legal. Lo conveniente hubiera sido hacer referencia directa a la naturaleza, modalidad del delito concreto que da lugar al procesamiento del agente y que constituye una manifestación de su personalidad.

El juicio que sirve de base a la decisión de suspender la ejecución de la pena o a reservar el fallo debe constituir una apreciación individualizada de la persona del condenado, la misma que permitirá pronosticar que la aplicación de una de estas medidas será suficiente para disuadir al condenado de volver a delinquir. No basta, en consecuencia, que el juez intuya, tenga una simple esperanza o

confíe que el condenado se comportará bien En caso de duda no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*.³⁵

Tratándose de casos en los que la pena a imponerse es la privativa de libertad (no mayor de tres años), resulta importante y, al mismo tiempo, difícil determinar si se debe aplicar una u otra medida. En estos casos, la gravedad del delito y la personalidad de los procesados son las mismas, por lo que el factor decisivo es el hecho de saber el grado de sensibilidad del agente para determinar si basta con amenazarlo con la futura imposición de una pena o es necesario intimidarlo con una pena pronunciada cuya ejecución se suspende. También es de considerar si por las circunstancias en que ha sido cometido el delito y los efectos que éste ha producido sobre la persona misma del agente, es conveniente evitarle el estigma de la condena. Así mismo, sería de tener presente que la renuncia del objetivo de prevención general de la condena resulta sobre todo eficaz respecto a delincuentes primarios y ocasionales, para los cuales es suficiente la reserva del fallo para impedir que vuelvan a cometer el paso en falso, consistente en la comisión de un primer delito. No obstante y en consideración a que no hay elemento legal que permita deducir que se ha buscado limitar la reserva del fallo sólo a los delincuentes primarios, esta medida no concierne únicamente la delincuencia de mínima importancia (la misma gravedad de la pena de tres años indica lo contrario). La decisión de optar por la reserva del fallo dependerá, sobre todo, cuando también sea procedente la suspensión de la ejecución de la pena, de la sensibilidad penal más o menos grande del agente, de que la culpabilidad del agente sea significativamente disminuida o de que se presenten circunstancias particulares de atenuación relativas tanto al hecho como al autor.

Teniendo en cuenta como ha sido considerada y aplicada la “condena condicional” entre nosotros, debemos destacar una vez más que, si bien no es de recurrir a la noción de peligrosidad social del delincuente, tampoco es de caer en un criterio unilateral (material o formal). La aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (lo mismo vale para la reserva del fallo) no puede depender del tipo de delito, del hecho que el procesado haya cometido otros delitos o haya

³⁵ LACKNER, § 56, n° 8

sido (p. 246) condenado anteriormente o de la constatación que es un delito cometido muy frecuentemente. Tampoco debe estar supeditada a que se considere, a priori, como peligrosos a determinados delincuentes en razón a alguna circunstancia personal: por ejemplo, alcohólicos, drogadictos, cleptómanos... Excluir la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo invocando, unilateralmente y de manera formal, una de estas circunstancias implicaría considerar a la prevención general como el factor decisivo. Esto las desnaturalizaría completamente en la medida en que desconocería que ambas se orientan sobre todo hacia una mejor individualización de la reacción penal en función de las condiciones personales del condenado.

CAPITULO III

REGLAS DE CONDUCTA

1.- ASPECTOS.

En el art. 58, se regula, de manera más clara y detallada que en el art. 53, inc. 2, del Código de 1924, la fijación de las reglas de conducta al condenado. Nuevamente, los redactores de esta disposición fueron influenciados, al menos en la estructura de la disposición, por el Código colombiano (art. 69). Esto se nota, en particular, en el hecho que se diga, como lo hace el legislador colombiano, “el juez al otorgar la condena condicional”. De esta manera, contradice la designación que han dado al título del capítulo en que la regulan: Suspensión de la ejecución de la pena.

Las mismas reglas son establecidas en el art. 64 respecto a la reserva del fallo. Las diferencias de redacción con el art. 58 son mínimas. En el inciso cuatro, se dice “salvo que demuestre que esté imposibilitado de hacerlo” en lugar de “salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo”. El fondo en realidad es el mismo. La otra diferencia parecería ser de mayor importancia: en el inciso 6 del art. 58, se alude a “los demás deberes que el juez estime convenientes a la rehabilitación...”, mientras que en el art. 64, inciso 6, se dice “las demás reglas de conducta que el juez estime convenientes para la rehabilitación ...”. Sin embargo, se trata de lo mismo porque mediante las reglas de conducta se imponen deberes al procesado sometido a prueba.

La enumeración de las reglas no es exhaustiva. Sólo son ejemplos de las obligaciones que el juez puede imponer al condenado. Como venimos de indicarlo, el número 6 de las disposiciones citadas autoriza al juez a establecer otras reglas o deberes que estime “convenientes a la rehabilitación social del agente”. Además de este límite relacionado con la finalidad de la institución, se estatuye como restricción que el deber que el juez imponga “no atente contra la dignidad del condenado”. Los ejemplos dados por el legislador constituyen también una limitación del poder del juez. Los deberes no mencionados que éste decida imponer deben ser

análogos a los expresamente indicados en la ley. Por último, el cumplimiento de estos deberes debe estar al alcance del condenado, aun cuando éste deba hacer un esfuerzo especial.

La eficacia de las reglas que se impongan al condenado depende de la posibilidad de controlar su cumplimiento. En los grandes o medianos centros urbanos, en especial, resultará difícil sino imposible constatar que se cumplan las prohibiciones de frecuentar determinados (p. 250) lugares, de ausentarse del lugar donde reside, de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito. Por el contrario, el control de la obligación de comparecer personalmente al juzgado y la de reparar los daños ocasionados por el delito serán en cierta forma más efectivos. Respecto a estas dos últimas obligaciones, se presentarán problemas en la medida en que su control supone que los órganos competentes cuenten con el personal y material necesario.

En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general, por ejemplo, en caso de delitos sexuales “observar buena conducta”, “no tener trato sexual con menores”, “no frecuentar cantinas ni lugares inmorales”, “evitar malas compañías”; en caso de lesiones culposas: “manejar (vehículos) con prudencia”, “observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito”. En nuestra opinión, el juez debe abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer deberes en el sentido de los dados en ejemplo por el legislador y que, además ser adecuados para impulsar al condenado a comportarse debidamente, sean de fácil y práctico control.

El control es, conforme el Código, de la competencia del juez que condena. En la práctica, estará a cargo de la policía. Esta, como muy bien dijo Abastos, es la menos indicada para tales menesteres 28. Hubiera sido mejor que se prevea un sistema ad hoc de control. Si no se conservó el patronato, se le debió remplazar por otra institución. Este control podría haber estado a cargo de un juez de ejecución de sentencias.

2.- EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE BUENA CONDUCTA.

Durante el período de prueba el sentenciado debe comportarse bien; pero no es necesario que tenga una conducta intachable. La ley prevé los mismos efectos para el incumplimiento de las reglas de conducta y para la comisión de un nuevo delito durante el periodo de prueba (arts. 59 y 65). La redacción del art. 65 es defectuosa en la medida en que no corresponde a la manera como ha sido concebida la reserva del fallo.

El incumplimiento de estas exigencias no implica la revocación automática de la suspensión de la ejecución de la pena. Así lo disponía, por el contrario, el Código derogado respecto a la condena condicional (art. 56). Sin embargo, en la nueva regulación sólo se prevé que el condenado sea advertido por el juez que de persistir en infringir las reglas de conducta se tomarán medidas en su contra. Por tanto, debe considerarse que la regulación del art. 59, así como del art. 65, se inspira en la idea que el juez debe proceder de manera gradual en la determinación de esos efectos. En principio y tratándose, en general, de violaciones simples a las reglas de conducta, el juez deberá, primero, amonestar al infractor. Esta amonestación servirá de advertencia para las medidas más graves consistentes en la prórroga del periodo de suspensión o la revocación de la suspensión.

La amonestación (art. 59), denominada advertencia en el art. 65, consiste en la notificación por la que se reprende al condenado por el incumplimiento de las reglas de conducta y se le advierte de las consecuencias si persiste en hacerlo. Debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con (p. 252) los deberes que se le han impuesto. Con este objeto, debe ser personal; lo que no supone necesariamente que se haga oralmente y en presencia del condenado. Teniendo en cuenta las circunstancias concretas, esta amonestación se hará por escrito y cuidando que llegue a conocimiento del interesado. El riesgo es que esta medida se reduzca a una simple formalidad consistente en dejar constancia en el expediente respectivo.

La prórroga del periodo de prueba constituye una medida grave que sólo debe adoptarse de ser necesaria. El fundamento no sólo debe ser de carácter represivo, sino sobre todo preventivo especial. De acuerdo a la finalidad de los deberes que se impongan, el juez debe llegar al convencimiento que la prórroga es necesaria para “la rehabilitación social del agente”. Dada la gravedad de la medida, el legislador ha limitado el poder del juez estableciendo que la prórroga no puede superar la mitad del plazo inicialmente fijado y, en ningún caso, la suma de ambos puede sobrepasar el límite de tres años (arts. 59 y 65, número 2 en ambos). Este límite es, por tanto, el máximo absoluto de la duración del periodo de prueba. Por ningún motivo, se deberá imponer un plazo mayor.

Tanto la amonestación como la prórroga del periodo de prueba son medidas que no afectan el mantenimiento de la suspensión de la ejecución de la pena o de la reserva del fallo. La primera tiende al logro de su mejor ejecución y, por tanto, de sus fines. La segunda se orienta, de un lado, a corregir el primer plazo en consideración a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (revelada por el incumplimiento de las reglas) y, de otro lado, a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción.

La revocación, por el contrario, es una medida relativa al mantenimiento mismo de la suspensión de la ejecución de la pena. Es una constatación del fracaso y, en consecuencia, un mandato para que se haga efectiva la privación de libertad. Esta diferencia y sus distintos fundamentos imponían su regulación en disposiciones diferentes.

Para la revocación no basta, como sucede en la amonestación y la prórroga del periodo de prueba, que el agente incumpla las reglas de conducta o fuera condenado por otro delito. Según los art. 60 (“condenado por la comisión de un nuevo delito doloso”) y 66 (“cometa un nuevo delito doloso”), es indispensable que sea responsable de un (p. 253) delito doloso y que le sea impuesta, en razón de esta infracción, una pena privativa de libertad superior de tres años. De manera más clara en el art. 66, se dispone que el agente debe ser “condenado [por el nuevo delito] a pena privativa de libertad...”, en lugar de la defectuosa redacción del art. 60, en el que se establece:

“condenado por delito... cuya pena privativa de libertad sea superior...”. Esta disposición lleva a confusión, en la medida en que hace pensar que se está aludiendo a la pena que merece el delito y no a la que se impone al agente por haberlo cometido. El texto legal dice “por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años”. “Cuya pena” no debe comprenderse como la pena del delito, fijada en la disposición legal; sino la que, mediante individualización, se imponga al agente por haber cometido dicho delito doloso. La restricción a los casos de condenas por delito doloso es correcta en la medida en que el agente, en estos casos, pone más en evidencia una actitud contraria al orden jurídico que en los delitos culposos y más aún que en las meras faltas. Nadie está libre de provocar un perjuicio por una imprevisión culpable y por más grave que sea la pena, ésta no revela generalmente una falta de integración social.

La revocación tiene el efecto de hacer efectiva la pena suspendida. Esta será ejecutada junto con la nueva pena impuesta por el delito doloso que da lugar a la revocación. Esto significa, primero, que no se puede conceder la suspensión de la ejecución respecto a esta segunda pena, a pesar que no sobrepasa el límite de cuatro años fijado en el art. 57. Esto se explica por el hecho que la revocación es el efecto extremo del fracaso del periodo de prueba. Sin embargo, hubiera sido más coherente que ambos límites coincidieran (como en el caso de la reserva de fallo); es decir que la segunda condena debería ser a una pena no superior a cuatro años en lugar de tres. La justificación se encuentra en que la revocación será decretada aun cuando el agente haya cumplido con los deberes que se le impusieron. Además, no se da al juez la libertad de decidir, de acuerdo con las circunstancias del caso, si es o no conveniente revocar la suspensión.

En relación con la reserva del fallo, se presenta una situación peculiar. Aun cuando este medio de reacción penal consiste en la no imposición condicional de la pena al procesado culpable, en el art. 66, se habla de revocación del “régimen de prueba”, en lugar de revocación de la reserva del fallo. Además, de manera igualmente incorrecta, se (p. 254) hace referencia a “si no hubiera tenido lugar el régimen de prueba”. Este periodo de prueba tiene lugar siempre y no puede ser revocado. Lo que realmente sucede es

que deja de tener sentido desde que el sentenciado comete un delito doloso. Circunstancia que obliga al juez a pronunciarse sobre si deja sin efecto la reserva del fallo. De acuerdo con el art. 66, el juez tiene, de un lado, la facultad de revocarla o no cuando la pena a imponerse por el segundo delito es menor de tres años y, de otro lado, la obligación de hacerlo cuando la pena “exceda de este límite”. Esta fórmula muestra que el término “superior” empleado en lugar de “menor” constituye un error en relación con la primera hipótesis. Las penas mayores de tres años exceden necesariamente este límite. La revocación de la reserva del fallo decretada en ambos casos “determina la aplicación de la pena” (art. 66, segundo párrafo, in fine).

3.- INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

La persona que ha sido beneficiada con la suspensión de aquella pena que le privaba de su libertad, está obligada a cumplir con determinadas reglas de conducta durante un periodo de tiempo (plazo de prueba), todo ello está señalado en la respectiva sentencia emitida por el juez, pero, ¿qué pasaría si aquél procesado incumple con aquellas reglas de conducta o cuando vuelve a delinquir? ¿Seguirá beneficiándose con la suspensión? En el presente capítulo explicaremos como funciona en el Perú la suspensión de la pena ante el incumplimiento de las reglas de conducta.

Cuando se da el incumplimiento de las exigencias señaladas, esto no genera una revocación automática de la suspensión de la pena, como señalaba el código anterior ya que nuestra regulación actual se inspira en la idea que el juez debe proceder de manera gradual en la determinación de esos efectos.

Jaén Vallejo, Manuel en su libro suspensión y libertad condicional cita el encuentro de México realizado en el 2001 en la cual se acordó lo siguiente principio:

"Los efectos del fracaso de la puesta a prueba, constitutiva de la suspensión del pronunciamiento y de la ejecución de la pena, deben ser proporcionados al incumplimiento incurrido por el sentenciado. Debe evitarse la revocación automática ante cualquier violación cometida por este. Las medidas deben

ser progresivas: comenzar con una advertencia o amonestación en caso de incumplimiento repetido; continuar con la prolongación del plazo de prueba cuando la violación es grave o persistente, revocar solo en caso de la comisión de nuevo delito doloso.

Nuestro Código Penal Vigente, señala en el artículo 59 las mismas prerrogativas acordadas en la convención de México que deberán gozar los sentenciados (decimos que gozará ya que la revocación de la suspensión no se podrá de forma inmediata)

Así el artículo 59 del Código Penal Peruano de 1991 señala:

Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos:

- 1. Amonestar al infractor;**
- 2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de 3 años; o,**
- 3. Revocar la suspensión de la pena.**

Este artículo nos dice que si el procesado no acata las reglas de conductas impuestas, el juez tiene la facultad de advertir, aumentar el plazo de prueba o revocar la suspensión de la pena, las medidas ha aplicar deberán ser evaluadas por el juez, quien deberá considerar los supuestos incumplidos que señala el artículo 58 del CP.

3.1 Amonestación

La amonestación se da cuando el infractor es llamado por el juez a que se presente en sede del juzgado, para que le advierta las consecuencias que pueden generar su incumplimiento en el periodo de prueba, aquí se da una amonestación de forma oral y personal; pero también el infractor puede ser notificado por el juez, aquí se da una amonestación por escrito y se cuidará que dicha documento llegué a conocimiento del interesado, esta notificación

judicial deberá contener aquella advertencia que se daría en sede judicial al sentenciado. Ambas formas tienen como objeto intimidar a la persona, para que no siga cometiendo determinados comportamientos que lo llevarían a perder esa prerrogativa de la cual goza (suspensión de la pena). El riesgo es de que esta medida se reduzca a una simple formalidad consistente en dejar constancia en el expediente respectivo[8] En otras palabras lo que se teme es que con aquella advertencia que no es generadora de consecuencias y el tan solo hecho que sea incorporado al expediente no se logre ningún cambio de comportamiento por parte del infractor.

3.2 Prórroga del plazo de prueba

Esta clase de medida es considerada como grave y que tan solo puede adoptarse de ser necesaria (casos excepcionales donde se de el constante incumplimiento de reglas de conducta por parte del sentenciado). No solo se fundamenta en el carácter represivo que pueda ejercer el poder del Estado ante a una persona, sino también tiene un fundamento preventivo, ya que con esta medida a imponer se busca que el infractor no vuelva a cometer a cometer un nuevo delito, ya que como se ve aquel sentenciado está retando al ordenamiento jurídico incumpliendo reglas de conducta, esa actitud lo llevaría a cometer un delito es decir a que una de sus conductas sean típicas.

Los legisladores han limitado el poder del juez determinando que solo podrán imponer aquella prórroga hasta la mitad del plazo inicialmente fijado y que en ninguno de los casos la suma de ambos podrá ser mayor a 3 años, esta cantidad de años es lo máximo que puede durar el periodo de prueba, ante esto los jueces deberán respetar dicha normativa y no podrán imponer un plazo mayor a lo señalado.

Como señalamos en el capítulo primero el juez establecerá en la sentencia el plazo de suspensión la misma que deberá estar en los límites de uno a tres años,[9] dependiendo de la gravedad de la pena que se haya sustituido, sabiendo esto daremos algunos ejemplos prácticos para el mejor entendimiento del periodo de prueba que deberá cumplir el sentenciado.

4.- LA REVOCACIÓN DE LA SUSPENSIÓN

Es la sanción más severa, por la cual su uso debe ser excepcional y después que se hayan aplicado las sanciones precedentes como son la amonestación o la prórroga del plazo de prueba.

Para revocar la suspensión de la pena, no nos debemos basar tan solo, en el incumplimiento de determinadas reglas de conducta o la comisión de un nuevo delito.

Artículo 60 del Código Penal Peruano de 1991:

La suspensión será revocada si dentro del plazo de prueba, el agente es condenado por la comisión de un nuevo delito doloso cuya pena privativa de libertad sea superior a tres años; en cuyo caso se ejecutará la pena suspendida condicionalmente y la que corresponda por el segundo hecho punible.

Para la revocación no puede bastar con una denuncia por la comisión de un delito contra el liberado, ni con la apertura de un atestado, sino que es necesario que se dicte sentencia firme, porque solo entonces se destruirá totalmente la presunción de inocencia que le asiste a aquél.[11] Varios autores señalan que la revocación de la suspensión se dará cuando la persona cometa un nuevo delito; dejando puerta abierta así para interpretar si se trata de un comportamiento que se presume que es un delito y este delito puede ser doloso o culposos y para constatarlo se encuentra en proceso judicial, o hablamos de una simple denuncia.

Nuestro ordenamiento jurídico especifica que deberá de tratarse no solo de una sentencia dada ante la comisión de un delito sino que este delito tiene que haber sido cometido de manera dolosa. Además señala que el agente deberá recibir una condena privativa de libertad mayor a tres años para revocar la suspensión.

El sentenciado deberá cumplir con aquella pena privativa de libertad que fue suspendida y también con la pena privativa de libertad impuesta en la nueva sentencia por la comisión de un delito doloso.

Siguiendo los ejemplos 1 y 2, la pena privativa de libertad suspendida era de 3 años. En el periodo de prueba Walter comete un delito doloso, de la cual recibe 5 años de pena privativa de libertad. Ante este hecho, la suspensión será revocada, teniendo Walter que cumplir los 3 años de aquella pena que le privaba de su libertad, independientemente del cumplimiento de la nueva pena (5 años).

5.- PERIODO DE PRUEBA.

5.1.- Duración

El procesado, además de merecer por sus características personales la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo, es indispensable que no las desmerezca con su comportamiento posterior a la sentencia. En los arts. 57, último párrafo, y 62, se estatuye que el plazo de prueba podrá durar entre uno y tres años. En el caso de la reserva del fallo, este plazo comienza a correr desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada (art. 62, in fine). Respecto a la suspensión, ante el silencio justificado de la ley, se comprende que la suspensión es efectiva desde el momento en que es decretada. (p. 251)

Tanto por la menor duración del plazo como por su flexibilidad, el art. 57 es más acertado que el art. 55 del Código derogado, en el que se establecía el plazo fijo y único de cinco años. Ahora, el juez, según la personalidad del condenado y las circunstancias del caso particular, individualizará su duración entre el mínimo de un año y el máximo de tres. El criterio flexible adoptado es conforme a la orientación de la legislación extranjera. De esta manera, nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para que determine la duración del plazo de prueba en cada caso particular. Así, se respetan mejor sus fines al tenerse como factor decisivo el aspecto personal del condenado.

6.- ACUERDO N° 1-2017-SPS-CSJLL

ACUERDO DE JUECES TITULARES DE LAS SALAS PENALES SUPERIORES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD

1. Tema: Computo del plazo de ejecución de la pena privativa de libertad suspendida.

2. Base legal: Artículo 418.1° del CPP: El recurso de apelación tendrá efecto suspensivo contra las sentencias.

3. Base jurisprudencial: STC N° 2696-2004-HC/TC, caso Juan Rodolfo Wong Perone del 28/12/2004: establece como regla expresa que el plazo se debe computar desde que la sentencia adquirió la calidad de cosa juzgada.

4. Fundamentación: No existe en el ordenamiento jurídico procesal penal o sustantivo peruano una regla de derecho expresa e inequívoca sobre este asunto. Incluso las reglas de derecho existentes son contrarias entre sí; los artículos 402° y 412° frente al artículo 418° del CPP. El mandato constitucional es que frente al vacío o deficiencia (antinomia) por indeterminación del derecho debe disolverse por medio de los principios generales del derecho (artículo 139.8° de la Constitución). Considerando los principios de prohibición de ejecución de pena en forma distinta de la ordenada por ley expresa (Artículo VI del Título Preliminar del CP), el principio de reserva de ley, el principio de concordancia constitucional y concordancia práctica, así como los principios de favorabilidad y presunción de inocencia.

El sistema suspensivo de ejecución de la pena es el más razonable. Ya que si el legislador no ha previsto una forma de ejecución y ha prohibido que se ejecute en forma distinta de la ordenada por aquél, entonces debe ser firme para ejecutarse, conforme a lo previsto en el artículo 418° del CPP. La figura más parecida analógicamente es la reserva de fallo condenatorio y a ella el CP le exige firmeza.

5. Acuerdo: El inicio del cómputo del plazo de ejecución de la sentencia con pena privativa de libertad suspendida, (artículo 57° del CP), que impone al condenado reglas de conducta (artículo 58° del CP), se efectuará desde que la sentencia condenatoria se encuentra firme, por consentimiento o ejecutoriedad; por consiguiente las reglas de conducta serán exigibles, bajo apercibimiento legal (artículo 59° del CP).

Se recomienda a los Jueces Penales de primera instancia que en la sentencia condenatoria a pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, se consigne expresamente que el inicio del cómputo del plazo y el cumplimiento de las reglas de conducta será desde que tiene la calidad de firme, sin perjuicio de cumplirse las reglas de comparecencia que estén vigentes, invocando los fundamentos expresados para mayor garantía de justificación.

6. Difusión: Publíquese el presente Acuerdo en el diario oficial del distrito judicial y comuníquese a los Jueces Penales de primera instancia, al Ministerio Público, la Defensoría Pública, el Colegio de Abogados de La Libertad y las Facultades de Derecho de la ciudad de Trujillo.-

CAPITULO IV

LA POLÍTICA PENAL PERUANA:

TENDENCIAS Y EFECTOS EN POLÍTICA PENITENCIARIA

Un aspecto central de la temática penal es el sistema de penas que se adopta y sobre todo el monto y modalidad que caracterizan a dichas sanciones según los tipos penales, lo que nos lleva a la necesidad de revisar algunos aspectos sobre la variedad de penas y sus fines, así como las políticas de sobrecriminalización y neocriminalización que se vienen dando en los últimos lustros, entre otras, que corresponden a las funciones del Poder Legislativo pero también al Ejecutivo, fenómenos que repercuten en las acciones de la ejecución penal y en general en la política penitenciaria.

1. LAS PENAS Y SUS FINES

La legislación penal, en cada caso, estipula una variedad de penas para sancionar a los delincuentes, sin embargo de todas ellas la pena privativa de la libertad es la que genera mayores debates y problemas, sobre todo en el ámbito de su ejecución.

a. Noción de pena y tipos de sanción

La Pena es la privación o restricción temporal y a veces la eliminación de algunos derechos, que se impone conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competentes al culpable de una infracción penal. Los derechos o bienes jurídicos eliminados pueden ser la vida, y los privados o restringidos pueden ser la libertad, la propiedad, entre otros. En nuestro actual Código Penal de 1991 (Art.28 y s.s.), se estipulan las siguientes penas.

- Pena Privativa de Libertad que puede ser:

- Temporal, de 2 días a 35 años, y
- Cadena perpetua,

- Penas Restrictivas de Libertad, que son:

- La expatriación (tratándose de nacional)

- La expulsión del país (para extranjeros)
- Penas Limitativas de Derechos, que son:
 - Prestación de servicios a la comunidad
 - Limitación de días libres, e
 - Inhabilitación
 - Pena de Multa.

Como se puede apreciar, el Código penal estipula, aunque por modificación posterior, dos modalidades de pena privativa de libertad: una temporal y otra perpetua, cuyo cumplimiento, conjuntamente con las penas limitativas de derechos, queda bajo jurisdicción del Instituto Nacional Penitenciario.

Actualmente la sanción penal más empleada es la pena privativa y/o restrictiva de libertad que se ejecuta en una prisión o bajo ciertas condiciones especiales. Sin embargo la cárcel, desde mucho tiempo atrás, ha tenido críticos radicales; al respecto, según informe de Roberto Pettinato (1968) y reseña de Pascual Meneu, ya en el Segundo Congreso Internacional de Criminología celebrado en 1950, el criminólogo sueco Olof Kinberg, planteó que las cárceles constituían instituciones delictógenas, y con él diversos estudiosos han venido reiterando el carácter criminógeno de la prisión. Muchos centros de reclusión son instituciones que en vez de resocializar desocializan, especialmente a los delincuentes primarios y menos avezados. La prisión tradicional sólo cumple, en la mayoría de casos, el papel de "archivo de delincuentes". No obstante éstas y otras objeciones a las cárceles, éstas subsisten con pequeños cambios.

En nuestra realidad nacional centros penales como "Luriganchó", "Cantogrande", "Cachiche", entre otros, constituyen lugares subhumanos que deberían abolirse. Precisamente hace casi sesenta años atrás³⁶, y todavía es real que esta crisis está en pleno clímax y sin solución, lo que ha generado una amplia gama de estudios hasta nuestros días³⁷, que han

³⁶ Mariano Ruiz Funes (1949) escribió un libro titulado La Crisis de la Prisión,

³⁷ Morris, 1981; Sanz Mulas, 2000

seguido adicionando críticas desde nuevas y diversas perspectivas. De ello se puede deducir que la obsolescencia de las cárceles cerradas hace imperiosa su revisión total, siendo necesarias medidas drásticas para hundirlas en el pasado como a una institución que cumplió ya su papel histórico, reduciéndola a su mínima expresión y considerar el desarrollo intensivo de otras alternativas con énfasis en los regímenes abiertos, semi-institucionales, libres y otras variedades³⁸.

Dentro de esta línea de ideas están Las Reglas Mínimas de las Naciones sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (**Reglas de Tokio**), que contienen una serie de principios básicos que promueven la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

b. Fines de la pena

En general, desde las distintas vertientes actuales de las ciencias penales se atribuye a la pena una función retributiva por parte de las teorías absolutas, y sobre todo funciones de prevención general y de prevención particular por las teorías relativas. Las mismas que se sintetizan en tres grandes fines: retributivo, preventivo general y resocializador, con algunas variantes³⁹.

1) Finalidad Retributiva

Para el retribucionismo: Bustos (1982, p.154), "la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho"; el mismo que debe estar de acuerdo y ser proporcional a la culpabilidad del reo. La pena desde este punto de vista es sancionadora y a veces talional, como en el caso de la pena de muerte. Para algunos autores, las doctrinas absolutas miran a la pena como un fin en sí mismo, siendo sus fundamentos muy variados, desde la retribución divina (Stahl), retribución moral (Kant), retribución jurídica(Hegel), retribución vindicativa(Duhring) o expiatoria(Kohler). Sin embargo debemos considerar que dicho carácter retributivo de la pena no sólo afecta al delincuente, si no que sus efectos se extienden hacia los familiares cercanos del penado, como son el cónyuge,

³⁸ (Rico, 1981; García Valdez, 1995; Sanz Mulas, 2000)

³⁹ (Bacigalupo, 1989; Cury, 1994; Serrano-Piedecabras, 1999)

hijos, ascendientes, en los que de hecho se producen repercusiones económicas como psicosociales negativas de diversa magnitud. Además hay que anotar que actualmente este fin es muy cuestionado, y como afirma Terradillos (1981, p.132), citando a Antolisei "La idea de que la pena debe ser exclusivamente un mal para el que la sufre está definitivamente muerta y no es susceptible de apologías, sino acreedora de elegías". No obstante debemos anotar que posiciones neoretribucionistas existen en los últimos tiempos, y fácticamente se manifiestan en las penas privativas de libertad y en la experiencia del encarcelamiento.

2) Finalidad de Prevención General

Dentro de las teorías relativas de la pena, se habla del fin preventivo general, vinculado más con el para qué de la pena. Según anota Bustos (1982) esta tesis ha sido sustentada por Bentham, Schopenhauer y Feuerbach, aunque es a Anselmo Feuerbach a quien se le asigna la especial paternidad de esta posición. Se considera que la pena pretende un objetivo de prevención general del crimen, actuando sobre la colectividad a través de los caracteres "intimidatorio" y "ejemplificador" que se le asigna. En todo caso en esta tesis está inmersa la utilización del miedo para prevenir la comisión del delito. Actualmente se tiende a denominar a esta tendencia bajo el rótulo de **prevención general negativa** o prevención intimidatoria

a) La Intimidación

El hecho de que exista una norma penal que amenaza con una sanción si se comete determinado delito, constituye el fondo de la intimidación, lo que serviría de contención frente a los sentimientos delictivos que existe en parte de la población, que ante tal amenaza legal se inhibirían de cometer algún delito. Sin embargo existen fuertes objeciones sobre la importancia intimidante de la pena al afirmarse que no tendría ningún efecto real. Esto se ha debatido bastante en el caso de la pena de muerte, y se considera que si la intimidación tiene algún efecto, la simple existencia de dicha sanción evitaría la comisión de delitos castigados con pena tan grave, pero ello no siempre es así, ya que en los hechos el número de estos delitos se mantiene constante. A la inversa, otros autores creen que la intimidación si juega un papel real de contención del crimen. Nosotros en particular afirmamos que

ella alcanza una influencia relativa en función de diversas condiciones, como el tipo de personalidad, las condiciones económico-sociales y el proceso de ideologización, entre otras circunstancias. Planteamientos similares argumenta Hans von Hentig (1968).

La intimidación no es una amenaza para todas las diversas personalidades existentes en la población general. Posiblemente constituya alguna forma de presión significativa en los grupos más socializados, estables y menos osados o más temerosos. Pero tiene menos efecto en cierto tipo de personalidades impulsivas, violentas, menos socializadas, con trastornos de personalidad (disociales), habituados al delito, entre otros. Esto significa que realmente la intimidación legal no posee efectividad suficiente para prevenir el crimen, en el sector de la población que tiene más riesgo de delinquir.

También hay que considerar que determinadas circunstancias económico-sociales tienen mayor "fuerza" en la génesis de los hechos delictivos, que la pasiva amenaza de la ley penal. Esto debemos comprenderlo criminológicamente en el sentido que dentro de los factores socio-psico-biológicos del acto criminal, juegan un papel de primera magnitud las condiciones económico-sociales, que empujan a ciertas personas o grupos hacia el delito y que la simple intimidación legal no es un medio adecuado para modificar o atenuar las condiciones de la realidad. En otros términos, entre la amenaza penal y la fuerza real de los hechos o necesidades económico-sociales, éstos alcanzan mayor importancia en la génesis de la criminalidad.

También ciertas conductas, sobre todo los delitos político sociales, son producto de la ideologización, que tiene mayor impacto en la génesis de esos hechos y otras conductas delictivas, aún frente al claro conocimiento "intimidatorio" de la pena. Esto tiene sus pruebas irrefutables en la experiencia histórica, en que las revoluciones de todos los signos no han sido detenidas con la amenaza legal, ni con la dureza de la aplicación efectiva de la pena. Incluso determinados movimientos religiosos en sus etapas iniciales, no obstante la persecución que sufrían, no lograron ser

detenidos en su crecimiento. En todos estos casos hay mecanismos de ideologización, que las leyes y el factor intimidación que ellas tienen no son suficientes para contenerlas.

b) La Ejemplaridad

Las sanciones que aplica el Poder Judicial ante los delitos cometidos constituyen a su vez, manifestaciones de la ejemplaridad de la pena, al mostrar al público que frente a la comisión de los delitos se aplica efectivamente tal o cual sanción. En este caso también existen voces que niegan el valor de la ejemplaridad y también razones en pro de su eficacia. Nosotros creemos que, al igual que en el caso de la intimidación, se pueden dar los mismos argumentos, ya que también juegan papel importante los aspectos de personalidad, los económico sociales e ideológicos, entre otros.

Frente a la prevención general negativa que hemos visto sucintamente, se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo pasado, la llamada **Prevención General Positiva** o prevención general estabilizadora o integradora que no busca intimidar al delincuente potencial(Mir, 1998), si-no más bien afirmar la conciencia social de la norma o activar los “mecanismos valorativos de autocontrol” (Serrano-Pie de casas, 1999, p.66) o como dicen Berdugo, Zúñiga y otros (2001, p.28), esta prevención "busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho, provocar una actitud de respeto por el Derecho", y se dirige a toda la comunidad tratando de inhibir la realización de conductas delictivas, mediante la internalización del sentimiento jurídico de la comunidad, tesis que desde nuestro punto de vista es realmente especulativa y carente de sustento real, en la que también se obvian la multiplicidad de personalidades y otras variables. Asimismo también es cuestionada por Muñoz Conde por considerarla una “imposición mediante la coacción de la pena de una adhesión interna de los ciudadanos a los valores jurídicos.

3) Finalidad Resocializador:

También se argumenta que la pena tiene un propósito resocializador y que en el lenguaje de los penalistas equivale a la prevención especial, esto es reformar al condenado para evitar su reincidencia.

El tema de la resocialización no tiene, según Borja Mapelli (1983), una fundamentación unívoca, existiendo diversas teorías que él las separa en tres grandes grupos:

- a) Teorías orientadas hacia el delincuente exclusivamente: En las que se hallan algunas corrientes que no analizan el sistema penal y se inclinan a estudiar al delincuente como a un ser con ciertas limitaciones somáticas, psíquicas o sociales.
- b) Tesis que consideran a la Sociedad que castiga como Objeto de resocialización: Estipulan que las acciones deben orientarse en primer lugar a manejar los factores delictivos de la sociedad, y en segundo lugar a la problemática del delincuente.
- c) Teorías que toman como Objeto de resocialización el conflicto Hombre-Sociedad. Considera que el delito no sólo es responsabilidad del criminal, sino también de la comunidad en que se desenvuelve. Se conocen las tendencias siguientes: a. Resocialización legal, b. Teorías de las expectativas, y c. Terapia social emancipadora.

Borja: conceptúa a la "resocialización como un principio fundamental de humanización de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad en virtud del cual éstas deben adaptarse a las condiciones generales de vida en sociedad (principio de atenuación) y contrarrestar las consecuencias dañinas de la privación de libertad (principio de nil nocere)".

Sin embargo, si bien existe toda una tradición orientada hacia la resocialización, existió también otra vertiente tradicional que sobre la base de diversos argumentos cuestionó dicho propósito desde mucho tiempo atrás, y una de las más antiguas objeciones se basó en la supuesta existencia de delincuentes incorregibles, y para ello generalmente recurrieron a tres argumentos:

- Uno fundado en el supuesto de que existen delincuentes natos, sobre todo en base a la teoría de Lombroso, que alcanzó en su época amplia

aceptación, por lo que dicho cuestionamiento parecía valedero. Sin embargo los estudios posteriores han puesto en crisis dicha teoría y prácticamente ha sido sepultada por el peso de la argumentación científica del siglo XX, y creemos que recurrir a tal teoría en nuestros días, denota realmente una falta de información criminológica contemporánea mínima.

□ Otro, basado en los casos de criminales con trastornos de personalidad (llamados en esos años psicópatas). Desde la tesis del criminal psicópata, surgieron opiniones que supuestamente avalaban la existencia de un delincuente incorregible, sobre todo bajo la influencia del psiquiatra alemán Kurt Schneider (1965), quien afirmó que dicho trastorno era constitucional, que se nacía psicópata y siendo así no era modificable. Precisamente algunas de estas personas ingresan con facilidad en el campo del crimen, y si no son modificables la pena no tendría con ellos ninguna posibilidad readaptadora. Sobre el particular, estudios posteriores, como los de Mc Cord (1966) y Hans Eysenck (1976), indican que este problema no puede ligarse exclusivamente con aspectos constitucionales, sino que el factor medio ambiente tiene también gran importancia. Además se ha observado que muchas de estas personas llegadas a la etapa adulta disminuyen su trastorno. Considerando tales hechos hay la posibilidad de influir sobre la conducta de estas personalidades anormales.

□ Un tercer argumento basado en la experiencia, que nos muestra criminales habituados al delito, "delincuentes residuales" que ingresan a la cárcel tres o más veces, sin que muestren cambios positivos, persistiendo en su carrera delictiva. Esto significaría que en ellos no hacen efecto las medidas de resocialización y que por tanto son incorregibles. Aparentemente este razonamiento es válido, pero ello supone que realmente las cárceles están llevando adelante procedimientos de readaptación científicos y humanos. Sin embargo lo paradójico es que en los hechos, en la realidad cotidiana de nuestras prisiones, no existe ni ha existido una práctica de resocialización efectiva, más bien es notorio y público que en tales centros los reclusos están sometidos a un clima de violencia variada, desde la violencia física entre los mismos internos o la proveniente de los carceleros, hasta la injusticia en el trato, en la sub alimentación, en el deterioro de su salud, entre otros.

Asimismo la existencia de una corrupción materializada en el tráfico de drogas, alcohol, fugas mediante sobornos y otros tantos hechos. Todo ello, incluso para la mente más simple, no puede entenderse como acciones de readaptación. En consecuencia cómo afirmar que los delincuentes son irrecuperables, si lo que se hace más bien es exacerbar su desadaptación social.

□ El fin resocializador fue puesto en duda también por Eugenio Cuello Calón (1958), en parte con acierto, cuando decía que la pena no siempre tiene dicha finalidad, como la pena de muerte, la multa y la inhabilitación. Asimismo consideró que algunos delincuentes no requerían ser reformados, como los penados por hechos culposos, actos de emoción violenta, grave alteración de la conciencia, entre otros. Sin embargo, dando una acepción extensa al concepto de resocialización y según las diversas medidas de ejecución penal, al ejecutarse las penas se pueden cumplir objetivos de readaptación y no meramente retributivos o de prevención general, excepto la cadena perpetua y la pena capital, en la que evidentemente no es factible pensar en la reforma del condenado. Muchos actos culposos por ejemplo indican cierto grado de imprudencia, de impulsividad o ausencia de respeto a ciertas normas de control social, que merecen ser internalizadas y aceptadas por el infractor. Ideas similares sostiene también el penólogo soviético Struchkov (1985). Esta opinión se basa en las ciencias de la conducta que consideran que nuestra conducta en general es motivada y tiene sus explicaciones, las mismas que conociéndolas se puede actuar sobre ellas para tratar de evitar futuras conductas desviadas.

Actualmente se habla también, frente a la vertiente de la prevención especial positiva (resocializadora) que hemos visto, de una prevención especial negativa.

2. LA POLITICA PENAL DE SOBRECRIMINALIZACIÓN

Desde nuestra perspectiva podemos apreciar que en nuestro país, a lo largo del siglo pasado e inicios del nuevo milenio se aprecia una tendencia constante hacia la agravación de las penas para diversos delitos, así como de configurar nuevas modalidades delictivas, política penal que tiene

especial característica por el aumento de las penas y concomitantemente en el creciente hacinamiento de nuestros establecimientos carcelarios, con el supuesto propósito de disminuir el índice de la delincuencia o evitar su reincidencia.

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

El aumento creciente de las penas en diversos delitos, en los diecisiete años de vigencia del actual código penal peruano de 1991 es bastante notorio, si comparamos las penas o sanciones que estipulaba el primigenio texto, comparada con las penas hoy vigentes. Estos hechos nos llevan a plantear provisionalmente, la necesidad de trastocar dicha política sobrecriminalizadora por una perspectiva menos drástica y de revisión de tales agravantes.

El código penal peruano de 1991 podríamos considerar que surgió como expresión de la influencia del minimalismo penal, corriente influyente en Latinoamérica por esos años. Sin embargo muy pronto se empezó a reformar el código pero bajo una política de mayor penalización que se inició y se mantuvo durante todo el gobierno de Fujimori, tendencia continuada en el gobierno del ex presidente Toledo, y que lamentablemente se sigue en el gobierno actual, lo que prácticamente ha transformado nuestro Código Penal, sobre todo en ciertos delitos, en un texto ultra sancionador.

La actual gestión gubernamental se inició enarbolando una “línea dura”, esto es de mayor dureza en las penas que llegó hasta el planteamiento de la pena capital en casos de violación de menores seguida de muerte, lo que comparado con su anterior gobierno refleja un cambio total, un tránsito de

la despenalización hacia la ultra criminalización, plasmada en su versión más extrema en una política penal de Caín que aboga por la pena de muerte. Lo paradójico está en el hecho de que el presidente García en su primer gobierno implementó más bien una política de despenalización con el propósito de lograr una disminución de la población carcelaria, que en el año de 1985 bordeaba los 20,936 internos en todo el país, mientras que en el mes de marzo de este año estaba cerca a los 43,000 reclusos, cifra que seguirá creciendo mientras se mantenga la misma política penal que prácticamente es totalmente opuesta a la política penitenciaria orientada al logro de la resocialización.

Para tratar de hallar la relación entre el problema crítico cada vez más grave de nuestro sistema penitenciario con la política de mayor dureza en la pena, podemos comparar cual ha sido el nivel de cambio en las penas desde el texto inicial del código penal de 1991 y la actual versión que tiene el texto penal, como consecuencia de las reformas sufridas hasta el presente, y que probablemente si no existe una reconsideración de esta “política penal”, persistirá la tendencia de mayor agravación, no obstante que se ha llegado en diversos casos hasta los topes máximos de pena permitida por la ley vigente.

En un primer cuadro comparativo incluimos, sólo como ejemplo, los delitos comunes más frecuentes y que han sufrido una agravación en las penas y a veces también la ampliación de otras modalidades delictivas que en cierto modo son expresiones de una tendencia neocriminalizadora, pero orientada a su vez por la idea de sancionarla con penas bastante graves. No revisamos pues la totalidad de delitos que han sufrido alguna forma de mayor penalización.

Observando en forma más específica, en primer lugar el delito de secuestro, que es realmente una conducta que genera preocupación y temor en la comunidad potencialmente víctima de este ilícito penal, apreciamos sin embargo que la pena máxima que se señalaba para su modalidad simple era de 4 años de pena privativa de la libertad, pero con la reforma sufrida la pena máxima actualmente es de 30 años de prisión,

habiendo alcanzado realmente un aumento de 26 años más de penalización. Además con las reformas se ha incluido una agravante especial, la misma que se sanciona con la pena de cadena perpetua, basado en una decisión “político criminal” que optó por elevar la sanción en forma exagerada, de tal modo que el condenado con esta pena en el mejor de los casos podría salir a los 35 años de pena efectiva, debido también a que la reforma introducida en dicha sanción permite su revisión a los 35 años de pena cumplida.

En el hurto agravado se pasó de 4 de años de pena privativa de libertad como pena máxima hasta 15 años de sanción, si el agente es jefe o cabecilla, apreciándose un aumento de 11 años más para este caso especial adicionado por la reforma...

Fenómeno similar se aprecia en el delito de robo agravado, que inicialmente merecía una pena máxima no mayor de 8 años de prisión y actualmente el máximo es de 20 años, apreciándose un aumento de 12 años más de pena. Asimismo, en este caso se han agregado agravantes especiales, con penas de hasta 25 años como tope y si se actúa en calidad de integrante de una organización la pena es de cadena perpetua.

La interrogante que nos podemos hacer frente a este aumento de la pena en el delito de robo es ¿Cuál ha sido el sustento para llegar a este nivel de sanción penal?, que fundamentos objetivos avalan esta decisión de recluir de por vida al delincuente, ¿se está tomando en cuenta el principio de proporcionalidad?

Luego de ver parte de esta legislación sobre criminalizadora, nos podemos preguntar, utilizando el lenguaje de los penalistas, ¿Cuál ha sido el sustento político criminal?, qué fundamentos racionales han llevado a este salto progresivo hacia la sobre criminalización que prácticamente en los delitos revisados ha llegado al tope máximo. Sin embargo, el actual gobierno, no obstante tales agravantes, quiso ir más allá y aprobar la pena de muerte, la misma que por una serie de razones no prosperó; pero también podemos preguntarnos cuál es el fundamento racional y equilibrada para esta propuesta, teniendo en cuenta los criterios dominantes en nuestro actual

modelo de derecho penal que se orienta por la prevención del delito, o es que se quiere una política de venganza “porque esos miserables merecen morir”.

No podemos negar que algunas personas piensan que la venganza es una alternativa, sin embargo en nuestro ámbito penal y cultural se considera que tal criterio no es aceptable en el actual desarrollo del Derecho, pero además, como dice recientemente la Federación Iberoamericana de Ombudsman (2007, p.11), en “los países democráticos, la justicia, el Estado de Derecho no persiguen la mera represalia de las conductas punibles, sino su corrección...”.

Si revisamos nuevamente tales figuras delictivas, apreciaremos que los delitos patrimoniales constituyen los mayores volúmenes de criminalidad, los mismos que sin embargo no han disminuido pese a la dura sanción penal. Fenómeno similar se puede advertir en los delitos de violación en general y en la violación de menores, la apreciación del índice delictivo no muestra una disminución al respecto.

Revisando otro ámbito del mismo tema penal, los políticos gestores de estas reformas que muestran especial dureza en los delitos mencionados y en algunos otros, y que pretenden ser los dracones de nuestra sociedad, sin embargo no han demostrado la misma firmeza contra la corrupción, sobre todo en las figuras de los delitos de Concusión, Peculado y Corrupción de Funcionarios Públicos, probablemente porque los autores y/o potenciales autores de estos delitos se hallan precisamente dentro de tales poderes es que han cerrado los ojos ante este problema y se curan en salud sin realizar cambios sustanciales en la penalidad de tales delitos, no obstante que la corrupción constituye una lacra que se manifiesta casi cotidianamente y que afecta al erario público.

Como se puede apreciar en el cuadro comparativo que tiene mayor relación con el problema de la corrupción, vemos que los legisladores ni el Poder Ejecutivo han puesto empeño en tratar de controlar esta lacra social, en la que están comprometidos en parte los políticos y los funcionarios allegados a los partidos políticos que asumen el poder.

Por ejemplo en el delito de Concusión no se ha producido ningún cambio, manteniéndose la misma sanción original. En el delito de peculado cuya pena máxima era de 8 años de prisión, ha tenido en los casos de la figura agravada un aumento a 10 años de pena privativa de libertad, esto muestra que el delincuente que afecta al erario público sólo merece como máximo, si la figura es agravada, sólo 10 años de carcelería, mientras que en el robo agravado, en sus modalidades actuales tienen los máximos de 20 años, 25 años y cadena perpetua. En este caso de condescendencia con el peculado, ¿Cuál es la razón político criminal para no señalar una pena mayor?, ante esta interrogante se pueden intentar varias deducciones.

En el cohecho, art. 393, de 6 años de prisión como máximo se pasa según las modalidades actuales a 8 y 10 años de pena privativa de la libertad.

En el cohecho, art.394, de los 4 años originales de carcelería, se elevó de acuerdo a las modalidades vigentes a 6 y 8 años de privación de libertad como máximo.

En el supuesto del enriquecimiento ilícito, art. 401 del C.P., de la pena máxima original de 10 años, se estipula 18 años de pena privativa de libertad para modalidades adicionadas. En este sólo caso se ha señalado un aumento más significativo, pero aun así muy alejado de las penas fijadas para el robo agravado que llega hasta la cadena perpetua.

En resumen, se observan dos actitudes penalizadoras de quienes se encargan de establecer las leyes y sus reformas, hecho que muestra una actitud selectiva en su decisión sancionadora, lo que merece un análisis mayor que sale de los objetivos de este trabajo

3. LA POLITICA PENAL DE NEOCRIMINALIZACION:

El sub título puede parecer absurdo o carente de fundamento, sin embargo desde la perspectiva del principio de la legalidad, es a partir de la calificación legal de ciertas conductas como delito que recién se considera como ilícito tal comportamiento, el mismo que no es delito antes de tal tipificación. Tesis que bajo otro análisis se explica también, considerando

los estudios de la teoría del “labeling” o etiquetamiento, la misma que señala que lo que se considera delito es una calificación inventada o creada por la sociedad, con la que luego se rotula a aquellos que realizan tal comportamiento, aunque no siempre a todos (Solís, 2004).

Debemos aclarar sin embargo, que nuestro punto de vista no cuestiona la necesidad de que un número variado de conductas que producen daño, riesgo o peligro para la comunidad u otras personas, deba ser objeto de control penal cuando el control social informal no es suficiente para su contención, pero también consideramos que se debe poner más importancia en las políticas sociales de prevención de tales conductas y no recurrir como primera instancia al control penal. Este razonamiento tampoco cuestiona o impide el hecho de que formalmente la ley tipifique delitos, y que algunos puedan ser discutibles y otros innecesarios, pero lo que más sujeto a debate está es probablemente la magnitud de la PENA que se asigna a la comisión del delito.

CONCLUSIONES

- Aquella persona condenada a una pena privativa de libertad, la cual ha sido suspendida, deberá cumplir con ciertas normas impuestas por el juez. Cuando se halla dado un comportamiento positivo por parte del condenado, es decir que este respeta todo lo señalado en aquella sentencia sobre las reglas de conducta y cuando no haya cometido un nuevo delito doloso durante el plazo de prueba, la sentencia que se dio se tomará como olvidada o mejor dicho como si nunca hubiera existido.
- Este beneficio recibido por el procesado se da, porque es la primera vez que comete un delito en toda su vida y este al no ser tan grave, lo hace merecedor de ciertas prerrogativas que señala nuestro ordenamiento jurídico.
- Cuando se da el pleno cumplimiento de las reglas de conducta debemos señalar que la persona ha quedado completamente resocializado, pudiendo así ser aceptada por toda la población y tener una vida normal como la de una persona que nunca delinquir.
- La suspensión de la ejecución de la pena es una forma de tratamiento en régimen de libertad. Ella consiste en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera el sentenciado no ingresa a un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, él queda en libertad pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir.

RECOMENDACIONES

- Debemos entender que la suspensión de la aplicación de una pena de cárcel por parte de un juez trae consigo una serie de reglas que el condenado debe cumplir. Entre ellas, el propio juez suele ordenar el pago de la reparación civil a favor del agraviado. Como toda regla de conducta, su incumplimiento podría generar que el juez revoque la suspensión de la pena y ordene la prisión efectiva, por tanto se pide que los procesados puedan hacer efectivo estas reglas de conducta a fin de no generar la revocación, esto hasta que se lleguen a unificar criterios jurisprudenciales sobre estos casos.
- Los jueces penales deben tener en cuenta que la situación del INPE ha cambiado respecto a que en la actualidad cuenta con entidades receptoras y con la logística adecuada para realizar el seguimiento y control de la ejecución de la pena. En cuanto a la Limitación de Días libres actualmente ya cuenta con personal especializado (psicólogos, educadores).
- El Estado debe aplicar el poder punitivo de manera mesurada, no puede vulnerarse derechos tan primordiales por simples decisiones de los jueces, si bien estos tienen autonomía, deben aplicar la sana crítica antes de remitirse taxativamente a las normas.
- Resulta relevante verificar que los operadores del Sistema Penal Nacional demuestran escasa predilección por el uso funcional de dicho sustitutivo penal. Este último parece estar en relación con el escaso desarrollo teórico que la doctrina nacional ha brindado a la conversión de penas y a la difusión de su función preventivo especial.

BIBLIOGRAFIA

- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. Derecho penal: parte general: teoría del delito y de la pena y las consecuencias jurídicas. Rodhas, Lima, 2007
- García Caveró, Percy. Lecciones de derecho penal: parte general. Grijley, Lima.2008.
- Felipe A. Villavicencio Terreros. Derecho penal: parte general. Grijley,Lima, 2006.
- Prado Saldarriaga, Víctor Roberto. Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios. IDEMSA, Lima, 2010
- Poder Judicial.VI pleno jurisdiccional de las Salas Penales y Transitorias. Poder Judicial,Lima, 2010.
- BARATTA Alejandro. “Integración – Prevención, una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”, En: Doctrina Penal, 1986.
- BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal” Parte General. Segunda Edición. Lima, 2002.
- BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal-Parte General”, Eddili, 4ª edición, Lima, 2008.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. “Derecho Penal – Parte General, Obras Completas”, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2004.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José. “Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal”. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón” Editorial Trotta S.A. Madrid 1998.
- GARCÍA CAVERO, Percy. “Lecciones de Derecho Penal- Parte General”. GRILEY, 2008, Lima.
- HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal- Parte General I”. GRILEY, 2005, Lima.
- JESCHECK, HANS. “Rasgos fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal”. En: La Reforma del derecho penal, Barcelona, 1980.
- CODIGO PENAL, Jurista Editores. edición: julio del 2009, Lima.

ANEXO

**SALA PENAL PERMANENTE CASACIÓN N° 382-2012-LA LIBERTAD
SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, diecisiete de octubre de dos mil trece VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal Superior a cincuenta y cinco, contra la sentencia de vista del catorce de mayo de dos mil doce, que por mayoría, revocó la resolución del veintidós de marzo de dos mil doce, que declaró procedente la conversión de pena solicitada por la defensa del sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara. Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

FUNDAMENTO DE HECHO

I. Del itinerario de la causa en primera instancia

Primero. Mediante sentencia anticipada del quince de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas uno, el Juzgado de Investigación Preparatoria de Trujillo resolvió aprobar el acuerdo provisional de terminación anticipada que arribaron las partes, y condenó a Carlos Raúl Arroyo Guevara como autor del delito de omisión de asistencia familiar, en agravio de Cintia Nicolle Arroyo Nieves, y como tal se le impuso la pena de dos años y seis meses de privación de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, a condición de que cumpla con las reglas de conducta contenidas en la precitada resolución, entre ellas: “Cumplir con el pago de las pensione Milagro [varones], cursándose las requisitorias para la ubicación y captura, y capturado que sea, se disponga el internamiento en el penal antes citado. Ante lo cual la defensa planteó el requerimiento de dejar sin efecto la revocatoria de suspensión de pena, solicitud declarada infundada y apelada por ambos sujetos procesales. Cuarto. Ante dichas impugnaciones, la Primera Sala Penal de Apelaciones de Trujillo, por unanimidad, confirmó el auto que declaró infundada la solicitud de dejar sin efecto la revocatoria de la condicionalidad de pena, dejando a salvo el derecho del imputado apelante en cuanto estime conveniente entablar nueva discusión en el modo y forma de ley, conforme lo dispone el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, con lo cual concluyó las incidencias relativas a la revocatoria de la condicionalidad de pena. Quinto. Sin embargo, el sentenciado Arroyo Guevara, mediante escrito de fojas trece, solicita conversión de pena, argumentando que en ejecución de la pena impuesta la suspensión fue revocada y esta se varió a

efectiva, disponiéndose su ingreso al penal para el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia anticipada. Agrega que posteriormente a la revocatoria de la suspensión de pena, cumplió con cancelar el monto total de los devengados, para lo cual invocó el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, que prescribe que el condenado, según corresponda, podrá plantear ante el Juez de Investigación Preparatoria incidentes relativos a la conversión y revocación de conversión de las penas. Contra el referido auto la defensa del citado condenado formuló recurso de apelación, conforme es de verse a fojas treinta. Este recurso fue concedido mediante resolución del veintiocho de marzo de dos mil doce, obrante a fojas treinta y tres.

II. Del trámite recursal en segunda instancia Sexto. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad por resolución del trece de abril de dos mil doce a fojas treinta y ocho, resuelve correr traslado a las partes procesales por el término de cinco días; cumplido el trámite que su naturaleza corresponde, mediante resolución del dos de mayo de dos mil doce, obrante a fojas cuarenta y dos, resuelve admitir el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declaró improcedente la conversión de pena, señalándose fecha y hora para la audiencia de apelación, la que se concretó, conforme al acta de registro de audiencia de apelación, con la presencia del señor Fiscal Superior y el abogado de la parte condenada, oportunidad en la que se dictó el auto de vista del catorce de mayo de dos mil doce de fojas cuarenta y siete, cuya transcripción corre a fojas setenta, que por mayoría revocó el auto venido en grado; y reformándolo: declararon fundada la solicitud de conversión de pena de dos años y seis meses, en consecuencia: la convirtieron en pena de prestación de servicios a la comunidad en razón de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicio a la comunidad y ello en razón de la cantidad de pena impuesta, que es más de dos años, por lo que no procede pena de multa, para lo cual esta pena de prestación de servicio a la comunidad deberá ser implementada por el juez de ejecución en coordinación con la institución pública correspondiente, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento. El voto en minoría señala que como la discrepancia está referida a la oportunidad de la formulación del requerimiento de la conversión de pena,

se debe considerar que la conversión de pena, conforme las disposiciones contenidas en el Código Penal, es de utilidad práctica cuando se realiza el proceso de ejecución de sentencia, específicamente al momento de determinar la pena, por ello ha precluido la oportunidad de poder efectuar el proceso de conversión y así de esta forma el procesado en condición de condenado acogerse a este instituto jurídico, concluyendo que su voto en discrepancia es porque se confirme la resolución de primera instancia que declaró improcedente la conversión de pena.

III. Del trámite del recurso de casación interpuesto por la Fiscalía Superior Sétimo.

Leído el auto de vista, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación mediante escrito a fojas cincuenta y cinco, introduce dos motivos de casación: a) para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial –inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal-; b) indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación -inciso tres del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal-. Concedido el recurso por auto del trece de junio de dos mil doce a fojas sesenta y siete, se elevó a este Supremo Tribunal para los fines correspondientes. Octavo. Cumplido el trámite de traslado a las partes respectivas, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del treinta de noviembre de dos mil doce a fojas veintiuno - cuaderno de casación-, en uso de sus facultades, declaró bien concedido el recurso interpuesto por el Ministerio Público por la causal “si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesaria para su aplicación”, prevista en el apartado tercero del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, señalando en el considerando tercero, que: i) el representante del Ministerio Público invoca como tema propuesto “la correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efecto de uniformar criterios en la jurisprudencia nacional”, al referir que el hecho de que la norma faculte al Juez de la Investigación Preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar

una conversión de la pena en etapa de ejecución de sentencia, por lo que ha existido una errónea interpretación del ordenamiento penal en general a raíz de una mala aplicación de la interpretación sistemática que intenta dar sustento procesal a una institución perteneciente al Derecho sustantivo, y por tanto, solo modificable por aquel. Noveno. Deliberada la causa en secreto y votada en el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan- se realizará por la Secretaría de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO I.

Del ámbito de la casación Primero. Conforme ha sido establecido en la Ejecutoria Suprema de fojas veintisiete, del once de enero de dos mil doce, el motivo de casación admitido es “la correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena, a efecto de uniformar criterios en la jurisprudencia nacional”, al referir que el hecho que la norma faculte al Juez de la Investigación Preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de la pena en etapa de ejecución de sentencia, por lo que ha existido una errónea interpretación del ordenamiento penal en general, a raíz de una mala aplicación de la interpretación sistemática que intenta dar sustento procesal a una institución perteneciente al Derecho sustantivo, y por tanto, solo modificable por aquel. Segundo. Sobre el particular el señor Fiscal Superior, en su recurso formalizado a fojas cincuenta y cinco, señala lo siguiente: i) la máxima instancia judicial debe uniformizar criterios para la correcta interpretación jurídica de la institución jurídica de conversión de pena; ii) no comparte el criterio de la Sala de Apelaciones, que sostiene que lo estipulado en el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, importa la existencia de una nueva forma de conversión de pena, la misma que tendría una naturaleza procesal, y en mérito a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico penal, se tendría la existencia de dos clases de conversión de pena, una de carácter sustantivo que prevé el artículo cincuenta y dos del Código Penal, que tiene su oportunidad al momento de la individuación o determinación judicial de la pena, y otra de carácter procesal, prevista en el inciso uno del artículo

cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, el cual tiene su oportunidad durante la ejecución de sentencia; iii) discrepa de la interpretación que hace el operador judicial porque considera que es cierto que el artículo invocado prevé la regulación de incidentes relativos a la conversión o revocatoria de la conversión de pena durante la etapa de ejecución, sin embargo, existe una errónea interpretación en cuanto al término “incidente”, ya que por incidente se entiende toda aquella situación suscitada relativa a una institución procesal determinada, situación que se da en toda sentencia condenatoria a ejecutarse, el hecho que se faculte al juez para conocer los temas relativos a incidentes en etapa de ejecución, no hace más que reiterar la función de dicho juez en calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de pena en etapa de ejecución de sentencia; iv) la impugnada da una sustanciación amplia a la figura jurídica de la libertad anticipada, cuya conceptualización es diferente a la institución de conversión de pena, ya que esta última tiene presupuestos distintos a la primera, sostener lo contrario sería desnaturalizar ambas instituciones.

II. Del pronunciamiento de la Sala de Apelación Tercero. El auto de vista impugnado en casación, que revocó la resolución de primera instancia que declaró improcedente la conversión de pena, cuya transcripción obra a fojas setenta, precisa que: a) La Sala ya tiene una posición en mayoría en situaciones similares, de otorgar la libertad en la fórmula de libertad anticipada, sin embargo, el pedido que se hace es a través de la conversión de pena. El Ministerio Público ha dicho que la conversión de la pena se da a nivel de determinación judicial de la pena concreta, según las reglas del Código Penal, para la individualización de la pena, pero también es cierto que a través del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, se ha incorporado la figura de conversión de pena a nivel de ejecución, de tal manera que, haciendo una interpretación sistemática de la leyes penales sustantiva y procesal, existiría una conversión de pena a efecto de determinación de pena concreta, y también existiría una a nivel de ejecución de pena, tal como lo estipula expresa y literalmente el artículo invocado; b) La Sala cita los pronunciamientos de la Primera Sala Penal de Apelaciones, que tiene la práctica de otorgar la libertad anticipada a través de la conversión de pena, criterio que fue abordado por un Pleno de las Salas Superiores Penales, donde se optó por viabilizar los casos de libertad anticipada con reglas de conducta o libertad

anticipada a través de la conversión de pena privativa de libertad, por ello, no se pudo vincular la conversión con los fines de la pena, toda vez que la conversión solicitada se da en el marco de la ejecución de una condena y, por tanto, son otras las consideraciones que se deben evaluar para la procedencia de la conversión de pena en ejecución, y sin duda los criterios para seguir esta línea interpretativa, son aquellas que marcan los principios constitucionales que orientan los fines de las penas; c) En este caso, tenemos a un ciudadano detenido a consecuencia de haber incumplido de manera parcial las reglas de conductas impuestas en sentencia anticipada, por ello el Juzgado decretó la revocatoria de la pena suspendida. El sentenciado tiene otras obligaciones alimenticias, no existiendo información si es reincidente en esta clase de delitos, además que según la Constitución no hay prisión por deudas, salvo los de omisión de asistencia familiar, por ello, la Sala considera que la situación del condenado no resulta compatible con los fines de penas, en tal sentido, mantener en prisión al condenado por el tiempo de la condena revocada, le impediría seguir tutelando el derecho a prestar alimentos a la víctima, lo cual tiene que ver con los fines de la prevención del delito; d) Además, la Sala considera que el delito no es de gravedad y peligrosidad, puesto que el autor con un solo día de carcelería ya puede sentir el efecto intimidatorio de la pena y, por ello, entender el condenado cuál es la consecuencia de omitir el cumplir con deber alimenticio, ya que canceló el íntegro de las pensiones devengadas, y no siendo compatible mantener presa a una persona, ya que atenta con los fines institucionales de las penas, el auto venido en grado debe ser revocado. III. Del motivo casacional. Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial Cuarto. El objeto de análisis para esta Sala Suprema es la necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a la libertad anticipada y la conversión de la pena. Si la primera es un mecanismo procesal previsto en la ley para solicitar una conversión de pena en la etapa de ejecución de sentencia. A. Sobre la conversión de la pena 1. El Código Penal vigente ha considerado cinco modalidades alternativas a la prisión efectiva que son las siguientes: a) sustitución de pena privativa de libertad; b) conversión de pena privativa de libertad; c) suspensión de la ejecución de la pena; d) reserva del fallo condenatorio; e) exención de pena. De las cuales la que tiene mayor aplicación es la suspensión de la ejecución de la pena y en menor grado la reserva del fallo condenatorio, y en un porcentaje casi nulo las

demás medidas alternativas. 2. “El instituto penal de la conversión de pena puede ser definido como la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el caso del Derecho Penal peruano, la posibilidades de conversión de la pena privativa de libertad son dos: conversión en penas de multa o conversión en pena limitativas de derechos de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres” (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Código Penal. Estudios Preliminares referentes al Código Penal. Editorial Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación, página treinta y dos). 3. Para que proceda esta medida alternativa se exige las siguientes condiciones: i) que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda de dos o cuatro años de pena privativa de libertad; y, ii) que, en el caso concreto, como requisito especial exige que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva del fallo condenatorio. 4. El artículo cincuenta y dos del Código Penal es el marco normativo en el cual reposa la conversión de la pena privativa de libertad, precisando dicha norma que en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, o la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por día de multa, siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres. 5. Literalmente la norma señala: “En los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio el juez podrá convertir la pena (...)”. Además, que los tipos de pena sustituidos en la conversión de la pena son: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres y multa. 6. Los artículos cincuenta y tres y cincuenta y cuatro del Código Penal contemplan como causales de revocación de la pena, que el condenado no cumpla en forma injustificada con el pago de multa o de prestación de servicio o con la jornada de limitación de días-libres, lo cual se diferencia de las penas suspendidas o reserva del fallo, que señalan un serie de reglas de conductas impuesta por el juez en la sentencia. B. El momento de la conversión de la pena 1. El artículo cuarenta y seis del Código Penal señala que para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el juez atenderá a la responsabilidad y gravedad del hecho

punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificativas de la responsabilidad, considerando las circunstancias genéricas señaladas en el artículo invocado. A su vez, el último párrafo del artículo cuarenta y siete del Código Penal establece que la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativas de derechos, la detención se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención. Queda claro, entonces, que es de asumir que en la sentencia se deberá fundamentar la razón de la pena a imponer o pena sustitutiva elegida, ya que esta última resulta una medida alternativa de carácter subsidiaria frente a las otras penas que los otros sustitutos alternativos de la pena. Una segunda postura considera que opera también en la fase de ejecución de sentencia. Esta postura señala que apelando a una interpretación sistemática de “todo el capítulo de la conversión de la pena”, lleva a la otra conclusión también jurídica válida y justa, de que su aplicación puede hacerse en fase de ejecución de sentencia; toda vez que el Código Penal no ha contemplado en forma expresa la conversión de penas en la etapa de ejecución, sin embargo, tampoco está prohibida. 5. Desde nuestra perspectiva, la solución al problema se halla en diferenciar las medidas alternativas adoptadas por el Código Penal al momento de su aplicación, lo cual determinará sus efectos durante la fase de ejecución de sentencia. En efecto, al momento de emitir sentencia, el juez valora las circunstancias genéricas que prevén los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, para imponer una medida drástica que es la prisión efectiva, momento en el cual si descarta la condena condicional o la reserva del fallo condenatoria, convencido que la pena concreta a imponer debe ser efectiva, revalorará el pronunciamiento, y optará por las medidas alternativas, esto es, multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. 6. De lo mencionado, es evidente que la actividad realizada para la conversión de pena por el magistrado está referida al momento de la determinación judicial de la pena concreta, ya que en ese momento realiza una actividad estrictamente jurisdiccional y porque en el fallo debe fijarse la pena impuesta y a continuación debe acordarse la conversión. Sostener que se pueda realizar en un momento posterior, implicará que se alteraría la autoridad de cosa juzgada, ya que se emitiría pronunciamiento sobre circunstancias no conocidas al momento que se determinó la pena concreta. 7. Esta interpretación se ampara en que la conversión de pena es una institución

con presupuestos y requisitos preestablecidos porque una de sus funciones es evitar que una persona ingrese a prisión, no sacarla de prisión. 8. Sobre las consideraciones precedentes, se concluye que la conversión de pena opera al momento de la emisión de la sentencia. La razón radica en el tipo de valoración que hace el juez al momento de la determinación judicial de la pena concreta, puesto que al emitir el fallo valora la personalidad del agente y las circunstancias que rodean al hecho punible, para luego de un proceso intelectual, declarar si procede o no la conversión de pena. C. La libertad anticipada 1. La libertad anticipada significa, que el sentenciado a pena privativa de libertad efectiva accede a su libertad antes del cumplimiento de la pena. El inciso tres del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, establece la figura de la libertad anticipada señalando: “Los incidentes relativos a la libertad anticipada, fuera de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional y de la medida de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales, por su importancia, el Juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario, serán resueltos en una audiencia oral, citando a los órganos de prueba que deben informar durante el debate”. La misma norma en comento, invoca la figura de la libertad anticipada como una institución cuyo cauce procedimental se realizará vía incidental y, de otro lado, la distingue de los beneficios penitenciarios. 2. En efecto, no se advierte de la norma procesal los supuestos o causales que habiliten la aplicación de la libertad anticipada, no se encuentran establecidos en el Código Penal, en su Capítulo III, donde regulan los casos de conversión de la pena privativa de libertad, el Capítulo IV hace lo mismo respecto a la suspensión de la ejecución de la pena y el Capítulo V destina sus preceptos al desarrollo de la reserva del fallo condenatorio; del mismo modo, el Título V, del Libro I, del Código sustantivo regula todo lo concerniente a la extinción de la acción penal y de la pena; tampoco alude dicha figura procesal el Código de Ejecución Penal donde establece la operatividad de los beneficios penitenciarios; por consiguiente, la libertad anticipada siendo una figura jurídica de carácter procesal no está regulada en ninguno de los Códigos anteriormente señalados. 3. El artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal en sus respectivos incisos, lo que está haciendo es enumerar las respectivas incidencias [conversión y revocación de la conversión de penas, revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, y

a la extinción o vencimiento de la pena] que modifican una sentencia en ejecución. Por ello, cuando la norma procesal hace la distinción entre libertad anticipada y beneficios penitenciarios, es una de género a especie, donde la libertad anticipada no es otra cosa que la consecuencia o efecto de la aplicación de un beneficio de semilibertad o liberación condicional. 4. Este criterio es el que sigue el Tribunal Constitucional en el expediente número doce guión dos mil diez-PI/TC [considerando noventa y dos], señalando que: “El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presente la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio”. De ahí que aplicar dicha institución de naturaleza procesal solo citada en la norma procesal, desnaturaliza el procedimiento de ejecución de sentencia y con ello instituciones procesales como la conversión de las penas, reserva del fallo condenatorio, suspensión de la pena privativa de libertad y los beneficios penitenciarios, que se encuentran desarrolladas en nuestro ordenamiento jurídico vigente. 5. En tal sentido, el desarrollo de la libertad anticipada debe ser realizada por el Poder Legislativo, deviniendo en irregular su aplicación vía interpretación extensiva del artículo cuatrocientos noventa y uno, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en tanto no exista regulación específica y motivada con fundamentos constitucionales al respecto, para no colisionar con los principios de legalidad, cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva. 6. En la Casación número ciento ochenta y nueve guión dos mil once, se estableció que: “(...) al no estar reglada la libertad anticipada en nuestro ordenamiento jurídico procesal, existe impedimento normativo para que el juez la otorgue; por tanto, si bien existe la necesidad de desarrollar repuestas jurídicas a los casos de petición de libertad anticipada, consideramos que ello debe ser realizado por el Poder Legislativo, por lo que no procede su aplicación en tanto no exista regulación específica motivada con fundamentos constitucionales al respecto, que no colisionen con los derechos constitucionales, referidos al principio de legalidad, de cosa juzgada y tutela jurisdiccional efectiva, previstos en el artículo dos, acápite veinticuatro, inciso d), artículo ciento treinta y nueve, inciso dos y tres de la Constitución Política del Estado, respectivamente”; por consiguiente, no se puede pretender distinguir ahí donde la ley no distingue. IV. Análisis del caso concreto 1. Bajo este marco

jurídico se analiza la materia controvertida, en la cual se advierte que al sentenciado Arroyo Guevara se le revocó la suspensión de ejecución de la pena por incumplimiento de las reglas de conductas; luego interpuso la apelación contra el auto que declaró infundada la solicitud de dejar sin efecto la revocatoria de la condicionalidad, recayendo resolución confirmatoria emitida por la Sala Penal, sin embargo, pretende vía conversión de pena, desnaturalizar la medida alternativa de suspensión de la ejecución de la pena que se le impuso por el término de dos años y seis meses y bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conductas, entre ellas la de cumplir con el pago de las pensiones alimenticias en el modo y forma como se ha acordó. En efecto, este al incumplir dicha regla fue amonestado y al insistir en el incumplimiento del mandato judicial se le prorrogó el plazo de prueba, acto en el cual se dispuso requerirlo para el pago de devengados, bajo apercibimiento de revocatoria de la suspensión de la ejecución de la pena y hacerse efectiva; por lo que al continuar con la renuencia al cumplimiento del emplazamiento judicial, se revocó el régimen de prueba e impuso la pena de dos años con seis meses de pena privativa de libertad efectiva, disponiéndose su internamiento en el establecimiento penal correspondiente, situación que conllevó al sentenciado presentar su solicitud para que se deje sin efecto dicha revocatoria, que fue declarada infundada por el Juez de Investigación Preparatoria y confirmada por la Sala Penal Superior. 2. Luego de denegado el pedido y encontrándose cumpliendo pena efectiva en una cárcel pública, presentó su solicitud de libertad anticipada, para que, vía conversión de pena, se deje sin efecto el auto que revocó la suspensión de la ejecución de pena por prisión efectiva, declarando que con posterioridad cumplió con cancelar el monto total de las pensiones alimenticias devengadas, para lo cual invocó el artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, siendo que el Juzgado de Investigación Preparatoria, declaró improcedente la conversión de pena. Apelado el auto, el Superior Colegiado, por mayoría, revocó dicha resolución y declaró fundada la solicitud de conversión de pena privativa de libertad y ordenó la libertad anticipada del encausado. 3. Que, conforme a lo regulado en los artículos cincuenta y siete y siguientes del Código Penal, la suspensión de ejecución de la pena es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el juez, que se caracteriza fundamentalmente por la suspensión de la ejecución de pena, es decir, de la imposición de la

condena, la suspensión de la pena y el señalamiento de un régimen de prueba bajo reglas de conducta. 4. De allí que, conforme a lo regulado en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal, la suspensión de la pena debe ser revocada si durante su vigencia no se cumple con las reglas de conductas impuestas. En este contexto, el juez procede a condenar al agente y a determinar la aplicación de la pena que corresponde al delito, la misma que debe ejecutarse en sus propios términos. 5. En consecuencia, la revocatoria de la suspensión de ejecución de la pena, que da lugar a una sanción privativa de libertad efectiva, no puede convertirse en otra pena no privativa de libertad, tal supuesto no está previsto en el Código Penal, pues no existe la revocatoria de la revocatoria, que llevaría a que la pena efectiva impuesta a consecuencia de la revocatoria de la suspensión de ejecución de pena, nuevamente se convierta en una medida para obtener la recuperación de la libertad. 6. En efecto, como ha quedado detallado, el condenado incumplió las reglas de conductas impuestas, y por lo tanto, se le revocó la libertad suspendida, imponiéndosele una pena privativa de libertad efectiva de dos años y seis meses, que debió ejecutarse hasta su culminación. Sin embargo, la Sala Penal Superior le concedió la libertad anticipada extendiendo los alcances de la medida alternativa de conversión de pena, con lo cual la sanción firme de condena no ha sido ejecutada en su totalidad. 7. En definitiva, a pesar de la cancelación de las pensiones devengadas, no cabe pedido de libertad anticipada –vía conversión de pena-, ya que no se puede amparar conversión alguna hacia una medida que de nuevo le otorgue libertad ambulatoria, al no estar prevista en la ley. Quinto. Que de lo anotado, es menester señalar que la decisión de la Sala Penal Superior desconoció que el sentenciado Arroyo Guevara fue condenado bajo los parámetros de la suspensión de la ejecución de pena, y no de la conversión de pena, que en ejecución de sentencia no cabe formular medida alternativa de conversión de pena [que se efectúa al momento de emitir el fallo], lo cual no hace sino reforzar que se hizo una aplicación extensiva de los alcances del instituto de conversión de pena y de la figura procesal no regulada de la libertad anticipada, contraviniendo con ello la regla que la sentencia se cumplen en sus propios términos. Sexto. De otro lado, cabe precisar que el señor Juez Supremo Villa Stein se adhiere a la presente interpretación referente a la libertad anticipada, apartándose de pronunciamientos anteriores [véase sentencia casatoria número

ciento ochenta y nueve guión dos mil once], dado el consenso asumido por los Jueces Supremos con fecha veinticuatro de enero de dos mil trece, en el VIII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria, próximo a publicarse, con excepción del magistrado Morales Parraguez conforme al voto que se adjunta. Sétimo. Que, en consecuencia, de acuerdo a lo que se expone en forma precedente, se concluye que la Sala Superior incurrió en una errónea aplicación del artículo cuatrocientos noventa y uno del Código Procesal Penal, al extender la aplicación de la conversión de pena a circunstancias distintas a las que prevé el Código Penal; por lo que dentro del marco de la ley se debe proceder a casar la sentencia de vista.

DECISIÓN Por estos fundamentos: por mayoría:

I. DECLARARON: FUNDADO el recurso de casación por motivo del desarrollo de la doctrina jurisprudencial casacional por la causal de indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación, interpuesto por el señor Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior del Distrito Judicial de La Libertad; en consecuencia:

CASARON el auto de vista del catorce de mayo de dos mil doce, cuya transcripción de audio corre a fojas setenta, del cuaderno de conversión de pena, que por mayoría revocó el auto de primera instancia del veintidós de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiséis, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión; y reformándolo: declaró fundada la solicitud de conversión de pena privativa de libertad de dos años y seis meses, en pena de prestación de servicios a la comunidad, en razón de siete días de privación de libertad, por una jornada de prestación de servicio a la comunidad, y ello en razón de la cantidad de la pena impuesta, que es más de dos años, por lo que no procede la pena de multa, para lo cual esta pena de prestación de servicio a la comunidad deberá ser implementada por el juez de ejecución en coordinación con la institución Pública correspondiente; y emitiendo pronunciamiento de fondo y actuando como órgano de instancia: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia del veintidós de marzo de dos mil doce, obrante a fojas veintiséis, que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión; **ORDENARON**

la recaptura del sentenciado Carlos Raúl Arroyo Guevara, y posteriormente, su reingreso al penal correspondiente para que cumpla con la pena impuesta en la sentencia.

II. MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de la Libertad y demás Cortes Superior de los Distritos Judiciales que aplican el Código Procesal Penal, consideren como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en el tercer considerando [“Del motivo casacional. Para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial”] de la presente Ejecutoria Suprema, debiéndose publicar en el Diario Oficial “El Peruano”, de conformidad con el inciso cuarto del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal. **III. MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen; y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. **S.S. VILLA STEIN; PARIONA PASTRANA; BARRIOS ALVARADO; NEYRA FLORES EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO MORALES PARRAGUEZ ES COMO SIGUE:** Lima, diecisiete de octubre de dos mil trece **VISTOS**; en audiencia pública; el recurso de casación por la causal excepcional referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista expedido en la audiencia de fecha 14 de mayo del año dos mil doce, obrante a fojas 47, que revocó el auto de primera instancia de fecha veintidós de marzo del año dos mil doce, y reformándolo, declaró fundada la solicitud de la conversión de la pena privativa de libertad a pena de prestación de servicios a la comunidad.

FUNDAMENTOS DE HECHO I. Itinerario del proceso **Primero:** Mediante sentencia de fecha 15 de octubre del año dos mil nueve, Carlos Raúl Arroyo Guevara fue condenado como autor del delito contra la familia - omisión de asistencia familiar, en agravio de la menor Cintia Nicolle Arroyo Nieves, imponiéndosele dos años y seis meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a determinadas reglas de conducta -dentro de las cuales se consignó el cumplimiento del pago de los devengados (obligaciones alimentarias)-. Que, ante el incumplimiento del pago de las pensiones alimentarias, en mérito a la solicitud del representante del Ministerio

Público, el órgano jurisdiccional competente decidió revocar la condicionalidad de la pena impuesta. Ante tal situación, el sentenciado Arroyo Guevara, mediante escrito de fecha veinte de enero del dos mil doce, obrante a fojas 13, solicitó la conversión de la pena privativa de libertad por la prestación de servicios a la comunidad, utilizando como argumento el haber cumplido con la totalidad de la deuda alimenticia; sin embargo, mediante resolución expedida en la sesión de audiencia de fecha 22 de marzo del año 2012, se declaró improcedente la solicitud de conversión de pena promovida por el referido encausado. **Segundo:** Del trámite de segunda instancia: Que, contra dicha decisión judicial, el referido sentenciado Arroyo Guevara, interpuso recurso de apelación, como es de verse del escrito de folios 30, concedido el recurso impugnatorio, mediante resolución expedida en la sesión de audiencia de fecha 14 de mayo del año 2012, por mayoría, se revocó la resolución de primera instancia, y reformándola, declararon fundada la solicitud de la conversión de la pena privativa de libertad de dos años y seis meses, en consecuencia, convirtieron esta pena en servicios a la comunidad, en razón de siete días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicio a la comunidad, esta pena debía ser implementada por el juez de ejecución en coordinación con la institución pública correspondiente y disponiendo su inmediata libertad, debiendo el juez de ejecución implementar las jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Ante esta decisión, el señor Fiscal Superior interpuso recurso de casación por indebida aplicación o errónea interpretación de la norma legal, fundamentado el mismo mediante escrito de fojas 55, siendo concedido su recurso por auto de folios 67, su fecha trece de junio del año dos mil doce, elevándose la causa a este Supremo Tribunal para el pronunciamiento respectivo. **Tercero:** De la admisión del recurso de casación: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria del 30 de noviembre del dos mil doce, obrante en el cuadernillo de casación, en uso de su facultad de corrección, admitió a trámite el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso 3 del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal, al considerar una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; siendo necesario que la Corte Suprema efectuó una correcta interpretación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efectos de

uniformizar criterios en la jurisprudencia nacional. Instruido el expediente en Secretaría, señalada la audiencia de casación, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO I.

Del ámbito de la casación Cuarto: Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de fojas 21, del cuaderno de casación, del treinta de noviembre del dos mil doce, el motivo del recurso de casación se centra en la invocación a supuesto desarrollo jurisprudencial previsto en el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Penal, a efectos de una correcta aplicación de la institución jurídica de la conversión de la pena a efectos de uniformizar criterios en la jurisprudencia nacional.

Quinto: El Fiscal Superior alega que los jueces de segunda instancia al momento de resolver, dictaron la misma incurriendo en una errónea interpretación de una norma procesal, como es el inciso 1 del artículo 491 del Código Procesal Penal -incidentes de modificación de la sentencia-, toda vez que la conversión de pena la realiza el juez en el momento de emitir la sentencia que pone fin al proceso penal, es decir, que la conversión no es posterior a la emisión de la sentencia ni en ejecución de la misma; por lo que lo resuelto por la Sala no tiene asidero legal, pues dicha norma faculta al Juez de Investigación Preparatoria para conocer los temas relativos a incidentes en la etapa de ejecución de sentencia, ratificando la función de dicho juez en su calidad de ejecutor, y en absoluto otorga un mecanismo procesal para solicitar una conversión de pena en etapa de ejecución de sentencia. II. Sobre el desarrollo jurisprudencial: Con invocación de las causales 1 y 2 del artículo 429 del Código Procesal Penal.

Sexto: Que, a manera de introducción es del caso precisar que “la conversión de la pena” es una institución jurídico-penal prevista en el artículo 52 del Código Penal que consiste en la sustitución de una pena privativa de libertad por la aplicación de otras sanciones que se estimen idóneas para alcanzar el fin de prevención especial, sin menoscabo de la reafirmación del ordenamiento jurídico y de las exigencias de la prevención general , sanciones entre las que encontramos la pena de multa, la de prestación de servicios a la comunidad y la

jornada de limitación de días libres. Entre los supuestos que opera la conversión de la pena, tenemos que dicha institución regula la sustitución de esta con otra pena y se aplica en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio. Esta norma constituye una expresión del criterio de recurrir a la pena privativa de libertad como última ratio. La finalidad u objeto de la conversión es la de eludir o limitar la aplicación o ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración, dicho esto debemos mencionar que la aplicación de esta institución jurídica es un Derecho premial, porque le da un rostro humano al Derecho Penal peruano, como expresión de los fines de la pena, no permitiendo la afectación de la dignidad humana del sentenciado con una pena no mayor a 4 años, estigmatizándolo con la cárcel cuya realidad negativa es por todos conocida. Esta conversión de la pena se da para efectos de la determinación de la pena concreta, es decir al momento que el juez va emitir su fallo. Sétimo: Sobre la libertad anticipada. El legislador al redactar el Libro Sexto “La ejecución y las costas”, Sección I “La ejecución de la sentencia”, artículo 491 (incidentes de modificación de la sentencia), ha establecido como forma de ejecución de la sentencia la “libertad anticipada”, a la cual se puede acceder por intermedio de los beneficios penitenciarios (semilibertad, liberación condicional, medidas de seguridad privativa de libertad, y aquellos en los cuales por su importancia, el Juez de la Investigación Preparatoria lo estime necesario), además de la conversión de la pena y revocación de la conversión de las penas.

Octavo: En el caso materia de pronunciamiento, la solicitud de “conversión de la pena”, tiene como asidero legal lo previsto en el inciso 1 del artículo 491 del Código Procesal Penal, dicha institución procesal tiene como consecuencia que el condenado, antes de cumplir la totalidad de una pena privativa de libertad efectiva, pueda salir en libertad por mandato de autoridad competente, facultando al Juez de la Investigación Preparatoria a resolver los incidentes referidos a la conversión y a la revocación de la conversión, a la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena y de la reserva del fallo condenatorio, haciendo una expresa distinción además de los beneficios penitenciarios, que según el artículo 28 del Código Procesal Penal son de competencia del Juez Penal Unipersonal, y la medida de seguridad privativa de la libertad.

Noveno: El dispositivo legal en referencia deja abierta la posibilidad de que después de emitida una condena, no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, y que ella haya adquirido la calidad de firme, pueda ser objeto de tratamiento, a solicitud del fiscal, del condenado o su abogado defensor, lo que se da en concordancia con lo dispuesto por el inciso 3 del referido artículo, el mismo que es resuelto por el Juez de la Investigación Preparatoria en audiencia pública; sin embargo, este pedido debe examinarse conforme al caso concreto, siendo facultad del juez penal concederla o denegarla.

Décimo: Este examen se realiza en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que en su inciso cuarto establece: “que en caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo”, esto en concordancia con el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, la cual establece como garantía “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales”, todas tendientes a garantizar que en caso de duda, se debe optar por aquella interpretación que maximice la protección de los derechos humanos. Asimismo, se cuestiona que al conceder dicha libertad se estaría vulnerando la “cosa juzgada”; siguiendo dicho argumento tendríamos que al concederse algún tipo de beneficio penitenciario también se vulneraría la cosa juzgada, afirmación que carece de asidero legal en virtud del principio pro homine.

Decimoprimer: Siendo así, cabe ingresar analizar sobre la procedencia de dicha institución procesal al presente caso. Así tenemos que el encausado ha sido condenado por el delito de omisión de asistencia familiar previsto y sancionado por el artículo 149 del Código Penal, el cual se materializa con el simple incumplimiento del pago requerido previamente con las formalidades de la ley. Asimismo, el literal c) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado establece que: “no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”, precisándose en el inciso b) del mismo articulado que “no se permite forma alguna de restricción de la libertad, salvo en los casos previstos por la ley”. Que, en ese sentido, nuestra Carta Magna define el incumplimiento de las obligaciones alimentarias como una deuda; por lo que excepcionalmente desde un punto de vista de política criminal se justifica que el Estado le dé una connotación penal, lo defina

como un delito y le establezca una pena en caso de incumplimiento; y por tanto, deviene en perseguible penalmente con sanción penal de privación de libertad, si incumple el pago de esta deuda. Coherente con esta construcción argumentativa, la pena solamente se justificaría en la medida que sirva al Estado en su política sancionadora, dentro de una línea de tutela al cumplimiento del pago para el alimentista de las deudas del obligado - bien jurídico protegido: los alimentos-.

Decimosegundo: Que, siendo esto así, y al fin constitucionalista y principista de la pena, no se justificaría razonablemente -test de razonabilidad, necesidad y utilidad- que se mantenga en cárcel o hacer efectivo un apercibimiento de ordenar la captura para internarlo a un penal, a un procesado, acusado o condenado a quien se le otorgó libertad -para este caso- anticipada, que cumple con pagar la totalidad de las pensiones devengadas; por lo que procedería aplicar la libertad anticipada del mismo disponiendo su excarcelación, como lo señala el inciso 1 del artículo 491 del Código Procesal Penal.

Decimotercero: Que, de lo antes expuesto, no se advierte interés casacional del desarrollo jurisprudencial porque las disposiciones procesales penales glosadas en el fundamento jurídico anterior son claras en su redacción y están descritas de manera que se cumple con el precepto de la ley cierta, escrita y previa.

Decimocuarto: Que si bien el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al inciso 2 del artículo 497 del citado Código Procesal Penal; que, sin embargo, el artículo 499 de la citada norma procesal establece que se encuentra exento del pago de costas, entre otros, los representantes del Ministerio Público, situación que se presenta, porque quien interpuso el recurso de casación fue el señor Fiscal Superior del Distrito Judicial de La Libertad.

DECISIÓN Por estos fundamentos: MI VOTO es porque se declare: I. **INFUNDADO** el recurso de casación por la causal de la excepcionalidad referida al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto de vista de fecha catorce de mayo del dos mil

doce, de fojas 70, que revocó el auto que declaró improcedente el pedido de revocación de la conversión, y reformándolo, declararon por mayoría fundada dicha solicitud promovida por el condenado Carlos Raúl Arroyo Guevara, en el proceso que se le siguió por el delito contra la familia -omisión a la asistencia familiar-, en agravio de Cintia Nicolle Arroyo Nieves.

II. EXONERAR del pago de las costas del recurso de casación al recurrente. **III. ORDENARON** que se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal para su conocimiento y fines, y se publique en el Diario Oficial “El Peruano”. S. MORALES PARRAGUEZ