

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POS GRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL
PENAL**



**CONVERSIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN CASOS DE DELITOS
QUE TENGAN CONMINADA UNA PENA MAYOR DE CUATRO AÑOS EN EL
JUZGADO PENAL COLEGIADO DEL CUSCO**

Tesis Presentada Por:

Br. Ruth Maria Atapaucar Misme

Para Optar el Grado Académico de:

Maestro En Derecho Mención Derecho Penal
y Procesal Penal

Asesor:

Dr. Mario Hugo Silva Astete

CUSCO – PERÚ

2022

DEDICATORIA

En primer lugar, quiero expresar mi agradecimiento a Dios, quien, con su gran amor y protección, ha permitido que mi familia, seres queridos y yo, nos encontremos sanos y salvos, aun en circunstancias tan adversas que nos ha tocado vivir.

A mis padres Leandra y Eustaquio, por su amor infinito y apoyo constante en cada etapa de mi vida, desde que llegué a este mundo.

A mi esposo John, colega, amigo, padre de mis hijos y el amor de mi vida, por toda su paciencia, apoyo, soporte en momentos difíciles que nos ha tocado vivir, cómplice en todas las aventuras que hemos compartido, por siempre asumir un rol de muralla inquebrantable para no dejarme abatir por las dificultades que nos ha tocado pasar.

A mis hijos Carol, José Luis y Sofía, por ser el centro de mi vida, mi corazón, mi cerebro, mi motor de vida, que impulsa cada una de mis aventuras.

A mi hermana Elizabeth, mi cómplice, por siempre estar presente en cada momento importante de mi vida y ser mi apoyo constante, así también, a mi hermana Giovanna, quien, aunque lejos, siempre está presente en mi corazón.

A mi alma mater, mi querida UNSAAC, que desde que conocí el Cusco, ha sido mi refugio, mi hogar profesional, ese lugar que me ha abrigado profesionalmente.

Finalmente quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Dr. Mario Hugo Silva Astete, principal colaborador durante todo este proceso de investigación, quien, con su dirección, conocimiento, enseñanza y colaboración, permitió el desarrollo y conclusión del presente trabajo.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
ÍNDICE DE FIGURAS.....	vii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Situación Problemática	1
1.2. Formulación del Problema	3
1.2.1. Problema General	3
1.2.2. Problemas Específicos	3
1.3. Justificación de la Investigación	4
1.3.1. Conveniencia Científica	5
1.3.2. Relevancia Social o Contemporánea	5
1.3.3. Implicaciones Prácticas	6
1.3.4. Viabilidad del Estudio.....	6
1.4. Objetivos de la Investigación.....	7
1.4.1. Objetivo General	7
1.4.2. Objetivos específicos.....	7
CAPITULO II.....	8
MARCO TEORICO CONCEPTUAL.....	8
2.1. Las Penas.....	8
2.1.1. Presentación	8
2.1.2. Cuestiones Generales.....	10
2.1.3. Fundamento Constitucional de la Pena.....	12
2.1.4. Teorías de la Pena	15
2.1.4.1. La teoría absoluta (retributiva).....	15
2.1.4.2. La teoría relativa (preventiva).	16
2.1.4.3. La teoría mixta o ecléctica de la unión (teoría dialéctica de Roxin).....	20
2.1.5. Clases de Pena.....	22
2.1.5.1. Pena privativa de libertad.	23

2.1.5.2.	Penas restrictivas de la libertad.....	25
2.1.5.3.	Penas limitativas de derechos.	27
2.1.5.3.1.	Prestación de servicio a la comunidad.	31
2.1.5.3.2.	Inhabilitación.....	35
2.1.6.	Determinación de la Pena	41
2.1.6.1.	Fundamento constitucional y legal.....	43
2.1.6.2.	La fundamentación y determinación de la pena en sentido amplio. alcances del artículo 45. 45	
2.1.6.3.	La Determinación de la Pena en Sentido Estricto y el artículo 46.....	49
2.1.6.4.	Los criterios de determinación de la pena de multa. artículo 41.....	57
2.1.6.5.	Una agravante genérica. artículo 46-A.	58
2.1.6.6.	Pautas de Individualización en otras disposiciones.	60
2.2.	Conversión de la Pena.....	61
2.2.1.	Generalidades	61
2.2.2.	Definición de Conversión de Pena.....	62
2.2.3.	Diferencia con la Sustitución de la Pena.....	63
2.2.4.	Marco Legal.....	64
2.2.4.1.	Evolución legislativa.	64
2.2.4.2.	La Conversión de penas en el Código Penal.	67
2.2.4.3.	Conversión, sustitución y conmutación de penas.	70
2.2.5.	Problemática para la Conversión de Pena.....	70
2.2.6.	Marco Legal Comparado	72
2.2.6.1.	Código Penal de El Salvador	72
2.2.6.2.	Texto único del Código Penal de la República de Panamá.....	73
2.2.6.3.	Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)	74
2.2.6.4.	Código Penal de Costa Rica	75
2.3.	Marco conceptual	76
2.3.1.	Definición de Términos Básicos.....	76
2.3.2.	Antecedentes de la investigación.....	79
CAPITULO III.....		84
HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO.....		84
3.1.	Hipótesis Principal.....	84
3.2.	Hipótesis Específicas	84

3.3. Variables	85
CAPITULO IV.....	87
METODOLOGÍA.....	87
4.1. Tipo y Diseño de Investigación.....	87
4.2. Muestra.....	87
4.3. Técnicas de recolección de datos e información.....	87
CAPÍTULO V.....	89
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	89
5.1. Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad por los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco durante el año 2018 en casos de delitos que tienen conminada una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad	89
5.1.1. Juzgado Penal Colegiado del Cusco	89
5.1.2. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República	92
5.1.3. Análisis	95
5.1.4. Relación de Sentencias Emitidas en el año 2018.....	96
5.2. Finalidad de la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.....	100
5.3. Relación de los delitos con pena conminada en la ley mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad con la conversión de la pena privativa de libertad	102
5.4. Opinión de los operadores de justicia penal sobre la conversión de la pena	103
5.5. Causas por las que los jueces del Juzgado Penal Colegiado de Cusco no aplican la conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena privativa mayor a cuatro años de privativa de libertad	109
5.6. Delitos en los que se puede aplicar la Conversión de Pena.....	111
5.7. Discusión de Resultados.....	114
CONCLUSIONES.....	117
RECOMENDACIONES.....	118
BIBLIOGRAFÍA	119
ANEXO 1. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS: CUESTIONARIO	124
ANEXO 2. PROPUESTA DE LEGE FERENDA	126

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 <i>Enfoque de Investigación</i>	87
Tabla 2 <i>Relación de Sentencias Emitidas en el año 2018</i>	96
Tabla 3 <i>En su opinión, ¿por qué motivo los jueces no aplican la conversión de pena al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad?</i>	103
Tabla 4 <i>En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el procesado al momento en que es condenado?</i>	104
Tabla 5 <i>En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el sistema de justicia penal al momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria?</i> .	106
Tabla 6 <i>En su opinión, ¿en qué casos cree usted que se debe aplicar la conversión de pena privativa de libertad?</i>	108

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. <i>En su opinión, ¿por qué motivo los jueces no aplican la conversión de pena al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad?</i>	103
Figura 2. <i>En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el procesado al momento en que es condenado?</i>	105
Figura 3. <i>En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el sistema de justicia penal al momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria?</i>	107
Figura 4. <i>En su opinión, ¿en qué casos cree usted que se debe aplicar la conversión de pena privativa de libertad?</i>	108

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación hemos abordado un tema de singular importancia en el derecho penal, pues analiza la práctica judicial relacionado con la conversión de la pena privativa de libertad en los delitos que tengan conminada una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. La actual coyuntura que atraviesa el país a causa de la pandemia del Covid19, es un motivo fundamental que exige del juzgador un tratamiento prudente de la aplicación de la pena en delitos que no tengan un alto reproche social y que en el caso concreto ameriten una conversión. Ahora bien, es necesario precisar que el presente estudio se ha realizado en expedientes del año judicial 2018 del Juzgado Penal Colegiado del Cusco, período que arroja un resultado negativo en torno a la praxis judicial en la aplicación del instituto penal en estudio. No hay duda, que el encarcelamiento de las personas en los penales de nuestro país, no cumple con los fines de prevención especial porque el sistema nacional penitenciario adolece de una buena infraestructura a causa del insuficiente número de establecimientos penales y también de recursos humanos porque los profesionales que trabajan en las cárceles del país, no pueden cumplir a cabalidad con los propósitos de rehabilitación de los internos. En este contexto, el presente estudio pretende no solo explorar y describir la realidad de la aplicación práctica de la conversión de pena en el órgano jurisdiccional bajo estudio, sin también esbozar algunas propuestas para optimizar el servicio de justicia.

Palabras clave: Conversión de pena, pena privativa de libertad, delitos, pena de más de cuatro años

ABSTRACT

In this research paper we have addressed an issue of singular importance in criminal law, it examines the judicial practice related to the conversion of the custodial sentence of those offences carrying a custodial sentence of more than four years. The current situation in the country, as a result of the Covid19 pandemic, is a gravitating reason that requires the judge to carefully deal with the application of the penalty in crimes that do not have a high social reproach and that in the specific case warrant a conversion. However, it should be noted that the present study has been carried out in the case files of the 2018 judicial year of the Collegiate Court of Cusco, a period that shows a negative result regarding judicial praxis in the application of the penal institute under study. There is no doubt that the imprisonment of people in the prisons of our country, does not fulfil the purpose of special prevention because the national prison system lacks of a good infrastructure due to the insufficient number of penal institutions. It also lacks of human resources since the professionals working in the country's prisons, cannot fully fulfil the rehabilitation purposes of the inmates. In this context, the present study aims not only to explore and describe the reality of the practical application of sentence conversion in the court under review, but also to outline some proposals to optimize the judicial service.

Keywords: Conversion of sentence, custodial sentence, crimes, sentence of more than four years

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación hemos abordado un tema de relevante importancia en el Derecho Penal, se trata de Conversión de la Pena privativa de libertad, considerando que ésta sea una pena privativa de la libertad por una pena alternativa como por ejemplo servicio comunitario.

De esta manera, en el desarrollo de esta investigación en el Capítulo I se ha planteado y formulado el problema de investigación; el problema principal y los problemas específicos; seguidamente, se ha procedido a justificar integralmente la investigación; en este extremo se establece la conveniencia científica, la relevancia social, las implicaciones prácticas y la viabilidad del estudio, para terminar con el planteamiento de los objetivos del estudio, que son esencialmente, analizar la Conversión de la Pena privativa de libertad y su factibilidad en casos de delitos que tengan conminada una pena mayor de cuatro años

En el Capítulo II, respetando la sistematización de la estructura de la tesis, se ha tratado las bases teóricas con un estudio de los principales temas relacionados a las Penas. Concluye este capítulo con el marco conceptual y los antecedentes de la investigación. Estos antecedentes se relacionan con el tema planteado.

En el Capítulo III se establecen la hipótesis de investigación y las variables de estudio; así se ha planteado la inaplicación de la conversión de la pena en los casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatros años de privativa de libertad, por una mala práctica procesal del Juzgado Penal Colegiado del Cusco.

El Capítulo IV aborda la metodología utilizada. El enfoque de la investigación es cuantitativo porque implica la posibilidad de realizar una prueba empírica, es decir, la

factibilidad de observarse en la realidad y establecer tendencias. Utiliza recolección de datos para someterlas a una medición.

Finalmente, en el Capítulo V se efectuó el análisis, interpretación y discusión de resultados, tanto de dos sentencias, como de las encuestas practicadas a Operadores de Justicia de Cusco, las mismas que se han plasmado en las conclusiones.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación Problemática

La determinación de la pena es un acto procesal que requiere del juzgador un alto grado de preparación técnica para fijar el quantum no solo dentro de la pena conminada en la ley, sino también para determinar la naturaleza que debe tener la pena en su ejecución o cumplimiento, entre otros, si debe ser pena efectiva o suspendida, si debe ser reservada en su fallo o, en su caso, si debe ser convertida. Para esto último el juez debe actuar con mucha prudencia, por tanto, aplicando adecuadamente los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

El Código Penal en el artículo 52 consagra el instituto de la conversión de la pena privativa de libertad por otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres. Sin embargo, esta facultad que otorga la ley al juzgador para convertir la pena, no ha recibido acogida por parte de los jueces en casos de delitos que tengan conminada en la ley una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. La inaplicación de esta figura penal no abona a un sistema de justicia penal razonable y proporcional en un caso concreto y, además, a los fines preventivos de la pena. Ciertamente, encarcelar a personas que incurrieron en delitos que tienen conminada una pena privativa mayor a cuatro años de privativa de libertad por el solo hecho del quantum de pena establecida en la ley, sin tener en cuenta el caso concreto (esto es, entre otros, el grado de ejecución del delito, la personalidad del agente, el daño inferido a la víctima, la reparación del daño, etcétera) no responde a un derecho penal de última ratio o mínima intervención

En este contexto, podemos parafrasear a Villavicencio Terreros (2007) cuando sostiene: Es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculado con la del propio ordenamiento punitivo y constituye, por la gravedad de su contenido, el medio de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia en la sociedad. La forma de control social formal, hasta su actual desarrollo supone la aplicación de una pena. La pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana; sin embargo, su aceptación o negación categórica dependerá de si es posible comprobar su utilidad en el caso específico. Es la teoría de la pena la que busca identificar dicha utilidad o fin limitando al poder penal (prevención general y especial), pero sin embargo faltaría comprobar si en la realidad se cumple o se hace efectiva dicha utilidad (pp. 45-46).

Esta precisión de Villavicencio, llama a la reflexión a fin de repensar la práctica judicial en la aplicación de la pena privativa de libertad efectiva en casos de delitos que no revistan suma gravedad. Ciertamente, sabemos con certeza que el encarcelamiento genera en el agente infractor de la ley una alteración grave en su vida personal, familiar y social. Además, afecta también sobremanera su estado emocional o psicológico, pero además no favorece para una eficaz rehabilitación y readaptación del interno. Siendo esto así, la determinación de la pena en casos de delitos que tengan conminada una pena privativa de libertad mayor a cuatro años de privativa de libertad, debe ser materia de una buena práctica procesal a fin de optimizar la justicia penal en beneficio no solo de los sentenciado, sino también en beneficio del sistema de justicia penal, particularmente del sistema penitenciario.

Ahora, en el campo de la ejecución de la pena, Vásquez Dávila (2008) menciona: Los especialistas recomiendan que los jueces opten por aplicar penas alternativas a las privativas de libertad a fin de evitar el hacinamiento en los penales, ya que una vez que una persona ingresa a

un penal, siendo un delincuente primario, en vez que mejore o sienta el impacto de la pena, es mucho peor. Vemos jóvenes primarios de veinte y veintiún años de edad que, por robar una zapatilla o un celular, al egresar del penal tienen problemas con la droga, con diversos tipos de enfermedades y problemas conductuales (p. 92).

Respecto a la conversión de la pena en ejecución de condena, el legislador por medio del Decreto Legislativo 1300, en fecha 30 de diciembre de 2016, incorporó el artículo 52-A en el Código Penal, por lo que, en la actualidad, es posible dicha conversión, lo que en el fondo significa el excarcelamiento del condenado, medida que en nuestra opinión resultó acertada. Empero, el tema de nuestra investigación es la conversión de la pena en el momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria.

Esta problemática de especial connotación ha motivado a la suscrita realizar este trabajo formulando el siguiente problema de investigación.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿En qué medida los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco aplicaron la conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad en el año 2018?

1.2.2. Problemas Específicos

1.- ¿Cuál es la finalidad de la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres?

2.- ¿Qué relación tiene la pena conminada en la ley con el instituto de la conversión de pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad?

3.- ¿Qué opinan los operadores jurídicos sobre la conversión de la pena en casos de delitos que tienen conminada una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad?

1.3. Justificación de la Investigación

La pena privativa de libertad es la sanción más grave que impone el sistema de justicia al infractor de la ley penal. Por ello es que el Derecho Penal, considerando que, el bien jurídico libertad, es el más importante después que el bien jurídico vida, ha establecido dentro del catálogo de penas otras sanciones alternativas que no sean tan gravosas y que, en clave de proporcionalidad y razonabilidad, permitan al agente infractor sufrir una pena alternativa, que al mismo tiempo cumpla con los fines de prevención general y prevención especial. Los principios de última ratio o mínima intervención que pregona el Derecho Penal contemporáneo, constriñen al juzgador la aplicación de penas más benignas en casos concretos que justifiquen razonablemente su imposición. En la actualidad, tenemos como ejemplo de la práctica procesal que, en casos de lesiones ocasionadas dentro de un contexto de violencia familiar, la norma sustantiva prohíbe la suspensión de la pena privativa de libertad que se aplica al agente infractor, pero vemos que, a causa del rigor de la represión, los jueces vienen convirtiendo las penas efectivas en prestación de servicios a la comunidad al momento de sentenciar. Si bien las penas en estos delitos no son graves, sin embargo, en el caso de otros delitos que tengan conminada en la ley una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, es posible y, muchas veces razonable y proporcional en el caso concreto, convertir la pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad, a fin de proporcionar al condenado una respuesta punitiva extramuros que cumpla adecuadamente con su resocialización y readaptación a la comunidad. En este

contexto, el presente trabajo resulta siendo importante considerando que la pena privativa de libertad como medida aflictiva genera una serie de problemas de índole físico y psicológico en la vida del interno, por ello es que las penas alternativas o sustitutivas de esta sanción extrema juegan un papel importante en la política penitenciaria del país, teniendo en cuenta sobre todo el momento crítico que atraviesa la comunidad a causa de la emergencia sanitaria del Covid19, donde el deshacinamiento de las cárceles se ha convertido en una política pública de especial atención. En consecuencia, la aplicación técnica, razonable y proporcional del instituto de la conversión de la pena privativa de libertad mayor de cuatro años en un caso concreto, coadyuvará en el no incremento de la población carcelaria, cuya problemática es conocido por todos.

1.3.1. Conveniencia Científica

La presente investigación resulta conveniente porque nos hará conocer las bases teóricas de la conversión de la pena privativa libertad y, por otro lado, la práctica judicial en el juzgado colegiado de la sede principal de la Corte Superior de Justicia del Cusco, es decir, determinar si los jueces del referido órgano jurisdiccional aplican la conversión de pena en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad.

1.3.2. Relevancia Social o Contemporánea

Tratándose de una pena que priva de la libertad a una persona, hecho que afecta sobremanera un bien jurídico tan importante del condenado [con los efectos negativos que genera en su entorno familiar] consideramos que este trabajo de investigación puede optimizar la labor judicial en su praxis cotidiana. En consecuencia, el beneficio que se puede obtener tiene dos facetas: el sistema de justicia penal penitenciario y los sentenciados con pena privativa de

libertad en los delitos que tengan conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad.

1.3.3. Implicaciones Prácticas

Al conocer las causas por las que los jueces no aplican la conversión de la pena en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad, se puede proponer o implementar mecanismos para lograr que los jueces hagan uso de este instituto penal. Estos mecanismos importan, entre otros, los cursos de capacitación, la emisión de directivas o circulares por parte del órgano rector del Poder Judicial.

1.3.4. Viabilidad del Estudio

El trabajo seleccionado es factible realizar porque la autora labora en la sede de la Corte Superior de Justicia del Cusco, por tanto, ha de tener acceso a los expedientes judiciales que obran en los archivos, previa autorización institucional. Por otro lado, la ejecución del trabajo de investigación no requiere de mayor presupuesto, la información será requerida de los operadores jurídicos que laboran en la sede de la Corte por lo que las encuestas se aplicarán en el lugar.

Un aspecto que enriquece nuestro trabajo de investigación es la experiencia de la autora en la labor judicial y el conocimiento de la problemática que se aborda en el medio

Utilidad metodológica

El presente estudio por ser de carácter cuantitativo está orientado a conocer en qué medida los jueces del Juzgado Colegiado Penal del Cusco aplican en sus sentencias la conversión de la pena privativa de libertad en casos de delitos que tengan conminada una pena mayor a

cuatro años de privativa de libertad. Las conclusiones de la presente investigación pueden contribuir a futuras investigaciones relacionadas con este importante instituto penal.

1.4. Objetivos de la Investigación

1.4.1. Objetivo General

Determinar si los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco aplicaron la Conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor de cuatro años de privativa de libertad en el año 2018.

1.4.2. Objetivos específicos.

- 1.- Determinar en la práctica procesal, en qué delitos es posible la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.
- 2.- Determinar si la pena conminada en la ley influye en el juzgador para no aplicar la conversión de la pena en casos de delitos que tienen como pena básica más de cuatro años de privativa de libertad.
- 3.- Conocer la opinión de los operadores jurídicos sobre la conversión de la pena en casos de delitos que tienen conminada una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad

CAPITULO II

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1. Las Penas

2.1.1. *Presentación*

Las penas y medidas de seguridad constituyen, como señala Roxin (1992): El punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas – sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del derecho penal. La ampliación de los instrumentos de la reacción penal se puede caracterizar del siguiente modo:

- A la función eminentemente represiva que se le asignaba a la pena se le han adicionado otras funciones de corte utilitario, lo que ha dado lugar a una notable evolución cualitativa de la misma, en particular de la pena privativa de libertad, así como a la introducción de otras penas (ampliación del sistema de penas);
- Las consecuencias jurídicas recaen no sólo, en el comportamiento (individual) de la persona natural, sino también en los comportamientos delictuosos cometidos a través o por personas jurídicas. Esto implica la adopción de instituciones que refuercen la influencia del derecho penal sobre las personas jurídicas (sanciones a las personas jurídicas);
- Dentro del contexto de la trilogía conformada por el autor de la infracción, el Estado y la víctima, se considera igualmente importante la compensación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En la medida en que la compensación es inherente a la transgresión

jurídica (Eser, 1998), la reparación debe constituir una respuesta propia del Derecho Penal y no paralela o complementaria a éste (reparación como modalidad sancionadora);

- La necesidad de acentuar el carácter preventivo del Derecho Penal supone que, al lado de la atenuación de la peligrosidad subjetiva del agente (fundamento de la imposición de las medidas de seguridad), se considere también relevante, la disminución de la peligrosidad objetiva de los instrumentos que sirven para la comisión del delito o son el producto del mismo (perfeccionamiento del comiso o de otras consecuencias accesorias);
- Finalmente, el incremento de la importancia de las estrategias de prevención del control penal determina que la sanción penal sea concebida no sólo como una consecuencia desfavorable al delincuente, sino también como un mecanismo de incitación a la observancia de la norma o de atenuación de los efectos negativos de su inobservancia (introducción de las llamadas sanciones “premiales”).

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal (Pagliaro, 1987)

Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue la concepción adoptada por el legislador cuando se estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito. Sin incluirlas dentro de un rótulo común, el legislador del Código Penal de 1991 las ordenó sucesivamente en la Parte General del Código vigente, llegando a representar casi el 70 % de sus disposiciones.

“La importancia de las sanciones penales no sólo es cuantitativa. Cualitativamente, su estudio permite observar con mayor claridad las opciones de política criminal seguidas por el Estado” (Barreiro, 1997).

Mediante un análisis sistemático se puede dar cuenta de las (dis)funciones, incoherencias, posibilidades de desarrollo y límites de las estrategias de control y prevención de la criminalidad. Habiendo transcurrido varios años desde la entrada en vigencia del Código de Penal, surge la pregunta, cuáles son en la actualidad las características y los problemas fundamentales del sistema de sanciones (en particular de las penas)

2.1.2. Cuestiones Generales

Una de las sanciones del Derecho Penal clásico y posclásico es la pena, específicamente la pena privativa de libertad (sanción penal por excelencia – que según Sergio Moccia (2003), “la sanción penal debe ofrecer, en realidad, al delincuente la posibilidad de su propia existencia, en el sentido del respeto de la ajena” (p. 106).

Con esto no se afirma que la pena (sanción jurídico-penal) determine, de alguna manera, el *modus vivendi* del delincuente, y se aplique como consecuencia jurídico-penal por la comisión u omisión de algún hecho punible (sea delito o falta) por una determinada persona. De esta definición (*lato sensu*) se puede extraer que la pena no solo implica concretar una relación social determinada, sino también seleccionar una determinada persona (Bustos, 2012, p. 16).

La pena se justifica en la necesidad de mantener el orden jurídico, entendido éste, como una condición fundamental para la convivencia humana en la sociedad (Jescheck). (Noya, 2003, pp. 23-24)

La pena frente a la comisión de hechos punibles ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, así, antes (hasta la segunda mitad del siglo XVIII) recaía sobre todo en el físico de las personas por haber “pecado” (Bustos, 2012, p. 31).

Eran torturados, ahorcados en plazas públicas (pena de muerte), entre otras sanciones primitivas frente a la sociedad moderna, luego, ya a finales del siglo XIX en adelante, con las ideas del Marqués de Beccaria (César Beccaria Bonesana) como antecedente (Jiménez, 1950, pp. 248-257)

La pena –y con ello el Derecho Penal– se iría humanizando, y recaería sobre todo en el aspecto psicológico de las personas (función retributiva), que habían cometido algún hecho relevante para el Derecho Penal de última ratio, luego, con el desarrollo de la Criminología, y la teoría de la resocialización, y la ejecución penal, la pena se imponía ya con fines preventivos.

Un elemento imprescindible, talvez el más importante del *ius puniendi* del Estado y el Derecho Penal, lo constituye la pena privativa de libertad, una sanción jurídico-penal por excelencia que se mantiene en vigencia, hasta ahora; ya que, es un mal necesario. No obstante, que en algunos países europeos se ha planteado, la posibilidad de su sustitución por una sanción conciliatoria expresada en un monto pecuniario “tercera vía” del Derecho Penal (Maier, 1995, pp. 27-52).

El Código Penal peruano de 1991 acoge un sistema de sanción jurídico-penal binario, esto es, las penas (privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y la multa y, ahora último, la vigilancia electrónica personal) y medidas de seguridad (internación y tratamiento ambulatorio). A fin de contar con una idea que sea clara y completa respecto a la sanción jurídico penal, es necesario precisar, que otra forma de sanción en el Derecho Penal, lo constituyen las medidas de seguridad que se aplican a personas con determinada situación psicológica, esto es, a inimputables relativos (ausencia de capacidad de asequibilidad normativa,

distinto a los supuestos previstos en el artículo 20 del Código Penal). Cabe resaltar que en el presente (en pleno siglo XXI), existe la (posibilidad de) sanción de las personas jurídicas, por el Derecho Penal integrado pese a estar en discordancia con las categorías clásicas del delito (teoría del delito), desde la perspectiva de la Dogmática jurídico-penal

2.1.3. Fundamento Constitucional de la Pena

Para conocer el fundamento constitucional que tiene la pena (privativa de libertad) resulta una *conditio sine qua non*, *prima facie*, conocer el rol que tiene una Constitución Política en un determinado sistema jurídico penal, particularmente en el Derecho Penal dentro de un determinado Estado; es decir, el papel de la Constitución Política peruana en el sistema penal, especialmente en el Derecho Penal, dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho; pero, por otro lado, se busca la legitimación (constitucional) de la pena y su justificación.

El rol de la Constitución Política del Estado en el sistema penal peruano –no originario- (al respecto se puede afirmar, que en la dogmática jurídico-penal resulta *conditio sine qua non* tener una concepción clara de sistema, toda vez que cumple una tarea muy importante y trascendental, para el desarrollo evolutivo no solo de la dogmática jurídico-penal sino, de la ciencia en general. Pero esto no significa que el sistema produce o determina el contenido de la dogmática jurídico-penal, sino que contribuye importantemente -categoriza los componentes, simplifica el objeto de estudio-, para el perfeccionamiento de esta disciplina y del Derecho Penal, en general) (Vives, 2011), particularmente en el Derecho Penal peruano tiene dos dimensiones; por un lado, establece los límites, a través de principios adecuados al *ius puniendi* del Estado, esto es, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos de los individuos; mientras que por otro lado, considera que dichos principios limitadores son verdaderos fundamentos que buscan la protección y tutela de los valores, bienes y derechos establecidos en

la Constitución Política, de allí que se hable de la constitucionalización del Derecho Penal, que conforme a la STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, implica la limitación de un grupo considerable de principios del Derecho Penal por la Constitución y la evaluación crítica de las normas penales desde la perspectiva del Derecho Constitucional, esto, a su vez, implica la utilización como criterio (constitucional) de interpretación y no solo la aplicación de las normas penales, sino de las (principales) instituciones funcionales del Derecho Penal. El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado, a través de sus sentencias, sobre dicho proceso de constitucionalización del sistema punitivo, concretamente del Derecho Penal (Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006, 2006)

Resulta pertinente relevar lo que César Landa (Landa, 2006) menciona en su libro titulado “Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional”: que “las bases del Derecho Penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución (orden jurídico fundamental)” (pp. 263-264).

En la doctrina penal, se concibe a la pena, como una sanción jurídico-penal; por tanto es una consecuencia jurídico-penal, producto de la comisión u omisión de un determinado hecho punible (delito o falta), que es impuesta por el órgano jurisdiccional dentro de un proceso penal. Desde la perspectiva constitucional, según el autor Serrano-Piedecabras (Serrano-Piedecabras, 1999), citado por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 003-2005-PI/TC, 2006, fj. 248, “la pena consiste en una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo” (p. 49).

Ahora, desde la perspectiva filosófica jurídica, la pena es uno de los medios más importantes de control social formal como poder estatal (privativa de libertad) que encontraría su legitimación en la medida que sea necesaria, es decir, no existe otro medio (de control social)

grave que limite derechos fundamentales como la libertad personal, y que a su vez sea útil funcionalmente, vale decir, le comunicará positivamente a quién recaerá la pena, y logrará reinsertarlo socialmente (formará parte de la economía laboral del Estado); entonces la justificación de la imposición de una pena se encuentra en que el comportamiento no permitido jurídico-penalmente lesiona de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica, de las personas en sociedad.

Habiéndose establecido el papel que la Constitución Política tiene para el Derecho Penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, se puede establecer el fundamento constitucional de la pena; al respecto, el Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fj 8), siguiendo a Mir Puig, señaló que el fundamento de la pena [y también del delito] se encuentra en la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho ya que conforme al Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003, fj. 208, en este Estado, a través del Derecho Penal, se va a combatir a la delincuencia y a su vez, proteger y tutelar los derechos de los ciudadanos, respetando los principios y valores constitucionales; esto es, que el órgano jurisdiccional en representación del Estado, impondrá una determinada pena (al delincuente) (Tribunal Constitucional, STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003). Entonces, según el Tribunal Constitucional peruano (STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003) esta pena (privativa de la libertad) se justifica constitucionalmente en la protección de la sociedad contra el delito, con orientación preventiva, observando el principio de legalidad, de proporcionalidad, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, entre otros, con el propósito de proteger y tutelar los derechos de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de éste, pero además le imprime funciones de carácter social. Se pretende que los principios que lo sustentan y justifican,

tengan una base y un contenido material (fj.12, párr. 1). Según el Tribunal Constitucional peruano, el modelo de Estado Constitucional antes señalado, se configura en base a dos aspectos básicos: a) La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y b) la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitándose tornarse en obstáculo para el desarrollo social. (fj. 12, párr. 3) (Tribunal Constitucional, STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003).

2.1.4. Teorías de la Pena

2.1.4.1. La teoría absoluta (retributiva).

Según la tesis de las teorías absolutas o retributivas, se denomina teorías absolutas -compensación de la culpabilidad-, porque en doctrina existen varias teorías como autores existen al respecto, pero con diferencias mínimas, todos conciben a la pena como retribución al pasado del delincuente (haber cometido un delito); y se preguntan el porqué de la pena.

Por ejemplo, según Lesch: Dentro de esta teoría se encuentran la teoría de la expiación y la teoría de la retribución, la pena es un mal y por haber cometido un mal (delito), se le sanciona a una persona por haber realizado un mal uso de su libertad (Kant) y se le impone por razones de justicia o de imperio del Derecho (la pena solo busca la realización de la justicia, no busca ninguna utilidad social, ya que el ser humano poseedor de dignidad, es un fin en sí mismo, no puede ser instrumentalizado) (Lesch, 1999).

Además, según el autor Ernst: “La idea fundamental de esta teoría se expresa en el apotegma quia peccatum est” (p. 522) (Ernst, 2007)

Para Claus Roxin: La pena es retribución por la comisión de un delito, es la compensación como consecuencia de su hecho. En esto se agota y termina la función y fin de la pena, la teoría de la retribución de la pena en la actualidad ya no resulta sostenible científicamente y según esta teoría la misión del Derecho Penal, es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, como tal es criticable, ya que la pena no puede dejar de lado su fin social. Además, de acuerdo con esta teoría, se impone una pena allí donde no es necesaria por razones de protección de bienes jurídicos, como tal esta ya no cumple funciones del Derecho Penal, ergo pierde legitimación social. Esta teoría mantuvo su vigencia por sus fundamentos filosóficos del idealismo alemán como, por ejemplo, Inmanuel Kant (1993, p. 19) (Roxin C. , 1993).

Entonces la pena debe ser equivalente o proporcional al daño ocasionado por el delito. La pena no persigue alguna utilidad social, es independiente de ésta.

Estas teorías miran al pasado del que delinquirió (en cambio, las teorías relativas miran al futuro, teniendo como máximos representantes a Inmanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Expresan retribución moral y retribución jurídica, respectivamente). Encuentra que la pena solo tiene sentido si constituye una retribución a la culpabilidad, y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad (una de las críticas que se le formula a esta teoría, es que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito. Además, en la doctrina se señala, que detrás de esta teoría está el antiguo principio del talión-ojo por ojo, diente por diente) (García Aquino, 2017).

2.1.4.2. La teoría relativa (preventiva).

El presente enfoque respecto a la pena (fundamento o finalidad) se refiere al grupo considerable (de autores) que consideran que la pena tiene una finalidad preventiva de la

comisión de futuros delitos (el otro grupo nada despreciable son aquellos que afirman que la pena sirve para reparar las consecuencias dañosas del delito perpetrado) (Jiménez, 1992, p. 27).

En tal sentido a este grupo se le denomina “teorías relativas”, porque miran a la pena como un medio que es legítimo y tiene un fin, no absoluto, sino relativo, cambiante y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención (evitación) del delito, el mismo que constituye su objetivo - La idea de utilidad de la pena o de su eficacia encuentra su límite, en un Estado de Derecho, en la idea de justicia- (Cobo & Vives, 1999).

Esta teoría observa hacia el futuro, responde a la pregunta del porqué de la pena. Considera que la pena no es un mero instrumento que se impone con fines retributivos, sino con fines preventivos ante la afectación de bienes jurídicos fundamentales en los que la sociedad se sustenta y que son necesarios para su mantención. Está dirigido a prevenir la comisión de delitos futuros (Jaén, 1998, pp. 27-28).

Las teorías relativas de la pena tienen su fundamento filosófico en el iluminismo del siglo XVIII (p. ej., Beccaria), a finales, y consideran que la pena tiene una finalidad preventiva de racionalizar los delitos que se puedan cometer en el futuro (Jaén, 1998), que según Luis Prieto, ya los penalistas de la ilustración concebían al fin de la pena como preventiva; miraban más hacia el futuro que en el pasado con la imposición de la pena; y la pena siempre va a generar daño al que la padece (p. 46) (Prieto, 2007). Ahora, dependiendo desde qué punto de vista la pena cumple un fin útil para la prevención de delitos, la doctrina (al respecto) se ha dividido en dos (grandes) posiciones; la primera, en aquellos que afirman que la pena incide –con la criminalización positiva en la norma jurídico-penal– en el conjunto de la colectividad (donde la pena actúa positiva [refuerza o motiva] o negativamente [disuade o intimida]), y la segunda, en aquellos que afirman que la pena incide, de manera individualizada, en el infractor de la norma jurídico-penal (sea negativa o positivamente), pero también existen sus variantes, con algunas

diferencias, a las que se les ha denominado como teorías eclécticas, la teoría de la unión o diferenciadora o, la teoría dialéctica de Claus Roxin (García Aquino, 2017).

A. La Teoría de la Prevención General Negativa

Según Zaffaroni, la teoría de la prevención general negativa, como dice su nombre, es general, porque la pena actúa en la colectividad que no delinquirió; y es negativa, porque actúa intimidándolos, con la finalidad que se abstengan de delinquir (Zaffaroni E. A., 2002). En ese sentido, según esta teoría, la pena actúa sobre la colectividad intimidándolos, con la finalidad que se abstengan de cometer delitos (este aspecto de la teoría de la prevención general ve a la sociedad como un conjunto de delincuentes en potencia). El propósito de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza quedaría inefectiva (Cárdenas Ruiz, 2002). Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efectos a la ley. La prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo (p. 57). (Zaffaroni E. A., 2002)

Siendo evidente de esta manera, el fin puramente intimidatorio negativo de la pena hacia la colectividad (los ciudadanos), frente a la comisión de hechos punibles, una de las críticas que se le formula a esta teoría, en el plano político y teórico, es que permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crímenes se siguen cometiendo (Zaffaroni et al 2002, p. 59).

B. La Teoría de la Prevención General Positiva

Con la pena no solo se busca una pura intimidación negativa, sino también una función fortalecedora (afirmación) del Derecho (Penal), que en la doctrina se le conoce como Teoría de la Prevención General Positiva (p. 60) (Zaffaroni E. A., 2002). Según esta teoría, la pena genera un efecto criminal pedagógico (aprendizaje) en la colectividad que no delinquirió: más allá de

sugerencias de disuasión, tiende a mantener o reforzar la confianza de los consocios respecto del ordenamiento jurídico.

Según Mir (2006, p. 62), Roxin (1981) denomina a esta teoría, “prevención general compensadora” o “integradora socialmente”, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de culpabilidad. Mir también apunta, parafraseando a Roxin, que la pena se puede imponer de acuerdo con esta teoría, por debajo de la adecuada a la culpabilidad, siempre y cuando no resulte insuficiente para la “defensa del orden jurídico”. Esta defensa mínima supone, “la última forma de prevención general, su límite último de contención”. (Mir, 2006)

La confianza de la población en el sistema jurídico se refuerza o mantiene, simbólicamente, con la aplicación y ejecución de la pena, particularmente en el Derecho Penal (sus normas jurídicas), lográndose de esta manera, la conciencia social o respeto de la norma. Según, la prevención general positiva los ciudadanos y la colectividad en general, podrán interactuar libremente dentro de una determinada sociedad, con confianza que sus bienes jurídicos no serán vulnerados por los demás, debido a que existe un sistema jurídico penal vigente y eficaz. Una de las críticas que se le formula a esta teoría, es que la pena bajo esta concepción implicaría que el Derecho Penal tendría una injerencia (ilimitada) en los derechos y libertades de las personas. De ahí que sea necesario aplicarla bajo estricto respeto de los principios jurídico penales (el principio de intervención mínima) propios de un Estado Social y Democrático de Derecho; no obstante, ello, una agravación de la pena bajo criterios de esta teoría genera en el sistema jurídico codificado, una transformación en la relación entre la legislación y la jurisprudencia penales y, en general, una adecuada y buena percepción política-jurídica del órgano jurisdiccional. (Hassemer, 2006)

C. La Teoría de la Prevención Especial Positiva

La teoría de la prevención especial positiva considera que la pena tiene una función positiva de mejoramiento del propio delincuente, que se expresa en el momento de la

imposición de la pena y la ejecución de la misma; la versión positivista de la teoría de la prevención especial positiva (representado por Ferri, Von Liszt, Ancel), atribuye a la pena “la función de reparar la inferioridad peligrosa de la persona para los mismos fines y frente a los mismos conflictos y en la medida necesaria para la resocialización, repersonalización, reeducación, reinsertación, etc.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 57). La pena es un bien en el que recaerá, bien moral o psicofísico. Esta teoría cree en la resocialización, reeducación, reinsertación, repersonalización, etc. del infractor de la norma jurídico penal, especialmente en el reincidente. La prevención especial persigue la depuración frente al delito, mediante la actuación en el autor en un triple nivel (la pena debe intimidar al autor socialmente integrado para que no cometas nuevos delitos, resocializar al autor habitual y proteger a la sociedad frente al autor irrecuperable (Demetrio, 1999, p. 64).

D. La Teoría de la Prevención Especial Negativa

Esta teoría considera que la pena, en el momento de su aplicación y su ejecución, sobre todo en esta última, tiene como propósito, la neutralización y eliminación del infractor de la norma jurídico penal. Es una amenaza dirigida al propio autor, a quien se le comunica que si reincide se le impondrá nuevamente la pena (Righi, 2010). Para la teoría de la prevención especial negativa, desde el punto de vista criminológico (representado por Garofalo), la pena tiene como función la “eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 57).

Además, considera al infractor como un ser inferior, porque es un mal para la sociedad (cuerpo social). Esta teoría representa el agotamiento de la teoría anterior (prevención especial positiva), en el sentido de que cuando las ideologías de la resocialización, repersonalización, reeducación, reinsertación, etc. fracasan, se recurre a la neutralización del delincuente (Zaffaroni E. A., 2002).

2.1.4.3. La teoría mixta o ecléctica de la unión (teoría dialéctica de Roxin).

Las teorías mixtas o eclécticas de la unión (Vereingunstheorien), actualmente dominante, surgen a consecuencia de la “lucha de escuelas”, producto de una actitud de compromiso, conciliadora, que trata de armonizar las aportaciones valiosas tanto de las teorías absolutas como de las teorías relativas, reconduciéndolas a un modelo o marco cerrado. (p. 253) (García-Pablos, 2009).

De esta manera, según García-Pablos, la pena es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se ‘orienta’ a la realización de otros ‘fines’ de prevención general y de prevención especial; a la prevención de futuros delitos, y a la resocialización del autor. En este sentido los autores de esta teoría (ecléctica) indican que la pena, como se trata de un mismo fenómeno complejo, cumple distintas funciones, que son, es retribución (de la culpabilidad; idea de la justicia) y prevención (del delito; idea de utilidad) al mismo tiempo; la pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, justa y útil. (García-Pablos, 2009)

Esta teoría ecléctica se divide en dos direcciones; una dirección da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de la prevención (teoría retributiva de la unión), es decir, se orienta preferentemente hacia la justicia; consideran que la función del Derecho Penal es la protección de la sociedad, la protección de bienes jurídicos, que ha de realizarse con fundamento en una retribución justa y que la función de prevención (de la pena) es solo complementaria a ésta. La otra dirección se orienta prioritariamente hacia la utilidad, es decir, la pena es preventiva (teoría preventiva de la unión), correspondiendo únicamente a la retribución la función de límite máximo de las exigencias de prevención (debe señalarse que no se debe mal interpretar, que la función social preventiva de la pena tiene como base a un delincuente que va a reincidir, sino a un delincuente que no se va a desocializar con la pena impuesta por el órgano jurisdiccional), lográndose de esta manera, impedir que la pena sea superior a la que merece por el hecho cometido (pena justa como límite); de acuerdo a ello, se puede prescindir de la pena en

determinados casos, así mismo, se busca soluciones útiles que no sean injustas (p. 257). (García-Pablos, 2009)

Según Jescheck (1978) citado por García-Pablos (2009, p.253), estas teorías son producto de una reflexión práctica y de una experiencia atenta al fenómeno “global”, “total”, de la pena; y de un método (el dialéctico). Singular atención merece la teoría dialéctica de la unión de Claus Roxin; es dialéctica porque acentúa la oposición de los diversos puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis (Lesch, 1999). La forma de alcanzar este extracto, según el autor Roxin, consiste en atribuir a la pena distintas funciones –consideración “gradual” de los fines de la pena–, según el momento de que se trate, esto es, según se trate de la amenaza o la conminación legal, del momento de la determinación de la pena o del momento de la ejecución. De esta manera, la pena no tiene una función, ni un fin exclusivo (también es preventiva).

Según García-Pablos (p. 264), parafraseando a Roxin, en cada una de estas fases (momentos), la pena estaría llamada a cumplir un fin distinto, si bien ninguna de ellas sería independiente del anterior o anteriores, sino que asumiría los fines de éstas. García-Pablos también precisa, que trata de subsanar los defectos metodológicos de las teorías monistas (una de las críticas a estas teorías), atentas solo a manifestaciones parciales de la potestad punitiva del Estado y los de las teorías de la unión, que adicionan, sin orden, ni sistema las diversas perspectivas del fenómeno ‘total’ de la pena. A la “teoría dialéctica” de Claus Roxin, se le considera no como una variante de la teoría de la unión, sino una síntesis distinta a éstas, para quién, además, la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece (García-Pablos, 2009).

2.1.5. Clases de Pena

En nuestro Código Penal, el legislador intentó sistematizar las penas agrupándolas en cuatro categorías: penas privativas de libertad, penas restrictivas de libertad, penas privativas de derechos y multa. Esta estructura otorga al Código Penal de 1991 una mayor transparencia, facilitando su estudio e interpretación

2.1.5.1. Pena privativa de libertad.

Para Jescheck: Luego de la pena de muerte, la pena privativa de libertad es formalmente, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de seguir siendo la pena que más identifica al derecho penal actual, su importancia como instrumento de política criminal ha disminuido sensiblemente. Esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad (Jescheck H. , 1982).

"El legislador de 1991 señala «la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad» (Exposición de Motivos del Código Penal, 1991).

La variedad del sistema de sanciones del Código Penal de 1991, no niega el hecho que la pena privativa de libertad esté prevista como pena principal en más de 187 infracciones penales contempladas en dicho cuerpo normativo.

La incorporación en el Código Penal de nuevas penas (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación, expulsión) o de otras formas, diferentes a la suspensión de la ejecución de la pena, de atenuar la aplicación o de sustituir la pena privativa de libertad (conversiones, reserva del fallo condenatorio, exención de la pena) no disminuyen notablemente su importancia en el sistema de sanciones. En realidad, el legislador no renunció a

las penas privativas de libertad de corta duración; al colocar el mínimo de duración de esta pena en dos días no hizo más que ratificar la opción ya asumida desde el Código derogado. No atenuó tampoco la importancia de su aplicación mediante la previsión de una cláusula de ultima ratio que haga de la pena de corta duración una sanción excepcional. Las desventajas resultantes de una pena privativa de libertad con límites mínimos excesivamente bajos son diversas; al ser excesivamente cortas son incompatibles con los esfuerzos por resocializar al delincuente. Es prácticamente imposible que en el lapso de unos meses la ejecución penal pueda influir positivamente sobre el condenado. Desde la perspectiva administrativa, la organización de medidas de tratamiento penitenciario requiere de un periodo de tiempo para su aplicación efectiva. Además, una pena de este tipo desarraiga inútilmente al condenado del medio social y familiar, situación que, en un medio como el nuestro con una alta tasa de desocupación y subempleo, tiene efectos contraproducentes (Navarro Althaus, 1997).

En cuanto a la duración máxima de la pena privativa de libertad, el legislador reformó tímida, pero favorablemente la concepción subyacente en el Código derogado. En éste se preveía la posibilidad de imponer penas relativamente indeterminadas como el internamiento: siendo su duración mínima 25 años, sin embargo, no tenía una duración máxima. En el Código Penal vigente se fija la duración máxima de esta pena en 25 años. No obstante constituir un avance, esta opción sobrepasaba la tendencia legislativa en el derecho comparado que fija en 20 años el promedio de duración máxima de esta pena (Villavicencio Terreros, 2007).

Los alegatos a favor de la reducción sustantiva del tiempo de duración de la privación de la libertad tienen relación fundamentalmente con su adecuación a los fines de prevención especial de la pena.

Pretender modificar positivamente el comportamiento de un condenado recluido tanto tiempo constituye una amarga ironía. En todo caso, el legislador de 1991 ha previsto el máximo de duración de la pena en contados delitos: parricidio (art. 107), asesinato (art. 108), genocidio (art. 129), violación de menores (art. 173, inc. 1), tráfico de drogas calificado (art. 297), traición a la patria (arts. 325, 328, 329, 331, 332) y terrorismo, cuando aún estaba previsto en el Código (arts. 319, 320, 321 y 323). (Navarro Althaus, 1997)

2.1.5.2. Penas restrictivas de la libertad.

Este tipo de penas comprende la expatriación de los nacionales y expulsión de los extranjeros (art. 30 del Código Penal); ambas se aplican como penas acumuladas a la pena privativa de libertad, teniendo una duración determinada, en el primer caso (hasta los 10 años), e indeterminada en el segundo caso. Retomando, esta vez con carácter de pena, la legislación especial en materia de tráfico ilícito de drogas (art. 63 del D.L. 22095,), el legislador prevé específicamente la expulsión de extranjeros en los casos de comisión de este delito (art. 303). La pena de expatriación de nacionales está prevista en determinados delitos (dolosos) contra la seguridad nacional y de traición a la patria (arts. 325, 326, 329, 330, 331, 332).

Su inclusión en el Código vigente va a contra corriente de la tendencia político criminal de proscribirla del catálogo de sanciones penales. La urgencia del legislador por introducirla en el sistema de penas se pone en evidencia en la forma cómo rectificó la exposición de motivos del Proyecto de 1990 (Villavicencio Terreros, 2007). Al mencionar las clases de pena previstas por el Código Penal, el legislador de 1991 señaló: “El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (art. 28)” (Exposición de Motivos del Código Penal, 1991).

Pese a tener un alcance práctico limitado, estas penas resultan incompatibles con un sistema de sanciones moderno y adecuado a la Constitución. La expulsión de extranjeros no tiene por qué ser considerada como una pena. La finalidad político criminal de la expulsión de extranjeros no es la de retribuir la comisión de un delito, ni la de prevenir, mediante su efecto disuasivo, la comisión de futuros delitos. No puede tener dicho carácter pues en este caso la pena privativa de libertad, ejecutada previamente, ya habría cumplido dichos fines. A fuerza de ser coherente y equitativo, el legislador debió, en el mismo caso, prever la pena de expatriación del nacional que cometa el delito de tráfico ilícito de drogas. Solución que, ciertamente, hubiera sido inviable, pues ningún otro Estado aceptaría recibir narcotraficantes (Navarro Althaus, 1997).

Por otro lado, no es comprensible que la función de resocialización de la pena privativa de libertad previamente cumplida, se contradiga posteriormente con la expulsión del extranjero que tiene ciertos vínculos de integración al país (Prasts, 1996). Tampoco es aceptable la duración indeterminada de esta pena. Hubiese sido más razonable que el legislador optara por dejar a la legislación de extranjería la regulación de dicha medida. En la legislación comparada, se justifica la expulsión como sanción administrativa vinculada a la comisión de un delito; pero en este caso su duración es proporcional a la gravedad de la infracción cometida y su finalidad es diferente: garantizar la seguridad de los habitantes del Estado de donde el condenado es expulsado.

La pena de expatriación de nacionales constituye igualmente una innovación infeliz del legislador. Su dudosa constitucionalidad y su clara incompatibilidad con el derecho internacional han sido relevadas unánimemente por los autores nacionales (p. 500 y s.) (Peña R. , 1995). Al margen de su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado de ingresar en el mismo, cabría también evaluar constitucionalmente su legitimidad. Como su

nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones; en ese sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D.Leg 703). Sin embargo, la concretización de estas restricciones está sujeta al examen de tres condiciones: un interés público predominante, una base legal suficiente, y la observancia de la proporcionalidad de la medida. Estas condiciones difícilmente se cumplen en la manera como han sido reguladas estas penas: el interés público de expulsar a un extranjero que ha cometido un delito puede ciertamente existir y prevalecer sobre el interés del condenado de permanecer en el territorio nacional, pero difícilmente puede sostenerse que una expulsión indeterminada satisfaga las exigencias del principio de legalidad, ni mucho menos del principio de proporcionalidad (Navarro Althaus, 1997).

No puede existir interés público preferente en expatriar a un nacional luego de que éste haya purgado 15 o 20 años de privación de libertad; tampoco puede sostenerse que la expatriación sea una pena adecuada al fin de prevención especial negativa. Pues si de lo que se trata es de evitar que el nacional vuelva a coludirse con un Estado extranjero, no se percibe de qué manera se atenúa o desaparece dicho riesgo expulsándolo del territorio nacional. Finalmente, no existe, una justificación moral para que el Estado se deshaga de sus nacionales que han cometido un delito dentro de su territorio. El principio de personalidad, que hace posible la extradición activa de los nacionales, contradice precisamente la razón de ser de este tipo de pena.

2.1.5.3. Penas limitativas de derechos.

Dentro de las penas limitativas de derechos están consideradas, por un lado, las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación, como aparece en el artículo 31 del Código Penal.

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación, debido a que el título adoptado para nombrarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido. Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho (Nino, 1983). La libertad constituye una facultad natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar (Real Academia, s.f.). Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación responden a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva” (Exposición de Motivos del Código Penal de 1991). A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del

condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

Según Junger-Tas, a efecto de no caer en un optimismo falso sobre la viabilidad práctica de las nuevas penas debe evaluarse con prudencia el argumento financiero de la exposición de motivos. Esta percepción puede resultar unilateral, simplista y, por ende, contraproducente en el mediano y largo plazo si es que no se examinan debidamente cuestiones tales como su costo real, la programación de su ejecución y sus efectos globales sobre el sistema penal. En todo caso, y a fin de llevar a su exacta dimensión la importancia del criterio económico, tendrían que evaluarse factores tales como: número de sustituciones o conversiones de la pena privativa de libertad, duración de las penas sustituidas, tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, número de procesos a que da lugar la revocación de la conversión, costos marginales de la detención, costos de gestión de las penas limitativas y de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios (Junger-Tas, pág. 69).

La regulación de las penas limitativas de derechos presenta algunos defectos de técnica legislativa que complican notablemente la aplicación de las nuevas penas; así, en el art. 32 del Código Penal, se establece que “las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y como substitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años”. Cuando se diferencia entre penas autónomas y substitutivas, se amplía aparentemente su función, de esta manera, el legislador se aleja del criterio asumido en el Código Penal brasileño, que sirviera de fuente en este ámbito. El legislador brasileño trata ambas características como

aspectos de la misma cuestión: las penas son autónomas porque son aplicadas independientemente, pero al mismo tiempo son substitutivas de la pena privativa de libertad (el art. 44 de dicho Código Penal establece que “Las penas restrictivas de derechos son autónomas y substituyen las penas privativas de libertad”). Si el legislador peruano quería ir más allá de su homólogo brasileño, previendo específicamente estas penas en la parte especial, hubiera optado por evitar toda confusión terminológica prescindiendo de clasificaciones dogmáticas en la ley y tratando estas modalidades de aplicación como disposiciones independientes.

Un segundo problema es el relativo a la función de estas penas dentro del sistema de sanciones; en ese sentido, es de preguntarse si la función substitutiva prevista en el art. 33 del Código Penal es cualitativamente diferente de la función prevista en el art. 52 de dicho cuerpo normativo, que regula el sistema de conversiones. En efecto, cabe pensar, *prima facie*, que estas penas pueden, por un lado, substituir las penas privativas de libertad, de acuerdo con el art. 32 y, por otro lado, convertirlas de acuerdo al art. 52 del Código Penal. Para Villavicencio (p. 206), se trata de dos caras de la misma moneda se muestra a favor de una aplicación diferenciada de estos dos artículos; es decir, el art. 32 cuando sea de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y del art. 52 cuando se trate de la multa la pena substituta (Villavicencio Terreros, 2007). En el art. 33 sólo se fija el principio general de substitución, en tanto que en el artículo 52 se precisan los criterios de conversión (llámese substitución). La razón de esta dificultad interpretativa puede rastrearse desde los inicios del proceso de reforma penal. En el Proyecto 1984 (art. 66) se preveía ya la posibilidad de convertir la pena de prestación de trabajo en favor del Estado. Luego, en los proyectos de 1985 y 1986, se establecía únicamente las condiciones de conversión. Recién en el Proyecto de 1989 se previó que las penas limitativas de derechos podían substituir a la pena privativa de libertad cuando ésta fuera inferior a los tres

años (art. 36), pero manteniéndose el sistema de conversiones dentro de este límite. Más adelante, en el Proyecto de 1990, se estableció la versión definitiva (vigente en el Código Penal de 1991); de la misma manera que en las penas restrictivas de libertad, en el Proyecto de enero de 1991 se introdujo una modificación de última hora: se mantuvo lo propuesto en el Proyecto anterior, pero se redujo únicamente, en la parte de las conversiones, el límite de tres años a un año (Navarro Althaus, 1997).

Se ha llegado así a la situación paradójica que, por un lado, estas penas puedan sustituir aparentemente penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayores requisitos que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro lado, se puedan convertir penas privativas de libertad con límites cuantitativa y cualitativamente más estrictos (penas no mayores de un año y de carácter conminado). Finalmente, como señala el autor Víctor Prado, se trata de un lamentable error que debe ser corregido; pero, a diferencia de lo que parece dejar entrever, la fijación en un año del límite de conversiones previsto en el art. 52 del Código Penal no es en realidad un error de redacción, sino de política criminal al restringirse al máximo la aplicabilidad de estas penas como penas substitutivas (Prado, 2010).

2.1.5.3.1. Prestación de servicio a la comunidad.

En cuanto a las características de esta pena resulta necesario hacer algunas precisiones, primero, el contenido de la prestación realizable por el condenado puede abarcar todo tipo de trabajos, incluso trabajos calificados; de esta manera, la amplitud de opciones facilitará la ejecución de esta pena; sería además discriminatorio establecer diferencias entre los trabajos calificados y no calificados. El criterio decisivo para establecer el alcance de las prestaciones susceptibles de ser comprendidas en la ejecución de la pena no es la calidad de la prestación in abstracto, sino las condiciones personales que tenga el condenado.

El legislador, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del Juez la elección de la pena substitutiva de la pena privativa de libertad; sin embargo la función substitutiva de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está sujeta a criterios jerárquicos que privilegie su aplicación frente a otras penas. El problema que plantea la falta de ordenamiento jerárquico de las penas substitutivas es, cómo puede el juzgador formar su decisión a favor de esta pena, sin contar con los elementos necesarios para establecer su idoneidad en un caso concreto. A diferencia de otros países, en los que el órgano de ejecución y control cumple igualmente una función consultativa, antes de la elección de la pena, en el caso nuestro la decisión es más intuitiva. ¿Qué factores decidirán al juez en favor de esta pena y no de una multa o de una pena de limitación de días libres? ¿Tomará en cuenta la solvencia económica del condenado, su aptitud para el trabajo, su experiencia laboral, sus antecedentes, su edad, su conformación psicológica, su grado de integración social o familiar ...? Estos criterios requieren de una información individualizada y especializada que el juzgador no podrá obtener a través del expediente (Navarro Althaus, 1997). Otra característica que ha sido materia de discusión tratándose de esta pena es el consentimiento del condenado. La legislación comparada y la doctrina han considerado indispensable dicho requisito para salvar objeciones relacionadas con la proscripción en los Convenios OIT del trabajo forzado. Hay sin embargo más ficción que realidad en esta salida. La voluntad del condenado es más un eufemismo legislativo frente al garrote de la pena privativa de libertad substitutiva que pende sobre el condenado. Resulta difícil imaginar que alguien prefiera la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad. Se trata, como dice Vass, de una visión “voluntarista” que ha devenido en un “respetable mito” pues en la práctica no tiene significación alguna (Jung, 1992). Lo cierto es que, en el caso de nuestro país, el consentimiento del condenado es más una necesidad de política criminal que una

exigencia constitucional. En efecto, frente a la exigencia del art. 23 de la Constitución peruana que establece que nadie está obligado a prestar un trabajo, sin su libre consentimiento, sólo cabría interpretar a contrario dicha disposición para considerar que esta pena requiere lógicamente del acuerdo del condenado. En definitiva, esta condición tiene sentido dentro del marco de los fines de la pena. Es indudable que si se quiere que la pena tenga éxito, se debe contar con la cooperación del delincuente. Imponerle verticalmente la ejecución de una prestación no es el mejor método para intentar integrarlo o para reforzar su responsabilidad social (Navarro Althaus, 1997).

La duración máxima de la pena de prestación de servicios a la comunidad se aleja definitivamente del baremo promedio en la legislación comparada.

El fijar en 1560 horas el límite máximo de la pena, sin hablar ya de los exorbitantes resultados a los que se llega mediante la conversión (art. 52), se contradice con la función de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración. Al igual que la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está en relación directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. En un contexto como el nuestro, en el que no se cuenta aún con la suficiente experiencia en su aplicación y en el que la carencia de recursos es un factor negativo, es mejor concentrarse en la gestión y control de prestaciones de corta duración que pretender realizarlo en periodos prolongados (Navarro Althaus, 1997).

La pena de prestación de servicios a la comunidad no ha estado exenta de críticas desde la perspectiva de su legitimidad y viabilidad práctica. Se pone en duda su carácter de pena teniendo en cuenta que el asentimiento del condenado acentúa excesivamente el elemento consensual en el derecho penal (SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT, 1994). Sin embargo, el consentimiento del

condenado no elimina la necesidad de constatar la culpabilidad por el hecho cometido, ni dificulta la realización de los fines de la pena. En particular, esta pena está asociada a la finalidad de prevención especial puesto que somete al condenado a una especie de “training social”: el contenido educativo subyacente a su ejecución tiene un efecto socialmente integrador.

Esta pena ha sido descalificada por su aparente carácter infamante. Se la considera incluso más grave que la simple detención, debido a que expone al condenado a los ojos de la opinión pública. Crítica que en realidad parece excesiva dado que resulta bastante relativa la determinación de qué pena está más expuesta al conocimiento público. Además, el progreso de los sistemas de información no hace necesaria la exposición física del condenado para que éste sea objeto de la crítica social. En todo caso, el efecto infamante, inherente a todo tipo de pena, puede ser limitado si su ejecución se rodea de garantías (proporcionalidad, respeto de la dignidad, prohibición de la arbitrariedad, etc.).

No han faltado naturales dudas o cuestionamientos sobre el nivel de aceptación que pueda tener esta pena, aun cuando las beneficiarias directas sean las instituciones de utilidad pública en las que debe cumplirse esta pena, en todo caso queda por constatar el buen comportamiento del condenado. Posiblemente sea difícil integrar en programas de ejecución de servicios a la comunidad, a condenados por delitos o faltas contra el patrimonio por la explicable desconfianza social que tales infracciones despiertan, sin embargo no menos difícil será la integración de condenados por infracciones violentas; pero en la implementación de toda medida de política criminal debe pasarse por un proceso de aprendizaje. Es necesario informar e informarse sobre las ventajas de una nueva institución, a efecto de que llegue a insertarse debidamente en el sistema social.

Como señala Kellens (p.49), en función de la experiencia vivida en otros países, esta pena no reduce a cero la tasa de reincidencia. Aún más, es posible que un déficit en la gestión y control de la pena pueda resultar contraproducente en el mediano plazo. De manera realista debemos asumir con reserva sus bondades; estas serán una realidad si es que existen programas administrativos mínimamente adecuados y la cobertura financiera suficiente. De lo contrario, el fracaso de esta pena no haría sino dar la razón a quienes sostienen que la diversificación de las medidas amplía la utilización del sistema penal sin jamás reducirlo, puesto que las medidas nuevas en lugar de reemplazar las medidas antiguas simplemente se agregan (Kellens, 1993).

2.1.5.3.2. Inhabilitación.

El Código Penal de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación; por ejemplo, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el Código derogado como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos. De esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario. Así mismo, es de considerar que el comiso puede funcionar mejor, en el ámbito penal, para regular este tipo de situaciones de obtención ilícita de ganancias (Navarro Althaus, 1997).

El legislador de 1991, dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, sólo consideró penas de inhabilitación temporales, debido a que la inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Frente a la supresión de los supuestos antes mencionados, se agregó al Código Penal de 1991, otras modalidades de inhabilitación. Acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36 de dicho cuerpo normativo, la suspensión o cancelación del porte o uso de armas de fuego o de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción

civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena a la declaración de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Es difícil, sin embargo, encontrar un denominador común a los ocho casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado. Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria. (Navarro Althaus, 1997).

Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad ...), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal. Habría que preguntarse entonces si la existencia de penas accesorias, como en el presente caso, son aún válidas en la política criminal moderna y si son compatibles con la aceptación de una pena con diversas funciones. No pueden cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas (De Figueiredo, 2013)

La finalidad básica de la imposición de las penas de inhabilitación, es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho

afectado. Esta función protectora se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

Una revisión rápida de las modalidades particulares de la pena de inhabilitación previstas en el art. 36 del Código Penal, nos permite hacer las consideraciones siguientes:

- a. La privación de función, cargo o comisión (inc. 1), retomada ad integrum del Código derogado sólo tiene por destinatario el funcionario o servidor público o una persona que sin ostentar tal calidad se desempeña en un puesto público. La pérdida de la función, cargo o comisión implica la privación tanto del goce como del ejercicio de éstos. A diferencia de otras legislaciones, como la española, en el Código Penal vigente no se considera como un supuesto distinto y autónomo la suspensión de empleo o cargo público (art. 43 de la Constitución Política). Este último es considerado, en la legislación española, como un supuesto diferenciado de la inhabilitación especial (Gracias Marin, Boldovia, & Alastuey, 1996). Siendo una inhabilitación específica, el juzgador debe señalar clara y expresamente la función, el cargo, o la comisión que es objeto de la inhabilitación.
- b. El legislador de 1991 resolvió tratar separadamente la incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos o comisiones de carácter público (inc. 2) del caso anterior. De este modo resulta más mesurado, desde de la perspectiva de la individualización de la pena, el tratamiento diferenciado de la privación de la función -latu sensu- adquirida y de la incapacidad para obtenerla en el futuro. De modo que es algo artificiosa la distinción que se hace de ambas categorías, señalando que “la privación supone la perpetua extinción de la relación del sujeto con determinados derechos o actividades, mientras que la incapacidad

tiene una eficacia temporal limitada al tiempo de la condena” (Bramont Arias & Bramont Arias Torres, pág. 211). La perpetuidad de la privación no es compatible con el carácter temporal de la pena de inhabilitación prevista en los artículo 38 y 39 del Código Penal vigente.

Queda abierta la cuestión de si la incapacidad o la privación recaen sobre los mismos objetos o por el contrario, la diferenciación asumida responde a la diversa amplitud de la inhabilitación. Por un lado, en el caso de la privación se hace alusión a la privación de la “función” mientras que en el caso de la incapacidad se menciona la incapacidad para obtener un “mandato”; matiz que ni siquiera el Proyecto de enero de 1991 lo contemplaba. Por otro lado, el inc. 2 del art. 36 del Código Penal adiciona a la incapacidad para obtener un mandato, cargo o comisión públicas, la imposibilidad de obtener un “empleo”; Aun cuando sea aparentemente más amplio el alcance de la incapacidad, debe precisarse en la sentencia condenatoria cuál es la función sobre la que recae la incapacidad (Gracia Martin, Boldova, & Alastuey, pág. 120). El carácter disyuntivo de la norma en cuestión exige tal interpretación.

- c. El legislador de 1991 no desarrolló lo dispuesto en la entonces Constitución Política de 1979 que señalaba, como se reproduce literalmente en la Constitución de 1993, la suspensión de la ciudadanía por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. En el inc. 3 del art. 33 de la Constitución vigente se invierte la fórmula diciendo que la “inhabilitación producirá ... 3º suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia”. Tenor uniformemente mantenido a lo largo del proceso de reforma penal, salvo el Proyecto de 1984 que prescribía la suspensión de los derechos políticos en general. De todos modos, la fórmula actual sigue siendo excesiva porque puede comprender no sólo el derecho de ser elegido (más amplio que la incapacidad del inc. 2), sino además el derecho de elegir, que por ser el más elemental en

la participación en la vida democrática del país, no puede ser negado. Aquí es donde los fines de la pena pierden todo sentido, saliendo a relucir más bien su carácter infamante.

- d. En relación a la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (inc. 4), sólo se relievra el tratamiento uniforme de esta incapacidad: el juzgador debe precisar el tipo de profesión, comercio, arte o industria, objeto de la inhabilitación. Ha de establecerse un nexo de determinación entre la violación del deber de profesión, comercio, arte o industria y la consecuencia jurídico penal; de otro modo, la sanción será desproporcionada, criminógena (condena al hambre) e impropia en su finalidad de aseguramiento.
- e. La incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela (inc. 5) tiene dos alcances distintos. Primero, si la incapacidad recae sobre el ejercicio de la patria potestad, por extensión motivada por las normas civiles, alcanza igualmente el ejercicio de la tutela y curatela (arts. 515 y 568 del Código Civil de 1984). Pero, segundo, la suspensión de cualquiera de estos dos últimos no implica necesariamente una suspensión de la patria potestad. Es cierto que la violación del deber de confianza en la tutela o curatela puede justificar el temor sobre la aptitud del condenado para ejercer la patria potestad. En todo caso, el juez debe motivar debidamente la extensión de esta modalidad de inhabilitación.
- f. En cuanto a la suspensión y cancelación de la autorización para portar armas o hacer uso de armas de fuego (inc. 6), las críticas de Boldova Pasamar al Código Penal español son pertinentes en nuestro país (Boldova Pasamar, 2003). Retomando sus observaciones debemos llamar la atención del hecho que no se haya previsto esta forma de inhabilitación en los delitos en los que son evidentes el nexo causal entre el comportamiento delictivo y la consecuencia jurídica (por ejemplo, art. 279 del Código Penal, sobre tenencia ilícita de

armas). Ciertamente, la dureza de la pena privativa de libertad prevista para este caso (6 a 15 años) podría hacer pensar que una inhabilitación adicional es superflua. Igualmente, se puede recurrir a las disposiciones administrativas, así como al comiso de los objetos del delito. Sin embargo esta forma de inhabilitación es más amplia en sus efectos preventivos si es considerada como pena. Además, resulta incomprensible que el legislador prevea esta pena tratándose de un delito de homicidio culposo (art. 111 del Código Penal), y por el contrario omita preverlo para el caso de un homicidio doloso (más aún si el arma fue el medio utilizado).

- g. Es indudable la pertinencia y la conveniencia político criminal de la suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo (inc. 7). Lo mismo podemos señalar de su aplicación, como pena accesoria, en el caso de los delitos culposos de tránsito (art. 40). Sin embargo, debemos formular tres observaciones. Primero, el legislador ha creado una categoría de delitos que ha decidido llamar “delitos de tránsito”. ¿En aras del respeto al principio de legalidad no hubiera sido más propio adoptar un criterio taxativo designando los tipos legales que caen bajo esta noción? Segundo, como en el inciso anterior, el legislador prohíbe lo menos, pero permite lo más: sanciona con una pena adicional las conductas culposas, pero deja de lado las conductas dolosas que tengan como instrumento delictivo un vehículo. Piénsese por ejemplo en un delito de omisión de prestar auxilios necesarios (art. 127 CP), de huida después de haber herido o incapacitado a una persona (art. 126 CP), o simplemente el hurto de uso de un vehículo (art. 187 del Código Penal). La fórmula adoptada en el Anteproyecto de la parte general del Código Penal suizo es más adecuada (en el art. 47, literal b se prevé dicha inhabilitación en caso de delitos dolosos: “...cuando el autor...ha sustraído un vehículo con la intención de utilizarlo o ha conducido, a

sabiendas, un vehículo hurtado”). Tercero, el legislador se queda corto previendo únicamente la suspensión o cancelación de las autorizaciones ya concedidas. Le hubiera dado un mayor alcance preventivo a esta modalidad de inhabilitación si contemplaba también la incapacidad para obtener la autorización.

2.1.6. Determinación de la Pena

Cometido el hecho punible por una determinada persona, sea mediante una acción u omisión, corresponde la respectiva formalización de la denuncia por parte del representante del Ministerio Público, con la finalidad que sea sancionado (a título de autor o de partícipe) o sea absuelto, según sea el caso, dentro del proceso penal; la sanción puede ser una pena o medida de seguridad, debido a que el sistema jurídico-penal peruano de sanciones, está establecido, principalmente, en el Código Penal de 1991, y comprende a la pena (privativa de libertad, limitativa de derechos, restrictivas de libertad y la multa) y a la medida de seguridad (internación y tratamiento ambulatorio); se impondrá una pena cuando la persona es hallada responsable de la comisión de un hecho típicamente antijurídico (delito o falta), en razón de que tiene capacidad de culpabilidad, conocimiento (virtual) de la antijuricidad y le es exigible actuar de acuerdo a Derecho; y se impondrá una medida de seguridad igualmente como la anterior, pero en esta situación, la persona (mayor de 18 años de edad) carece de capacidad de imputación, sea porque sufre una grave alteración de la conciencia, en general, padece de alguna grave anomalía psíquica relevante jurídico penalmente; es decir, es inimputable, claro esta consideración es distinto a los supuestos establecidos en el artículo 20 del Código Penal de 1991 (García Aquino, 2017).

Por otro lado, la atribución de las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas, medidas de seguridad, entre otras) al autor o partícipe, es todo un proceso (dinámico)

sistematizado y ordenado que realiza el órgano jurisdiccional, dentro del proceso penal, siendo una de ellas, la determinación de la pena, pero a nivel judicial; se señala esto, porque existe, previamente, la determinación de la pena a nivel legislativo (Strafbemessung) realizado por el legislador, en la ley penal; pero se debe centrar en el primero, en la determinación judicial de la pena (Strafzumessung, 2005).

En la determinación judicial de la pena se lleva a cabo (se materializa) la conminación penal de la ley para el caso concreto y constituye el punto más importante, dentro del marco del proceso penal, donde se hace referencia al autor y al hecho punible (elementos circundantes).

Con lo expuesto en los párrafos precedentes, surge la siguiente interrogante: ¿qué es la determinación judicial de la pena?, no es más que el conjunto de actividades debidamente sistematizados y ordenados que realiza el órgano jurisdiccional para identificar (cualitativo y cuantitativo) la sanción a imponer al procesado en el caso concreto. Es decir, a través de ella se evalúa y decide sobre el tipo, extensión y el modo de ejecución de la pena o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso (Prado, 2010); el autor Víctor Prado también señala, que “la determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez [Sic] penal.” (Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 de julio, 2008, fj. 9).

No obstante, de la definición antes mencionada, tiene mayor acogida la definición del autor Hans-Heinrich Jescheck (p.785-788): Como la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria, claro, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados (Jescheck H. H., 1993), autor que denomina al instituto jurídico de la determinación judicial de la pena “individualización de la pena” que, a su vez, lo diferencia de la determinación legal de la pena.

Detallando más esta definición (de Jescheck) de la determinación de la pena, se la considera como la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, particularmente la pena (privativa de libertad), según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquella(s), “escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente.” (p. 785), esta definición de determinación judicial de la pena se concibe, como un acto de discrecionalidad (parametrada) del órgano jurisdiccional.

Si bien la determinación de la pena no comprende solo la fijación de la pena, esto es, la elección de la clase y monto de la pena, tal como su nombre parece indicar, también es cierto que hace referencia al modo de ejecución de la pena establecida, sea como la suspensión condicional de la pena, el cumplimiento en un establecimiento penitenciario determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de reglas de conducta, la indemnización del daño, o la forma de pago de la multa, entre otras; es decir, se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible. (Ziffer, 1996, p.23).

2.1.6.1. Fundamento constitucional y legal

No parece posible examinar los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal peruano vigente (Arts. 45 y 46 del Código Penal), haciendo la conceptualización de los principios generales plasmados en los artículos I a X del Título Preliminar del estatuto represor (Prado Saldarriaga V. , 1999) pág. 21 y ss, que, a su turno, son verdaderos desarrollos de las disposiciones constitucionales —en especial los artículos 1, 2, 3, 138, 139, 162 del Código Penal— y de las normas pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Evidentemente, por tratarse de auténticas directrices hermenéuticas, esos axiomas están llamados a servir de orientación para todo el sistema penal, y, en particular, para la problemática de la

determinación de la pena, motivo por el cual no pueden ser soslayados por el intérprete, el analista, o el administrador de Justicia.

Siguiendo esas directrices constitucionales —para el caso las contenidas en la Constitución Política de 1.993— y legales, el legislador de 1.991 ha concebido las pautas correspondientes en el Capítulo II, del Título III, básicamente en los Arts. 45 y 46 del Código Penal, los cuales disponen lo siguiente:

"Artículo 45°. -El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen".

Artículo 46°. – Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;

8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima" (Código Penal, 1991).

2.1.6.2. La fundamentación y determinación de la pena en sentido amplio. alcances del artículo 45.

1. El origen de la fórmula. Este texto, que no armoniza con el plasmado en el Art. 46 del Código Penal, fue confeccionado tomando como punto de partida el Art. 46 del Proyecto de reformas a la Parte general del Código Penal de Argentina, presentado por los Diputados Nacionales Néstor Perí y Oscar L. Fappiano, de la Bancada del Partido Justicialista, donde sí tiene una explicación coherente; de allí, al parecer, lo tomaron los redactores del Código de 1.991 (Pozo, pág. 54).
2. Las situaciones previstas en la disposición. El texto legal enfrenta al intérprete ante dos previsiones distintas: de un lado, emplea los conceptos de fundamentación y de determinación de la pena -noción diversa a la de determinación de la pena "dentro de los límites fijados por la ley", consagrada en el Art. 46 del Código Penal-; y del otro, señala tres pautas genéricas para que el funcionario judicial cumpla con dichas tareas: las carencias sociales sufridas por el agente; su cultura y costumbres; y los intereses de la víctima, de su familia, o de quienes dependen de ella. Por ello, debemos ocuparnos de cada uno de estos asuntos.

En lo que respecta a la primera de las situaciones anotadas, la norma consigna dos conceptos diferentes. En primer lugar, el de la fundamentación de la pena, esto es, el proceso mediante el cual el juzgador indica cuál es el cimiento, razón de ser, o principio, sobre el cual edifica la tasación de la sanción o sanciones a imponer, o sea, los argumentos jurídicos fundamentados en criterios racionales que sustentan su decisión (Ziffer, 1994); en otras palabras: la disposición reafirma la exigencia constitucional (núm. 5 del Art. 139 de la Constitución, dispone: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional...5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos") según la cual se deben cimentar adecuadamente las resoluciones judiciales, de tal manera que al condenado no se le sorprenda con tasaciones de la pena caprichosas que, por lo demás, también contrarían la Ley Fundamental en cuanto consagra como modelo de convivencia comunitaria el propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana (Cfr. Arts. 1 y 43 de la Const.). Así las cosas, por inmediatas disposiciones de orden constitucional y legal, el juez peruano está obligado a exponer las circunstancias que son decisivas en el proceso de determinación de la pena, sea que se le entienda en un sentido estricto o en uno amplio. (Velasquez V.)

El segundo concepto es el de la determinación de la pena, esto es, aquella tarea comprensiva de todas las cuestiones relativas a la imposición y ejecución de la sanción penal, como las atinentes a los fenómenos de la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la conversión de la pena privativa de libertad no mayor de dos años en pena de multa, o la conversión de la pena de multa no pagada en pena privativa de libertad, y, por

supuesto, la fijación de plazos para el pago de la multa, etc.; esto es, se parte de una noción amplia de tal figura. No se refiere, entonces, en el Art. 45 del Código Penal a la noción estricta utilizada por el Art. 46, al tenor de la cual se entiende por determinación de la pena la operación mental mediante la cual el Juez, en concreto, una vez examinadas las diversas categorías del hecho punible, fija, precisa, señala cuales son las sanciones imponibles al trasgresor de la ley penal; esto es, la determinación de la pena dentro del marco punitivo, acorde con la culpabilidad por el hecho (Velasquez V.).

La distinción precisada antes se impone, pues de lo contrario no sería posible armonizar el texto del Art. 46 del Código Penal —redactado a partir del Art. 41 del Código argentino de 1.921— con el del Art. 45 —que se deriva del Proyecto argentino antes mencionado—, y éste último terminaría posibilitando una duplicidad de patrones de individualización de la pena, llamada a sembrar el caos y la confusión, sobre todo cuando se piensa en las pautas contenidas en el Título Preliminar del Código. Así, la propia doctrina lo ha propuesto, como las reflexiones de HURTADO POZO sobre el asunto: "En el Art. 45, se trata del "momento de fundamentar y determinar la pena" y, en el Art. 46, del momento de "determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley".

3. Los criterios acogidos. Las pautas para cumplir con las tareas mencionadas son tres, en sentido amplio: en primer lugar, se deben tener en cuenta las carencias sociales del agente, con lo cual se consagra el llamado principio de la co-culpabilidad o corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito (Peña Cabrera, 1997), recordando similar previsión legal en el Código penal argentino: "especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos" en la que, justamente, la doctrina de aquél país —citada por la peruana— ve tal figura (VILLAVICENCIO TERREROS, Código Penal, págs. 193 y

ss. Bramont Arias/Bramont Arias-Torres. Código Penal, pág. 241). Desde luego, la introducción de este apotegma pone de presente el hecho de que uno de los criterios de la cuantificación penal peruana es el grado de injusto, pues, como dice la doctrina gaucha, en este caso, el mismo injusto es menor y no únicamente la culpabilidad. (Zaffaroni R. , 2000).

En segundo lugar, pensando en el agente, se deben evaluar "su cultura y sus costumbres" —que es similar al Art. 41 argentino: "...la educación, las costumbres", con precedentes en el Proyecto de Código Penal de 1.989, en su Art. 50 inc. 2—, con lo cual se alude al grado de culpabilidad que cabe deducirle al autor, en cuanto que su formación cultural y el refinamiento o no de sus costumbres, demuestran un mayor o menor grado de reprochabilidad o de exigibilidad. De esta manera, al mismo tiempo que se reitera la fórmula de la co-culpabilidad, se recuerda el carácter pluricultural de la sociedad peruana, destacado por el texto del Art. 2 núm. 19 de la Constitución: "...el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación" p. 195 (VILLAVICENCIO, 2007).

Así mismo, en tercer lugar, se hace referencia a "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen" (núm. 3), con lo cual se quiere llamar la atención sobre una problemática medular en el Derecho penal contemporáneo: el papel que cumple el afectado con la infracción a la ley penal. Lamentablemente, la fórmula se ha quedado corta (Villavicencio Terreros, pág. 195) y apenas sí se ha hecho referencia a uno de los tópicos relacionados con el asunto: el atinente al daño causado a la víctima, sus familiares y allegados, que es una cuestión posterior al hecho mismo y que, como tal, nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad; desde luego, lo que sí está íntimamente relacionado con el injusto —por ende, con su graduación—, es lo atinente al papel general del afectado dentro del delito (Ziffer, 1994) para quien además: "es indudable que la víctima debe jugar un papel

decisivo al momento de fijar la pena, en tanto es uno de los elementos decisivos para la graduación del ilícito"; temática que no ha quedado comprendida en el texto.

Entonces, el tópico en examen no representa una pauta independiente para la tasación de la pena, sino un verdadero factor posterior que de todas maneras opera como verdadero correctivo de los dos criterios iniciales, antes mencionados.

No obstante lo señalado, parece indiscutible que los dos primeros criterios cuando se refieren a la personalidad del agente —sea para enfatizar en sus carencias sociales, su cultura y sus costumbres—, también tienen en cuenta necesidades preventivo-especiales de cara a la resocialización del reo (prevención especial positiva) que operan en la medición de la pena en un sentido amplio, como ocurre cuando el juez se ocupa de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva del fallo condenatorio, de la exención de pena, de las conversiones de pena, etc. (Cfr. Arts. 41 y ss.; 52 y ss.; 57 y ss.; 62 y ss.), en los cuales se requieren consideraciones que tocan con dicha finalidad de la pena. Entonces, cuando se piensa en la determinación de la pena en sentido amplio, deben tenerse presente, no sólo los fines retributivos, sino también los preventivo especiales (positivos).

2.1.6.3. La Determinación de la Pena en Sentido Estricto y el artículo 46.

1. El origen de la fórmula. La previsión legal contenida en esta disposición tiene como primer antecedente el Art. 51 del Código Penal de 1.924, sobre todo porque a partir de ella se hace la mención de los once criterios de tasación ya transcritos, aunque, a diferencia del inciso 1º del Art. 51 —que hacía descansar dicho proceso en "la culpabilidad y el peligro del agente"—, el inciso primero de la actual se refiere a "la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido". Así mismo, la norma examinada tiene un innegable segundo antecedente en el

Art. 41 del Código Penal Argentino de 1.921 —en cuya confección tuvieron su influjo los Arts. 90 a 96 del Código Bávaro de 1.813, amén de los proyectos de Código penal suizos, cuya ascendencia sobre el Código peruano de 1.924 es también evidente (Zafaroni, pág. 276)—, aunque limándole ciertas expresiones de claro alcance peligrosista.

2. Los criterios acogidos. Si es cierto que "la responsabilidad y gravedad del hecho punible" son las bases de tasación de la pena a las que debe acudir el juez, ello significa que tanto las nociones de injusto como la de culpabilidad —responsabilidad en sentido estricto— suministran las dos pautas genéricas de tasación de la pena: el grado de injusto y el grado de culpabilidad, para HURTADO POZO ("Responsabilidad y culpabilidad", en Anuario, pág. 51 y ss.), la locución responsabilidad se emplea en un doble sentido: uno estricto, que la hace equivalente a culpabilidad (Art. 46 del Código Penal); y, otro amplio, como comprensiva de cualquier situación atinente a las diversas categorías del hecho punible noción que, por lo demás, el legislador peruano utiliza en diversas disposiciones como el Art. 20 de dicho cuerpo normativo, cuando —recordando el viejo modelo español— señala las causales de exclusión de la responsabilidad criminal, notas propias de un derecho penal orientado hacia la retribución entendida como límite al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, acorde con los principios del acto, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, y de proporcionalidad (artículos. II, IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal).

Desde luego, resulta extraño que ni en el Art. I ("Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad"), ni en el IX del citado Título Preliminar ("La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora") -que confunde los fines con las funciones- se haya indicado el fin retributivo de la pena que, se infiere no sólo de las disposiciones antes citadas, sino del

propio Art. 46 Código Penal. De entrada, se observa, una incongruencia manifiesta en una materia que no admite dubitaciones, como es la del engranaje filosófico que anima a un determinado plexo normativo (Prado, 2010).

Ciertamente, los dos criterios centrales de la individualización de la pena en sentido estricto aparecen desarrolladas en los once numerales contenidos en la disposición, y se corresponden con las mismas pautas consideradas por el legislador al momento de señalar las penas en las normas vertidas en la Parte especial; naturalmente, téngase en cuenta, a diferencia del legislador colombiano del 2.000, el codificador peruano no prevé disposiciones de corte genérico destinadas a regular un listado detallado de las circunstancias de atenuación y de agravación aunque, sí se enlistan en la Parte general eventos que cumplen dicho cometido (Velasquez V.).

3. Las once pautas previstas en el inc. 1º del Art. 46 del Código Penal. Son varios los aspectos que se deben precisar para un mejor entendimiento del texto. En primer lugar, la norma dispone que la individualización de la pena se debe hacer dentro de los "límites fijados por la ley", porque el Código en comento —como norma general— señala en su Parte especial un marco penal determinado dentro del cual debe transitar el juez, constituido por un mínimo y un máximo, que posibilita al juez una relativa potestad de obrar.

Evidentemente, por sustracción de materia, esto es imposible tratándose de la pena privativa de libertad de cadena perpetua señalada en el Código —cuya constitucionalidad, de cara a lo establecido en los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución Política, es más que dudosa—, pues se trata de una conminación penal imposible de ser graduada dada su duración indeterminada (Mauranch, Gössel, & Zipf, pág. 692), y sólo se explica en cuanto que el

legislador acude a criterios preventivo-generales negativos para intimidar o aterrorizar al conglomerado social.

Así mismo, en segundo lugar, el inciso en comento consagra el llamado principio de la inherencia o de la prohibición de la doble valoración (Ziffer, 1994), cuando dispone que los criterios de determinación de la pena en sentido estricto —"el Juez atenderá (sic) la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido"—, sólo se toman en consideración a condición de que no hayan sido previstos por la misma ley penal como elementos constitutivos de la respectiva figura punible, o comporten modificación de la responsabilidad; en otras palabras: aquellos elementos que sean de la esencia de los tipos penales respectivos, o que hayan sido señalados al redactar las figuras punibles en la Parte Especial del Código, o en el derecho penal complementario, no podrán ser empleados de nuevo en esta etapa, porque se violentaría el principio del non bis in idem. Así se infiere, con toda claridad, del texto legal: "...en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad".

En tercer lugar, se indican en once numerales las situaciones especiales que el Juez debe tener en cuenta para valorar el grado de injusto y el grado de culpabilidad del agente. En efecto, dentro de las pautas del primer orden deben mencionarse las siguientes: la naturaleza de la acción (núm. 1), los medios empleados (núm. 2), y la extensión del daño o peligro causados (núm. 3) —también plasmadas en Art. 41 del Código de Argentina—, aunque hubiera bastado con mencionar la primera para comprender las dos últimas (Zaffaroni R. , 2000) que en la pág. 296 de su libro de Derecho Penal señala: "los medios empleados y la extensión del daño y del peligro son indicadores del grado de afectación del bien jurídico tutelado, es decir, del grado de injusto, que en la terminología legal es "la naturaleza de la

acción"; de igual forma, se señala como regla del mismo género la concerniente a "las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión" (núm. 5) —también repitiendo casi textualmente el núm. 2 del inciso 1º del artículo 41 del Código Penal argentino—. Así mismo, se hace referencia a "la unidad o pluralidad de los agentes" (núm. 7), comprendiendo los diversos casos de concurso de personas en el hecho punible (participación criminal en sentido amplio), yendo desde las diversas formas de autoría (autoría directa, autoría mediata, coautoría, previstas en el Art. 23 del Código Penal) hasta las modalidades de participación criminal en sentido estricto (instigación y complicidad, a que hacen referencia los Arts. 24 y 25), que como dice ZIFFER: "el delito cometido por varios intervinientes revelará un ilícito más grave, en tanto representa un aumento del poder ofensivo"; evidentemente, esta última previsión legal es más clara que la contenida en el artículo 41 del Código argentino cuando hace referencia a "la participación que haya tomado en el hecho" el agente.

También, se regulan "los móviles y fines" que buscan auscultar cuál era el contenido de su voluntad al momento de realizar la trasgresión a la ley penal, esto es, se persigue precisar el grado de injusto que quepa atribuirle (desvalor de acción); naturalmente, como gramaticalmente ambas expresiones son sinónimas, el legislador habría ganado en claridad refiriéndose sólo a los "fines" que hayan motivado al autor a realizar el injusto. Finalmente, también supone una referencia al grado de injusto la fórmula vertida en el núm. 3, cuando expresa que para la individualización de la pena se debe tener en cuenta "la importancia de los deberes infringidos", pues se pretende precisar la mayor o menor afectación de los bienes jurídicos (desvalor de resultado) que, de contera, conllevan una trasgresión especial de ciertos valores ético-sociales (desvalor de acción), en la medida en que los "deberes" sólo tienen repercusión penal en tanto se traduzcan en una amenaza o lesión para el bien jurídico

tutelado, como lo exige de manera perentoria el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. (Velasquez V.)

Así mismo, en segundo lugar, aparecen clarísimas referencias al grado de culpabilidad en los siguientes eventos del Art. 46 del Código Penal: "la edad, educación, situación económica y medio social" (núm. 8) que, por lo demás, es repetición parcial del segundo criterio contenido en el Art. 45 del mismo cuerpo normativo ("la cultura y sus costumbres"); por supuesto, estos tópicos al aludir a la personalidad del autor son indicativos de su capacidad de autogobernarse, de donde cabe inferir un mayor o menor grado de exigibilidad a la hora de formular el juicio de culpabilidad (Zaffaroni, 2000, p. 312).

También, sucede lo mismo con la primera parte de la redacción consignada en el núm. 11 cuando habla de "las condiciones personales" del agente, haciendo una mención clara de la personalidad del autor, aunque también se concibe este texto desde la perspectiva del grado de injusto (Ziffer, 1994, p. 137); ello, desde luego, implica tener en cuenta el grado de culpabilidad a la hora de tasar la pena imponible al trasgresor de la ley penal, dependiendo de la mayor o menor exigibilidad que le quepa por la realización del injusto. Algo distinto sucede con la confusa e ininteligible segunda parte, en cuanto se refiere a las "circunstancias que lleven al conocimiento del 11 agente", que no tiene ningún contenido definido y resulta convertido en un verdadero embrollo no susceptible de ser aplicado.

En tercer lugar, aparecen los textos plasmados en los núms. 9 y 10, esto es, "la reparación espontánea que hubiere hecho del daño", y "la confesión sincera antes de haber sido descubierto", que no suponen referencias expresas a ninguna de las dos pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto, dado que se trata de situaciones posteriores a la realización del hecho como sucede con la situación contenida en el núm. 2 del Art. 45 del

Código Penal, pero que de todas maneras —de forma indirecta— posibilitan valorar el injusto y la culpabilidad con posterioridad al hecho (Velasquez V.).

4. El conocimiento del agente por parte del juez. La parte final del Art. 46 del Código Penal — que también es reproducción del artículo 41 del Código argentino—: "El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima" menciona, esta vez de manera más amplia que en el Art. 45 —con un innegable trasfondo procesal—, a la víctima, con lo cual se reconoce que ella juega un papel decisivo al momento de fijar la pena como elemento neurálgico para la graduación del ilícito (Ziffer, Lineamientos, pág. 125).

Sin embargo, lo anterior no significa que se trate de un nuevo criterio de tasación de la pena porque el estudio de los sujetos activo y pasivo —y dentro de él a la víctima—, es una problemática ligada con el injusto. Por supuesto, esta consagración legal persigue un doble cometido: de un lado, garantiza la inmediatez entre el juez o fallador y el reo; y, del otro, asegura que la determinación de la pena sea fruto de la actividad del órgano de la rama jurisdiccional, que debe tomar conocimiento directo del agente (Zaffaroni R. , 2000).

5. ¿Un tercer criterio de determinación de la pena en sentido estricto? El planteamiento hasta ahora desarrollado no es, sin embargo, aceptado totalmente por algunos comentaristas, para quienes —al parecer dando un alcance distinto al estatuto—, existiría un tercer criterio de tasación que operaría a manera de correctivo: la necesidad de pena, que se traduce en la utilización de criterios preventivos a la hora de individualizar la sanción. En efecto, se afirma que "la pena deja de ser necesaria para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales", y que "se trata de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social" (Arias-

Torres); autores que la página 250 de su obra, señalan: "conforme a esta interpretación, la pena se mide en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la magnitud de la responsabilidad y admitiendo el correctivo de la necesidad de pena".

Por supuesto, esta referencia no legal a "la necesidad de la pena" no deja de ser contraproducente y equívoca —como lo es en textos que la consignan expresamente, como el inc. 3 del artículo 61 del Código Penal colombiano de 2.000—, pues se trata de una fórmula hueca susceptible de ser rellenada con contenidos diversos e imprecisos, que convierten la individualización, no en una tarea judicial llamada a brindar seguridad jurídica, sino en una actividad de adivinación que posibilita afianzar las cacerías de brujas en los países latinoamericanos. Con semejante punto de partida, pues, de espaldas al derecho positivo, se puede plantear que en la individualización de la pena en sentido estricto tienen cabida los fines preventivos especiales (para ROXIN, sin renunciar a la retribución) o generales (para Jacobs), o ambos al mismo tiempo, al estilo de lo que sostiene —aunque con diversas variantes— gran parte de los estudiosos alemanes del 46 del C. P. vigente (Schönke, pág. 637).

Una conclusión distinta se impone, cuando se parte del contenido de los artículos IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, que consagran de manera vehemente, respectivamente, los principios de protección de bienes jurídicos —"la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley", de culpabilidad —"la pena requiere de la responsabilidad penal del autor"— y de proporcionalidad —"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho"—; esos axiomas, no se olvide, son de rango constitucional dado que emergen del modelo de Estado diseñado por el Art. 1 de la Constitución: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Así las cosas, un Derecho penal como el peruano sólo puede tomar en cuenta la prevención general —desde luego, al lado de la culpabilidad retributiva— a la hora de la amenaza penal, esto es, cuando el legislador redacta las escalas punitivas, no en esta sede —en la cual, se repite, sólo operan el grado de injusto y el grado de culpabilidad como criterios de individualización de la misma—, porque ello podría comportar la vulneración del principio de la prohibición de la doble valoración (Zaffaroni, 2000, p. 311).

Y en lo referente a prevención especial, ello sólo puede ocurrir en el momento de la ejecución de la pena y, por supuesto, cuando se alude a la determinación de la pena en sentido amplio, aunque, como ya se dijo, al estudiar el artículo 45 del Código Penal, sin descontar los fines retributivos.

6. Conclusión. De la exposición del artículo 46 del Código Penal cabe concluir que: aluden al grado de injusto los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 46; al grado de culpabilidad los numerales 8 y 11 en su primera parte. Igualmente, no tienen naturaleza jurídica autónoma, al punto de erigirse en criterios de la tasación de la pena independientes, los numerales 9 y 10 que —de todas maneras— son un indicativo de la gravedad del hecho (injusto) y de la culpabilidad del autor; serían, pues —para recordar una construcción propia de la doctrina y la jurisprudencia germanas—, una especie de indicio (Bruns, pág. 220), dado que se trata de factores a partir de los cuales se pueden extraer consecuencias sobre el injusto y la culpabilidad. Y, por supuesto, no es posible pensar en los fines preventivos como pautas para determinar la pena en sentido estricto.

2.1.6.4. Los criterios de determinación de la pena de multa. artículo 41.

Pese a que las disposiciones examinadas hasta ahora, parecieran contener las pautas genéricas de tasación de la pena —tanto en sentido estricto como amplio— en el Derecho Penal

peruano, como lo demuestra el hecho de que aparezcan insertas en el Capítulo II del Título III, dedicado a "la aplicación de la pena", la verdad es que tratándose de la pena de multa se prevén unos criterios específicos que deben ser mencionados.

En efecto, el inciso 2° del artículo 41 del Código Penal señala que la multa "se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza". Entonces, la pregunta que fluye es la siguiente: ¿estas reglas de "determinación" como los llama la propia Ley, operan de manera independiente, con prescindencia de los señalados en los Arts. 45 y 46 del Código Penal, o han sido establecidos como pautas adicionales a éstas?, la respuesta parece clara: como los mandamientos señalados en el Art. 45 del Código Penal se refieren a la determinación de la pena en sentido amplio, ellos no operan a efectos de tasar la pena pecuniaria en concreto, salvo que se trate de otros aspectos como, por ejemplo, la fijación de un plazo para su pago (Cfr. Art. 44). Así mismo, dado que los cánones acogidos por el Art. 46 del Código Penal se refieren a la determinación de la pena en sentido estricto, comprendiendo todas las sanciones previstas en el título III —sean privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y, por ende, la pena de multa—, es indudable que sí se aplican a título de pautas genéricas por parte del Juez, máxime que éste debe partir de las mismas reglas de determinación tenidas en cuenta por el legislador al redactar las normas penales, trátase de la gravedad del injusto o de la culpabilidad. (Velasquez V.)

2.1.6.5. Una agravante genérica. Artículo 46-A.

Este precepto introducido por la Ley 26758 del 14 de marzo de 1.997, a cuyo tenor se incrementa la pena impuesta hasta en un tercio del máximo legal previsto —sin exceder el monto de la pena privativa de libertad señalada en el artículo 29 del Código Penal, esto es, treinta y cinco años— cuando el sujeto activo detenta determinadas calidades propias de los servidores

públicos (miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público), y realiza el hecho punible utilizando "armas proporcionadas por el estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público", hace una referencia inequívoca al injusto cometido (Arias, pág. 250).

Sin duda, se trata de un incremento punitivo que mira con las especiales calidades del sujeto activo de la conducta típica y antijurídica, a quien se ha investido de especiales deberes de lealtad para con la organización social, lo cual implica un mayor desvalor de acción lo cual se traduce, al mismo tiempo, en un más elevado desvalor de resultado. Por supuesto, no se necesitan mayores elaboraciones teóricas para darse cuenta de que la disposición descansa en los mismos fundamentos inspiradores del inciso 3° del Art. 46 del Código Penal que, como ya se dijo, introduce "la importancia de los deberes infringidos" como pauta de individualización de la pena. Así mismo, el hecho de que la norma en comento manifieste que la situación en ella contemplada "constituye circunstancia agravante de la responsabilidad", no significa que el legislador haya optado por la noción de "responsabilidad" —tal como la entiende el Art. 46 de dicho cuerpo normativo al aludir a las pautas genéricas de determinación de la pena en sentido estricto— y no "por la gravedad del hecho punible cometido".

Así mismo, debe tenerse en cuenta, la parte final de la disposición contiene una muy importante y necesaria referencia al principio de la inherencia o de la prohibición de doble valoración —ya contemplado también en el inciso 1° del Art. 46 del Código Penal—, al señalar que "no será aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante esté prevista al sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible"; ello es producto, no se olvide, de la vigencia de los axiomas del acto, de protección de bienes jurídicos y de culpabilidad, entre otros. Por lo demás, este postulado se convierte en una

importante directriz hermenéutica que ayuda, de mejor manera, a comprender el alcance de las reglas de tasación de la pena establecidas en la Ley penal (Bramont Arias, 1978) que en la pág. 250 dicho libro , señala que se trata de "una regla innecesaria" pues "es lógico”

En fin, se debe advertir que tal como se encuentra concebida esta "circunstancia agravante", también calificable de genérica, ella sólo opera tratándose de penas privativas de libertad temporal, como se desprende con toda claridad del inciso segundo del artículo —"el juez podrá aumentar la pena en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo ésta exceder del máximo de pena privativa de libertad temporal establecida en el artículo 29 de este código"—quedando excluidas, por sustracción de materia, la cadena perpetua (Cfr. Art. 29), las penas pecuniarias como multa (Cfr. Arts. 41 y ss.), las restrictivas de libertad (Art. 30), y las limitativas de derechos (Arts. 31 y ss. del CP).

2.1.6.6. Pautas de Individualización en otras disposiciones.

De múltiples previsiones legales se desprende que el mismo legislador emplea los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto, ya estudiados en el Art. 46 del Código Penal, a título de directrices para los jueces. En efecto, en la Parte General aparecen consignados los siguientes casos de menor graduación de la pena: el artículo 14 prevé, respectivamente, en los errores vencibles de tipo (menor injusto), y de prohibición (menor culpabilidad), la punición a título de culpa y con una pena atenuada; el artículo 15 regula el error de comprensión culturalmente y establece, por tratarse de un menor grado de culpabilidad, la atenuación de la sanción en casos de evitabilidad. Así mismo, el artículo 16 señala la disminución prudencial del castigo en la tentativa (menor injusto); el artículo 21 consigna una pena atenuada —hasta límites inferiores al mínimo legal— para aquellos eventos en los cuales, por no darse alguna de las exigencias contempladas en las causales de exención de responsabilidad del artículo 20, se

presentare un grado de responsabilidad restringido (menor culpabilidad). Así mismo, el artículo 22 prevé una situación similar a ésta última, por razones de edad (más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años); finalmente, también se atenúa la sanción en el inciso 2º del Art. 24, en materia de complicidad secundaria (menor injusto). (Velasquez V.)

Existen también casos como los del artículo 68 del Código Penal en los que se regula la exención de pena tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad de menos de dos años, pena limitativa de derechos, o multa, circunstancia que supone un menor grado de injusto.

De igual manera, fuera de la hipótesis del Art. 46-A del Código Penal, existen otros casos de incremento punitivo: con base en el mayor grado de injusto se aumenta en un tercio la máxima sanción prevista para el hecho punible más grave, cuando se tratare del delito masa (inciso 2º del Art. 49 del Código Penal); y se castigan —como injusto más grave— con la pena establecida para el delito mayor entidad, los eventos de concurso ideal de delitos (Art. 48), delito continuado (Art. 49), y concurso real o material (Art. 50) previstos en nuestro Código Penal.

Así, también en la Parte especial (Libros Segundo y Tercero) del Código Penal y en el Derecho Penal complementario, se aprecian diversas hipótesis en las cuales el legislador precisa incrementos o disminuciones punitivas, fundadas en los dos criterios de determinación de la pena en sentido estricto que ya fueron examinados.

2.2. Conversión de la Pena

2.2.1. Generalidades

En la Exposición de Motivos del Código Penal de 1991 se sostiene que “La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena

privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y el sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectivas” (Exposición de Motivos del Código Penal, 1991)

A partir de los proyectos iniciales de 1984, el legislador nacional fue incluyendo un catálogo cada vez más amplio de medidas alternativas; para lo cual, no dudó en asimilar diferentes modelos legislativos foráneos, muchos de los cuales resultaron inéditos para nuestro Derecho Penal.

El Código Penal vigente (1991) ha considerado cinco modalidades de medidas alternativas (artículos 31, 32, 52 al 56, 57 al 61, 62 al 67 y 68), que son las siguientes:

- a. Sustitución de Penas Privativas de Libertad.
- b. Conversión de Penas Privativas de Libertad.
- c. Suspensión de la Ejecución de la Pena.
- d. Reserva del fallo condenatorio.
- e. Exención de Pena. (Codigo Penal , 1991)

2.2.2. Definición de Conversión de Pena

La conversión de penas es una forma de conmutación de sanciones, donde PEÑA CABRERA precisa que “La conversión no es otra cosa que la sustitución de una pena por otra”. (PEÑA CABRERA, R., Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, t.

I, 2da edición, Grijley, Lima, 1995, p. 532). En tal sentido, corresponde a aquellas medidas alternativas que se conocen específicamente como sustitutivos penales. Consiste esencialmente en reemplazar una pena privativa de libertad, conminada o impuesta judicialmente, por otra sanción de distinta naturaleza (Prado, 2010). O como señala De la Cuesta Arzamendi, ante “la no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave, buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras, pretendidamente menos dañosas para el individuo y la sociedad (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 322)

Es la conmutación de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia, por una sanción de distinta naturaleza. En el Derecho Penal peruano la conversión de la pena privativa de libertad puede hacerse con penas de limitación de días libres, de prestación de servicios a la comunidad y multa; en cambio, en otros países, la conmutación suele realizarse únicamente con penas de multa (Cathedra, 1998).

En el Derecho Penal comparado, este sustitutivo penal es designado con otras denominaciones, como por ejemplo en el derecho penal brasileño, español y portugués se le conoce como “sustitución de penas”, mientras que para el derecho penal de Costa Rica y Guatemala se le denomina “conmutación de penas”

En el caso peruano, la legislación vigente hace referencia a dos instituciones paralelas a las que identifica alternativamente como “sustitución de penas” (art. 32 del Código Penal) y “conversión de penas” (art. 52 del Código Penal), estableciendo notorias diferencias entre ambas.

2.2.3. Diferencia con la Sustitución de la Pena

Los artículos 32 y 33 del Código Penal regulan la Sustitución de Penas Privativas de Libertad, la misma que está vinculada con la operatividad de dos clases de penas limitativas de derechos: la limitación de días libres y la prestación de servicios a la comunidad.

Las principales características y diferencias existentes entre la conversión de pena y la sustitución de la pena, son:

- La conversión de la pena opera cuando la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda entre dos a cuatro años de pena privativa de libertad; mientras que en la sustitución de la pena lo cual la pena a imponer no supere los cuatro años de pena privativa de libertad.
- En la conversión de la pena se exige como requisito especial que no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva de fallo condenatorio; y en la sustitución de la pena no se requiere requisito alguno.
- Los tipos de pena sustituidos en la conversión de la pena son: multa, prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres; para la sustitución de la pena lo son únicamente la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres (Prado Saldarriaga V. , 1997).

2.2.4. Marco Legal.

2.2.4.1. Evolución legislativa.

En el Código Maúrtua de 1924 no existían medidas que cumpliesen funciones semejantes a las que el código vigente asigna a la sustitución y conversión de penas; no obstante, al interior de su articulado se encuentran algunas formas de conmutación de penas privativas de libertad por medidas de seguridad, hechos que ocurría en los casos de delitos perpetrados por “salvajes” (art. 44), “indígenas semi-civilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo” (art. 45).

Asimismo, se posibilitaba el reemplazo de penas de internamiento por penas de penitenciaría cuando el delito hubiese sido ejecutado “por mayores de 18 y menores de 21 años de edad” (art. 148) (Bramont Arias L. A., 1978, p. 109)

Sin embargo, el supuesto que más se acercó a la conversión de penas fue el del artículo 194 del código derogado, y que permitía sustituir, ya en la etapa de ejecución, hasta un noventa por ciento de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por el pago de una multa.

Fue a partir del Proyecto de octubre de 1984 que la conversión de pena comienza a considerarse como una verdadera medida alternativa para las penas privativas de libertad de corta duración; en dicho Proyecto, la conversión alcanzaba únicamente a penas de prisión no mayores de un año, y tenían la condición de penas sustitutivas de la multa y del trabajo en beneficio del Estado. Un requisito especial para acceder a dicha medida, era la exigencia que el condenado garantizara el pago de la reparación civil (art. 66); así mismo, se estableció que el uso de la medida excluía “la aplicación, simultánea o sucesiva, de la condena de ejecución condicional” (art. 67). (Prado Saldarriaga V. , 1997)

Los Proyectos de reforma del Código Penal de agosto de 1985 (art. 65) y de abril de 1986 (art. 64) ampliaron significativamente los alcances de la conversión de pena hasta el límite de tres años de pena privativa de libertad. Incluyeron además, como presupuesto negativo la imposibilidad de aplicar al sentenciado una condena de ejecución condicional.

Finalmente, en los Proyectos de reforma de julio de 1990 (art. 58) y enero de 1991 (art. 52), la medida sustitutiva de conversión de pena sufrió importantes transformaciones que consolidaron su configuración definitiva en la legislación vigente. Efectivamente, por un lado, se retoma como término máximo de conversión un año de pena privativa de libertad; y, por otro

lado, se extiende el presupuesto negativo para considerar alternativamente a la suspensión de la ejecución de la pena y a la reserva del fallo condenatorio

Lamentablemente, en ambos textos se omitió incorporar requisitos especiales que estuviesen vinculados a la condición personal del agente, los cuales si fueron exigidos en todos los proyectos precedentes.

A fines de 1997, el legislador decidió modificar la redacción del artículo 52, a través de la Ley No. 26890; el Proyecto remitido por el Ejecutivo al Congreso de la República, planteaba como novedad disponer con carácter preceptivo la conversión de toda pena privativa de libertad no superior a dos años. La Exposición de Motivos de dicha propuesta señalaba que la finalidad perseguida era otorgar “al magistrado una herramienta legal capaz de facultarlo a favorecer la despenalización y despoblamiento penitenciario, en favor de los condenados a penas ‘privativas de libertad’ medianamente leves” (Cf. Proyecto de Ley remitido por el Presidente de la República al Presidente del Congreso mediante oficio No. 126-97-PR del 03 de octubre de 1997); sin embargo, cuando fue analizada la propuesta por la Comisión de Justicia, si bien se aceptó el límite de los dos años, se descartó ese pretendido carácter obligatorio de la conversión, aduciendo que el mismo produciría serios trastornos en la eficacia preventiva de las penas leves y limitaría también la capacidad selectiva de decisión del órgano jurisdiccional. Al respecto los legisladores sostuvieron: “Creemos que de asumir la posición del proyecto de la ley de convertir obligatoriamente las penas privativas de la libertad que no excedan de 2 años en otra de multa, prestación de servicios o la limitación de días libres, conllevaría a la eliminación sistemática de todas aquellas penas que no sobrepasaran dicho límite, pues en la práctica sólo habrían penas efectivas a partir de 2 años a más, es decir que la estructura del Código Penal se vería modificada de asumir en su integridad la propuesta legislativa; asimismo, tampoco podríamos afirmar que el

juez mantendría en estos casos la facultad discrecional respecto de atender a la poca gravedad del hecho punible al momento de convertir una pena efectiva por otra de prestación de servicios por ejemplo” (Dictamen de la Comisión de Justicia recaído en el Proyecto de Ley No. 3078/97-CR remitido con fecha 29 de octubre de 1997)

2.2.4.2. La Conversión de penas en el Código Penal.

En el Código Penal de 1991, la conversión de penas se encuentra regulada en los artículos 52 al 54 de dicho cuerpo normativo. Su fuente legal se encuentra en los artículos 80 y 81 del Código Penal Tipo para Latinoamérica (de donde fue recibida por el Proyecto de agosto de 1985). No obstante, en lo esencial, su estructura actual es consecuencia de las modificaciones introducidas por el Proyecto de julio de 1990

En el caso del Derecho Penal peruano, la conversión de la pena privativa de libertad puede hacerse, alternativamente, con penas de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.

Para que proceda esta medida alternativa se exigen dos condiciones concurrentes:

- a. *Que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a dos años de pena privativa de libertad.*

Según la doctrina nacional, este límite temporal resulta reducido si se tiene en cuenta que en los proyectos de setiembre de 1989 (art. 57) y de julio de 1990 (art. 58) el legislador optó por señalar un máximo de 3 años de pena privativa de libertad. Además, no resulta homogéneo con los que son considerados para la procedencia de otras medidas alternativas, como la sustitución de penas (3 años), suspensión de la ejecución de la pena (4 años), o la reserva del fallo condenatorio (3 años). Es de mencionar que en otros países la conversión se autoriza incluso para

casos de penas privativas de libertad de hasta cinco años, tal como ocurre en el Código Penal de Guatemala (art. 50). (Villavicencio, 1997)

b. Que en el caso concreto no sea posible aplicar al sentenciado una suspensión de la ejecución de la pena o una reserva de fallo condenatorio.

Este último requisito no es muy común en el derecho extranjero, debido a que a nivel latinoamericano, sólo el Código Penal panameño de 1982 adopta una limitación similar; su artículo 82 señala expresamente “Cuando no proceda la suspensión condicional de la pena, el tribunal podrá reemplazar la pena de prisión impuesta no mayor de un año por una de las siguientes: 1. Conversión a días multa, y 2. Reprensión pública o privada”.

La incorporación de dicho presupuesto negativo en la legislación peruana nos permite diferenciar la conversión de pena, de la sustitución de pena regulada en el artículo 32 y, a la vez, la coloca como una medida alternativa de carácter subsidiario frente a las otras medidas reguladas en el Código de 1991.

En lo concerniente al proceso de conversión de las penas privativas de libertad en penas de multa, o de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres, la ley define las equivalencias siguientes:

- a. Un día de privación de libertad por un día-multa.
- b. Un día de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad.
- c. Un día de privación de libertad por una jornada de limitación de días libres. (Código Penal, 1991)

Cabe objetar que las variables de la ecuación que rige la conversión con penas limitativas de derechos no son adecuadas y dilatan excesiva y desproporcionadamente el periodo de cumplimiento. En efecto, siendo que las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres se contabilizan en jornadas de fines de semana, el hecho de poder transformar un máximo de 730 días de pena privativa de libertad en tales sanciones, produciría como resultado una pena convertida de 730 jornadas semanales, que obligaría al condenado a cumplir la pena durante catorce años. El legislador peruano no ha tenido en cuenta, que tratándose de penas limitativas de derechos los modelos extranjeros sugerían términos equivalentes y prudentes para la conversión; como por ejemplo el Código Penal Tipo para Latinoamérica fijaba como límite seis meses de trabajo obligatorio (art. 80) y el Código Penal de Cuba establece tres años (art. 33). (Prado Saldarriaga V. , 1997)

La conversión de penas genera en el condenado dos obligaciones fundamentales; por un lado, debe cumplir adecuadamente la pena convertida; y por otro lado, debe abstenerse de cometer nuevo delito doloso cuando menos mientras dure el período de ejecución de dicha pena. Conforme a los artículos 53 y 54 del Código Penal, la infracción injustificada de tales obligaciones puede acarrear la revocatoria de la conversión de la pena. En este último supuesto, se producirá una reconversión, que llevará al condenado a cumplir la pena privativa de libertad que inicialmente le fue impuesta en la sentencia y, en su caso, la correspondiente por el nuevo delito cometido. Se trata de la llamada “cláusula de retorno” y que como señalan Mapelli y Terradillos implica “la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno). Si el incumplimiento es inicial, aquella se ejecuta en su totalidad; si es parcial, se emplea la misma regla de conversión, pero en sentido inverso” (Mapelli Caffarena & Terradillos Basoco, 1996, p. 106).

2.2.4.3. Conversión, sustitución y conmutación de penas.

En el Derecho Penal peruano coexisten actualmente otras medidas similares a la conversión de penas que permiten reemplazar la pena impuesta en una sentencia condenatoria por otra sanción. Nos referimos a la sustitución y a la conmutación de penas; la primera se encuentra también regulada en el Código Penal vigente (arts. 32 y 33); mientras que la segunda, está normada en la Ley No. 26655, como un desarrollo de las facultades que la Constitución de 1993 (inc. 21 del art. 118,) concede al Presidente de la República. (Prado Saldarriaga V. , 1997)

La sustitución de penas es de origen brasileño e implica poder reemplazar penas privativas de libertad de hasta tres años por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres (PRADO, Víctor, “Las medidas alternativas a las penas privativas de libertad en el Código Penal Peruano”, en *Cathedra*, n. 2, 1998, p. 78 y ss)

La conmutación de penas es considerada una medida motivada por la voluntad política de corregir los errores judiciales cometidos en la aplicación de la legislación penal antiterrorista (1992-1997). Ésta supone sustituir la pena privativa de libertad impuesta al sentenciado por una sanción de menor duración, pero de la misma naturaleza.

2.2.5. Problemática para la Conversión de Pena

Uno de los principales motivos por los cuales no se aplicaba la pena de prestación de servicios a la comunidad, se debía a que no existía la logística adecuada para realizar el seguimiento y control de la ejecución de la pena. Respecto a la Limitación de Días libres, ésta pena no se aplica por falta de infraestructura o locales adecuados y personal especializado (psicólogos, educadores) para su debido cumplimiento; situación que ahora ha variado ya que en la actualidad el Instituto Nacional Penitenciario - INPE, cuenta con suficientes entidades

receptoras, así como personal especializado. Lo que, corresponde ahora a los Jueces es valorar la posibilidad de asumir el compromiso de convertir las penas privativas de libertad en penas de prestación de servicios de la comunidad y/o limitaciones de días libres, en aquellos delitos de escasa relevancia penal y social, y vencer de esta manera la cultura de la pena privativa de libertad.

A diferencia de la sustitución de la pena, la conversión de la pena presenta ciertas dificultades para su aplicación, advirtiéndose entre estos, las siguientes dificultades:

- En primer lugar encontramos, lo expresado en el artículo 52 del Código Penal, que hace referencia a 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 un 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.” 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...”; situación que implica que el Juez después al hacer una valoración de la pena a imponer, arriba a la conclusión que no son procedentes las penas de la condena condicional o reserva del fallo; y si estas penas no resulta procedentes, en el entendido que no están de acuerdo al derecho, resulta como consecuencia lógica, que la pena a dictarse es una de mayor gravedad (detención); entonces mal podría convertirse una pena privativa de libertad efectiva, a la que el Juez determinó en aplicar, en una de limitación de días libres o de prestación de servicios a la comunidad, si se entiende que éstas son más beneficiosas para el condenado y que además presenta un

pronóstico favorable de conducta futura; por lo que la redacción del artículo 52 del Código Penal implica una motivación especial que debe realizar el operador judicial, a diferencia de las otras penas alternativas.

- Como causales de revocación de la conversión de la pena, el artículo 53 del Código Penal contempla que el condenado no cumpla de forma injustificada, con el pago de la multa o de la prestación de servicios signado a la jornada de limitación de días libre, esto a diferencia de las penas suspendidas o reserva del fallo, que precisan una serie de reglas de conducta impuestas por el Juez en la sentencia; es sabido que dentro de las pretensiones de la parte afectada por un acto ilícito, es de que le sea resarcido o se le restituya el bien, así como el daño y perjuicio ocasionado (artículo 93 del Código Penal- Contenido de la reparación civil: La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios), lo que se plasma en la reparación civil; y si esta se halla comprendida como una regla de conducta (reparar el daño ocasionado por el delito), quien puede ser requerido por el órgano jurisdiccional a instancia de la parte para que cumpla con su obligación, estando facultado el juez los requerimiento o amonestaciones expresas, llegando incluso a la revocación de la pena (sea suspendida o reserva del fallo) cuando el obligado se mantiene firme o constante en no reparar el daño, habiéndose pronunciado en tal sentido la Corte Suprema en el R.N. Nro. 2476-2005, Jurisprudencia Vinculante. (Sala Penal Permanente, R.N 2476-2005 Lambayeque, 2006)

2.2.6. Marco Legal Comparado

2.2.6.1. Código Penal de El Salvador

DE LAS FORMAS SUSTITUTIVAS DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Reemplazo de la Pena de Prisión

Artículo 74.- El juez o tribunal deberá, en forma motivada reemplazar las penas de prisión mayores de seis meses y que no excedan de un año por igual tiempo de arresto de fin de semana, de trabajo de utilidad pública o por multa. Así mismo podrá, atendiendo a las circunstancias del hecho cometido, sustituir las superiores a un año y que no excedan de tres años por igual tiempo de arresto de fin de semana o de trabajo de utilidad pública.

Regla de Conversión

Artículo 75.- Para los casos del reemplazo de la pena de prisión a que se refiere el artículo anterior, cuatro fines de semana o cuatro jornadas semanales de trabajo, equivalen a un mes de prisión. Para las fracciones de mes, el juez o tribunal hará el reemplazo guardando la proporción establecida. (Asamblea Legislativa R. d., 1997)

2.2.6.2. Texto único del Código Penal de la República de Panamá

Penas Sustitutivas

Artículo 65. El trabajo comunitario podrá ser aplicado por el Juez de Conocimiento o por el Juez de Cumplimiento a quien ha sido condenado o esté cumpliendo una pena que no exceda de cinco años de prisión. En el segundo supuesto, será necesario el visto bueno de la Junta Técnica Penitenciaria. Todo trabajo comunitario requerirá del consentimiento escrito del beneficiario y solo se realizará en instituciones públicas de salud o educativas o en casos de calamidades. Se computará a favor del sentenciado un día de prisión por cada cinco días de trabajo realizado.

Artículo 66. Para la aplicación de lo establecido en el artículo anterior, la autoridad competente velará por el cumplimiento de las siguientes condiciones:

La ejecución se desarrollará bajo la supervisión del Juez de Cumplimiento, quien solicitará informes periódicos sobre el comportamiento del sentenciado y el desempeño del trabajo a la administración, entidad pública o asociación en que se preste el servicio.

El trabajo no atentará contra la dignidad del sentenciado

Artículo 67. Antes de iniciarse la ejecución del trabajo, el Juez establecerá las condiciones y los días en que deba prestarse.

El Juez de Cumplimiento podrá suspender el trabajo comunitario si el sentenciado viola las condiciones establecidas sobre el tiempo, modo y lugar en que deba prestar el servicio; en consecuencia, el sentenciado tendrá que cumplir el resto de la pena que le fue impuesta. (Asamblea Nacional, 2016)

2.2.6.3. Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000)

DE LAS PENAS, SUS CLASES Y SUS EFECTOS

Artículo 36. Penas sustitutivas. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.

Artículo 40. Conversión de la multa en arrestos progresivos. Cuando el condenado no pague o amortizare voluntariamente, o incumpliere el sistema de plazos concedido, en el evento de la unidad multa, se convertirá ésta en arresto de fin de semana. Cada unidad multa equivale a cinco (5) arresto de fin de semana. La pena sustitutiva de arresto de fin de semana oscilará entre cinco (5) y cincuenta (50) arresto de fines de semana.

El arresto de fin de semana tendrá una duración equivalente a treinta y seis (36) horas y su ejecución se llevará a cabo durante los días viernes, sábados o domingos en el establecimiento carcelario del domicilio del arrestado.

El incumplimiento injustificado, en una sola oportunidad, por parte del arrestado, dará lugar a que el Juez que vigila la ejecución de la pena decida que el arresto se ejecute de manera ininterrumpida. Cada arresto de fin de semana equivale a tres (3) días de arresto ininterrumpido

Las demás circunstancias de ejecución se establecerán conforme a las previsiones del Código Penitenciario, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto en este Código.

El condenado sometido a responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de la multa, podrá hacer cesar la privación de la libertad, en cualquier momento en que satisfaga el total o la parte de la multa pendiente de pago. (Senado, 2000)

2.2.6.4. Código Penal de Costa Rica

Conmutación

Caso en que puede aplicarse.

ARTÍCULO 69.-

Cuando a un delincuente primario se le imponga pena de prisión que no exceda de un año, el Juez podrá conmutarla por días multa, cuyo monto fijará atendiendo a las condiciones económicas del condenado

Como podemos apreciar, la legislación comparada contempla también el instituto de la conversión de pena, con distintos matices, vemos, por ejemplo, que la ley de El Salvador solo

permite la conversión de las penas privativas de libertad en caso de delitos que tengan fijado solo hasta tres años, en el caso de Costa Rica la pena de prisión no debe exceder de un año, pero en el caso de la ley panameña, ésta es más flexible en la medida que permite la conversión de penas hasta de cinco años de prisión. Finalmente, observamos que la ley colombiana sustituye la prisión por arresto domiciliario. (Asamblea Legislativa C. R., 1970)

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Definición de Términos Básicos

Pena.

Es clásico recurrir a Grotius y afirmar que “poena est malum passionis quod infligitur propter malum actionis”, sin embargo, es evidente que, hoy día la pena no puede ser definida de esa manera. Solo aceptando posturas retribucionistas se llegaría a dicha definición. La pena no puede verse ni definirse como un mal consecuencia de otro mal que es el delito, por lo que no es admisible hablar de la pena como mera sucesión de males. Como señala Jakobs, la pena es siempre una reacción frente a la infracción de una norma que pone de manifiesto la vigencia de la misma. “La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada (Urquiza Olaechea). De acuerdo con esto, el fin de la pena es de tipo preventivo general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento). Delito y pena deben verse con un sentido comunicativo, en el que la pena es la réplica al delito por necesidades de estabilización normativa; “es la constatación de que el autor con su hecho ha afirmado algo que no es determinante” (López de Barja de Quiroga, 2004, p. 21).

Teorías de la Pena

Para Juan Bustos Ramírez, (2004), el fundamento y fin de la pena ha sido objeto de larga discusión en el Derecho Penal. Esta discusión ha dado lugar a las llamadas teorías de la pena. Estas teorías son en el fondo teorías del Derecho Penal, pues su objetivo es legitimarlo, esto es, justificar mediante explicaciones racionales la imposición de un castigo que puede afectar al patrimonio, la libertad o incluso la vida de una persona. Estas teorías se clasifican en teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Las teorías absolutas de la pena parten de una premisa: la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre. Se trata con la pena de “se haga justicia”. Sus fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del derecho. El derecho penal en consecuencia se legitimaría como instrumento eficaz para el logro de estos fines. Las teorías relativas de la pena, también llamadas de la prevención, prescinden de consideraciones trascendentes para la legitimación del castigo y lo fundamentan en la utilidad de la pena. La pena y el Derecho Penal se justificarían racionalmente porque es útil para prevenir el delito. (p. 523).

Pena Privativa de Libertad

Una pena privativa de libertad es la sanción penal que se impone al sujeto que ha cometido un acto delictivo, declarado así por un tribunal a través de un proceso público celebrado con todas las garantías, y que consiste en la privación del derecho a la libertad en un lugar determinado durante el tiempo que se establezca en la sentencia condenatoria, sometido a un específico régimen de vida. (La Pena Privativa de Libertad, s.f.)

Determinación Judicial de la Pena

La individualización de la pena, conforme sostiene Hans Heinrich Jescheck, es la fijación de las consecuencias jurídicas de un delito; comprende la elección de la sanción y, en su caso, la

resolución acerca de la suspensión condicional de una pena o medida de seguridad. La mayoría de las veces para la individualización de la pena en el caso concreto la ley deja al tribunal un amplio espacio de juego. Normalmente, las distintas normas penales contienen simplemente marcos punitivos que en no pocas ocasiones van desde la pena de multa hasta la de prisión de varios años. La ley no señala en qué extensión ha de ser fijada la pena dentro del marco punitivo. (Jescheck H. , *La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne*, 1982) En la actualidad, sin embargo, existe un amplio consenso en entender que también la elección y la medición de la sanción en el caso concreto, constituye una decisión jurídicamente vinculada.

Para la individualización de la pena el marco punitivo legal suministra una escala de gravedad dentro de la cual hay que clasificar cada caso concreto en función de sus especialidades. De acuerdo con ello, la pena legal máxima permanece para las manifestaciones más graves del delito y la mínima queda reservada para los casos más leves. Sin embargo, dado que la mayoría de los casos se encuentran entre ambos extremos se plantea la cuestión del lugar de entrada” en el marco punitivo. Entre otras razones su determinación es de importancia porque sólo a partir de él puede ser determinada la influencia de circunstancias agravantes y atenuantes; de ahí que ni teórica ni prácticamente se pueda renunciar a la fijación del punto de partida para las cuestiones vinculadas con la individualización de la pena. p. 942

Conversión de la pena privativa de libertad

Prado Saldarriaga, sostiene que: “En el marco de conversión de penas es el juez quien decide evitar el cumplimiento de una pena privativa de libertad, de corta o mediana duración o evitar su aplicación, y eso lo hace en función de diferentes factores que están ligados con el nivel de información del delito, del delincuente y del hecho cometido. Hoy en día, esta medida encuentra aceptación en el contexto internacional, como una guía para el tratamiento directo de

delincuentes jóvenes –recordemos que en nuestro país hay un importante número de pandillas juveniles-, o también delitos de escasa o mediana gravedad, en el caso de nuestro país el marco regulador lo encontramos entre los artículos 52 al 54 del Código Penal. (Prado, 2010)

2.3.2. Antecedentes de la investigación.

Tesis

1.- Tesis sustentada por Guadalupe Lizárraga Torpoco (2018) para optar el título de abogado en la Universidad Continental, con el título “Dificultades en la conversión de la pena en los juzgados penales liquidadores de Huancayo 2014-2017”. La autora llega a las siguientes conclusiones:

Primera: La principal dificultad de tipo interpretativa fue la falta de una adecuada interpretación sistemática de parte de los operadores jurídicos, respecto al momento de la conversión, debido a que lo hacían erróneamente pues señalaban que también procedía como un todo el capítulo de la conversión de la pena señalando que el artículo 52 del Código Penal y que no prohibía que se regule en ejecución de sentencia, sin embargo concluimos que se debe realizar una interpretación sistemática conforme a la seguridad jurídica y los lineamientos que regula la Constitución Política del Perú.

Segunda: La principal dificultad procesal fue la coexistencia de dos posturas antagónicas respecto del momento de aplicación de la conversión, ya que una postura refiere que solamente se debe de aplicar la conversión de la pena en el mismo acto de sentencia, mientras que la otra postura indica que se aplica la conversión de la pena en ejecución de sentencia, argumentando que no se ha contemplado de forma expresa que no proceda la conversión de la pena en etapa de ejecución.

Tercera: La postura tomada sobre el momento de aplicación de la conversión de la pena en base al artículo 52 del Código Penal, es que se dé la aplicación solamente en el mismo acto de sentencia, ya que se respetaría la cosa juzgada, pues una de las funciones de la conversión de la pena es evitar que una persona ingrese a prisión y no sacarla de ella, por ende aplicando ello no colisionaría con el Decreto Legislativo N°1296 (beneficios penitenciarios) y el Decreto Legislativo N°1300 (conversión de penas en ejecución). Por ello es que se propone que se pueda regular expresamente en el Código Penal que la conversión de la pena (artículo 52) solamente proceda al momento del acto de sentencia para de esta manera eliminar la dificultad interpretativa y procesal, pues con ello se mejoraría los resultados al momento de emitirse una sentencia, evitando la inseguridad jurídica.

2.- Tesis sustentada por Ramos & Ruiz (2016) para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional de Trujillo, tesis intitulada: “Causas de la inaplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en los juzgados unipersonales de la Corte Superior del Distrito Judicial de Trujillo (2014-2015)”. Las autoras llegan a las conclusiones siguientes:

Primera: La conversión de la pena es una medida de uso facultativo para el Juez, esto es, que su concesión (aun cuando concurren los presupuestos legales) depende de que su conveniencia sea considerada por el juzgador.

Segunda: De acuerdo a la información estadística obtenida de los operadores del derecho, ellos concuerdan en que la conversión de la pena privativa de libertad es una mejor

opción para resocializar al condenado al que se le ha impuesto una pena de corta duración.

Tercera: En la práctica judicial, los Magistrados de los Juzgados Penales Unipersonales del distrito de Trujillo han decidido no aplicar la conversión de la pena privativa de libertad a pesar de considerarla como una medida eficaz para la realización del condenado, toda vez que existe los Magistrados prefieren aplicar la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena

Cuarta: Los principales motivos por el que los Magistrados de los Juzgados Penales Unipersonales del distrito de Trujillo, inaplicación de la conversión de la pena privativa de libertad son: el inadecuado o insuficiente desarrollo doctrinal sobre la conversión de la pena privativa de libertad en el Perú y la escasa difusión de esta medida alternativa a la pena privativa de libertad, su función es evitar que una persona ingrese a prisión por períodos cortos, mas no es sacarla de la prisión

Quinta: Analíticamente, de la información estadística obtenida, los operadores del derecho coinciden en que en caso de delitos sancionados con penas no mayores a cuatro años, la mejor opción sería la pena convertible de prestación de servicios a la comunidad, que coadyuvaría al cumplimiento de los fines de la pena.

3.- Tesis sustentada por Luis Jorge Gonzáles Harker (2000) para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Privada Javeriana, Santa Fe, Bogotá. Intitulada “*Situación penitenciaria y Pena Privativa de Libertad*”. En este trabajo de investigación el autor llega, entre otras, a las siguientes conclusiones: Que en general existe un descontento por la pena privativa de libertad; que a pesar de sus cuestionamientos y

detractores, la pena privativa de libertad contribuyó a disminuir la violencia, la irracionalidad y la indiferencia que rige la práctica judicial; Que son injustos los cuestionamientos que se le hacen a la pena privativa de libertad como institución jurídica porque su verdadera crisis se sitúa en otros niveles como el social y el estatal que han llegado a afectar la práctica penitenciaria; Que eliminar del campo penal las conductas que menos afectan a la sociedad ayudaría a descongestionar las cárceles; que es necesaria la existencia de una seria política estatal alrededor de la función integral de la administración de justicia; Una buena alternativa sería permitir que los particulares presten los servicios carcelarios; www.javeriana.edu.com

Artículo Jurídico 1

Artículo de Jaime Alberto Moreno Chirinos intitulado “*La conversión de pena: problemática*”, publicada en la Revista Electrónica del trabajador judicial. El autor sostiene que uno de los principales motivos por los cuales no se aplica la conversión de la pena es porque no existe la logística adecuada para realizar el seguimiento y control de la ejecución de la pena; mientras que no se aplica la pena de Limitación de Días libres, por falta de infraestructura o locales adecuados y personal especializado (psicólogos, educadores) para su debido cumplimiento; concluye que el objetivo primordial de las penas alternativas, es la aplicación de una pena justa, con percepción favorable por la sociedad, venciendo la cultura de pena privativa de libertad, que ha mostrado no ser eficiente; pero que las alternativas que se den tampoco constituyan penas simbólicas y conseguir más bien una buena recepción social, con respecto a los tipos de delitos que encajen dentro de un catálogo idóneo para la aplicación de las penas alternativas. (<https://trabajadorjudicial.wordpress.com>).

Artículo Jurídico 2

Prado Saldarriaga sostiene que la revisión legal y empírica que hemos podido realizar sobre la conversión de penas y su aplicación en el Perú, nos permite advertir que nuestro sistema normativo adolece de vacíos y de excesos que perjudican la eficacia de dicha medida. También resulta relevante verificar que los operadores del Sistema Penal Nacional demuestran escasa predilección por el uso funcional de dicho sustitutivo penal. Esto 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. (Prado Saldarriaga V. , 1997)

Finalmente, para mejorar el marco normativo de la conversión de penas, consideramos importante realizar las siguientes modificaciones en el articulado que regula dicha medida:

a) Establecer el límite de tres años de pena privativa de libertad para la aplicación de la conversión.

b) Fijar como equivalencia para la conversión en penas limitativas de derechos la misma que regula el inciso 2 del artículo 53 del Código Penal (Una jornada de servicio a la comunidad o una de limitación de días libres por cada siete días de pena privativa de libertad).

c) Incluir requisitos para la aplicación de la conversión para motivar al Juzgador a aprecie la condición personal del agente de modo similar a lo exigido para la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio.

d) Definir criterios que permitan orientar al Juzgador al momento de elegir la pena sustitutiva (Prado Saldarriaga V. , 1997)

CAPITULO III

HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO

3.1. Hipótesis Principal

H1: Los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco no aplicaron la conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad durante el año 2018.

H0: Los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco sí aplicaron la conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad durante el año 2018.

3.2. Hipótesis Específicas

H2: Los jueces en la práctica judicial ordinaria no aplican la conversión de pena privativa de libertad en delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad porque consideran que no hay jurisprudencia reiterada sobre este instituto penal y porque además el Estado no ha implementado las medidas adecuadas para el cumplimiento efectivo de la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres.

H3: La pena básica mayor a cuatro años de privativa de libertad establecida en la ley para un delito determinado, es un factor por el que los jueces no aplican la conversión de pena, porque consideran que dicho instituto penal tiene aplicación práctica en delitos, cuya pena conminada en la ley no supera los cuatro años de privativa de libertad

H4: Los operadores de justicia en su mayoría están de acuerdo en que la conversión de la pena privativa de libertad en delitos que tengan conminada una pena mayor a cuatro años de

privativa de libertad es una buena práctica procesal que beneficia tanto al sentenciado como al sistema de justicia penal.

3.3. Variables

Por tratarse de una investigación con un enfoque cuantitativo-descriptivo, y de acuerdo con nuestro problema principal, se presentan dos variables. La primera variable está constituida por la conversión de la pena y la segunda variable por la pena conminada en la ley o pena básica para el delito.

Indicadores:

Conversión de pena:

- a) Prestación de servicios a la comunidad
- b) Limitación de días libres

Pena conminada:

- a) Pena mínima de cuatro años de privativa de libertad
- b) Pena mayor a cuatro años de privativa de libertad

Tabla X.

Matriz de Operacionalización de Variables

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones
Conversión de pena	"Poner concepto de autores e incluir las dimensiones"	El concepto en tus propias palabras	Prestación de servicios a la comunidad Limitación de días libres
Pena culminada	"Poner concepto de autores e incluir las dimensiones"	El concepto en tus propias palabras	Pena mínima de cuatro años de privativa de libertad Pena mayor a cuatro años de privativa de libertad

CAPITULO IV

METODOLOGÍA

4.1. Tipo y Diseño de Investigación

El estudio lo abordaremos con la siguiente metodología:

Tabla 1

Enfoque de Investigación

Enfoque de Investigación	<p>Cualitativo: Porque se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto (Hernández, 2014, p. 358). Utiliza recolección de datos en su ambiente para poder analizarlos después y conocer las perspectivas de la población o muestra.</p>
Tipo de Investigación Jurídica	<p>Descriptivo: Se recoge información sobre el estado actual del fenómeno (Morvelí, 2019, p. 58).</p> <p>Propositivo: Porque se orienta a analizar un problema de la mala práctica Porque describe el fenómeno mediante su estudio en una circunstancia de tiempo y espacio determinado procesal y plantea el diseño de una propuesta que tiene valor como aporte de investigación por estar sustentada en estudios previos..</p>

Fuente: Elaboración propia

4.2. Muestra

La muestra corresponde al método no probabilístico por conveniencia, puesto que se tomó en cuenta la situación actual (COVID – 19) para realizar la encuesta, teniendo las muestras seleccionadas por conveniencia para el investigador y que representan a la población.

4.3. Técnicas de recolección de datos e información

a.- Análisis documental: Se analizó la información recabada de la bibliografía especializada, artículos de la especialidad, doctrina jurisprudencial, resoluciones del Juzgado Colegiado de Cusco y legislación.

b.- Técnicas e Instrumentos: Se hizo uso del análisis documental utilizando como instrumentos la ficha bibliográfica material y digital.

c.- En la presente investigación, la muestra agotó el contenido en la medida que se analizó todo el legajo del Juzgado Penal Colegiado del Cusco correspondiente al año 2018. para determinar los casos en que se aplicó la conversión de pena en delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad.

d.- Encuesta: Se efectuó encuesta con un cuestionario estructurado a los jueces penales, fiscales y abogados defensores

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad por los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco durante el año 2018 en casos de delitos que tienen conminada una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad

5.1.1. Juzgado Penal Colegiado del Cusco

Expediente: 4512-2016

Imputado: Royer Alvaro Ticona Romero

Materia: Delito Contra el Patrimonio, en la modalidad de Robo, sub tipo Robo Agravado, en grado de Tentativa

Agraviado: Guillermo Alfredo Pompilla Tesci

Resolución N° 06

...10.- Determinación de la pena

10.1. Para la aprobación del acuerdo de las partes y con ello determinar la pena a imponer, importa tomar en cuenta en primer término que el marco abstracto de la pena prevista para el delito cometido, es no menor de 12 ni mayor de 20 años.

10.2. Si se ha dado cuenta sobre una oportuna reacción del agraviado, quien habría evitado, la consumación del hecho, al haber opuesto resistencia. Por ello, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal, calificando los hechos como tentativa, por cuya razón se deberá reducir prudencialmente la pena.

10.3. Si además, el Ministerio Público ha postulado que el acusado sí se encontraba en estado de ebriedad, pues incluso presentó 0.78 gramos de alcohol luego de más de 7 horas de cometido el hecho; ese dato, tomando en cuenta el promedio de etil oxidación del alcohol, a razón de 0.15 gramos por hora, resulta suficiente para efectos de afirmar a favor del acusado, que su nivel de conciencia estaba afectada, por lo que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 21° del Código Penal, que regula los supuestos de responsabilidad restringida, pudiendo reducir la pena por debajo del mínimo legal; tanto más si se toma en cuenta la edad del acusado, quien tenía sólo 18 años circunstancia que no puede dejar de considerarse y debe aplicarse por todas las instancias judiciales, por mandato de lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N° 004-2016/CIJ-116.

10.4. Siendo así, a los fines del cálculo correspondiente para la reducción de la pena, no existe inconveniente de partir del mínimo legal previsto para el delito cometido, esto es, de los doce años de pena privativa de libertad, y ello por las condiciones personales del imputado, quien carece de antecedentes penales (atenuante genérica).

10.5. Si a ello, las partes convinieron en la reducción de 3 años por el grado de tentativa en el que quedó el hecho; y luego, de 5 años y 4 meses por el estado de ebriedad y edad del acusado, esa disminución de pena efectuada tiene amparo legal, y además resulta razonable a los fines de buscar una pena razonable y proporcional a imponer al mismo por su participación en los hechos. Siendo así, que si a la pena resultante, de cuatro años y ocho meses, se le reduce el séptimo permitido por el Acuerdo Plenario Nro. 5-2008/CJ-116 dado el reconocimiento de hechos efectuado en juicio (el que alcanza a ocho meses), la pena resultante, de 4 años privativa de libertad, y que fuera acordada por las partes, es legal, por lo que este Juzgado Colegiado, lo aprobará.

11.- De la Conversión de la Pena

11.1. En el presente caso, las partes han privilegiado en el acuerdo arribado, los fines de la pena; así, se verifica que han acordado convertir la pena a imponer, antes que evaluar una posible suspensión de la misma. Al respecto, conviene traer a colación las referidas condiciones personales del acusado, sobre todo, su reciente mayoría de edad, pues el mismo permite colegir que la imposición de otro tipo de pena, distinta a la privativa de libertad, máxime que ésta será de corta duración, le es más favorable a los fines de su cabal resocialización, y además deviene en mayor utilidad social, si se consideran los fines preventivos de la misma; por lo que siendo procedente convertir los 4 años de pena privativa de libertad que corresponde imponer al acusado a doscientas ocho jornadas de prestaciones de servicios a la comunidad (a razón de siete días de privación de libertad, por una jornada de prestación de servicios comunitarios), al cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 52° del Código Penal, se aprobará también este extremo de lo acordado.

11.2. Respalda la decisión asumida, el que también la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la Republica haya convertido una pena de 4 años privativa de libertad impuesta por el delito de robo agravado, a servicios comunitarios en el marco de una conclusión anticipada, evaluando aspectos similares a los concurrentes en el presente, como son: el grado de tentativa, mínima afectación al bien jurídico, condiciones personales del agente y la mayor utilidad resocializadora de las penas limitativas de derechos a la privativa de libertad, reconociendo también la alta potencialidad resocializadora de la pena de prestación de servicios a la comunidad (Recurso de Nulidad N° 607-2015-Lima Norte)

IV. Resolución

Por las consideraciones expuestas y en aplicación del artículo 372° del Código Procesal Penal. EL JUZGADO PENAL COLEGIADO SUPRAPROVINCIAL A DEL CUSCO por unanimidad, impartiendo justicia a nombre de la Nación, FALLA:

1.- APROBANDO el acuerdo de pena y reparación civil celebrado entre Royer Alvaro Ticona Romero, su defensa y el Ministerio Público.

2.- DECLARANDO la responsabilidad penal de Royer Alvaro Ticona Romero, cuyos datos de identidad obran en la parte expositiva de la presente sentencia, como AUTOR del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Robo sub tipo Robo Agravado, en grado de TENTATIVA cometido durante la noche, en agravio de Guillermo Alfredo Pompilla Tecsi.

3.- Como tales, se le impone CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad efectiva, CONVERTIDA a DOSCIENTAS OCHO JORNADAS DE PRESTACION DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD. Pena que deberá cumplir en el lugar que el INPE determine

5.1.2. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República

Expediente: 607-2015-Lima Norte

Imputado: John Paúl Bazza Soria y Félix Orlando Cuadros Álvez

Materia: Delito Contra el Patrimonio, en la modalidad de Robo, sub tipo Robo Agravado,
en grado de Tentativa

Agraviado: Giancarlos Ignacio Rojas Apolinario

Recurso de Nulidad N° 607-2015 Lima Norte

Lima, cuatro de mayo de dos mil dieciséis

... III. Análisis del caso concreto

Sexto. Cuando se imponen penas de corta de duración, como la que tenemos en el presente caso, el ordenamiento jurídico penal vigente establece como sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, la aplicación de penas limitativas de derechos, las mismas que contribuirán a la resocialización del imputado y, sobre todo, permitirán la prestación de servicios a favor del Estado como retribución por el daño causado con la comisión del delito. En ese sentido, este Supremo Tribunal considera viable la conversión de la pena efectiva impuesta por prestación de servicios a la comunidad; ello en virtud a que la sanción es de corta duración y el delito quedó en grado de tentativa; por ende, no hubo mayor afectación al bien jurídico protegido, las condiciones personales del agente; y, principalmente, porque este tipo de penas tienen mayor utilidad resocializadora que una pena efectiva. Consiguientemente, la aplicación de esta nueva sanción se hará efectiva conforme con lo señalado en los siguientes párrafos

3.2. De la Conversión de la Pena Privativa de Libertad

Noveno. A efectos de convertir una pena privativa de libertad efectiva en prestación de servicios a la comunidad, el artículo cincuenta y dos, del Código Penal, establece que en los casos de improcedencia de la suspensión de la ejecución de la pena, el juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años en otra de prestación de servicios a la comunidad, a razón de siete días de privación de la libertad por una jornada de prestación de servicios a la comunidad. En concordancia con ello, la legislación sustantiva también establece que en caso de incumplimiento injustificado de la pena alternativa convertida, el juez puede revocar la conversión, previo apercibimiento judicial y se ejecutará la pena privativa fijada en la sentencia con el respectivo descuento (cfr. artículo cincuenta y tres del Código Penal).

Décimo. A partir de lo expuesto, se tiene que, en el caso concreto, los cuatro años de pena privativa de libertad impuestos equivalen a doscientas ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Ahora bien, conforme se señala en la parte resolutive de la sentencia, el imputado cumple con la pena privativa de libertad desde el dos de febrero de dos mil quince; por lo que a la fecha de emisión de la presente ejecutoria ha transcurrido un año con tres meses y tres días, lo que equivale a sesenta y seis jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Que al efectuar el descuento correspondiente del total de jornadas convertidas, el condenado tiene pendiente por cumplir ciento cuarenta y dos jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Por lo que esta cantidad de jornadas deberá cumplirlas en la Unidad Beneficiaria que señale el juez competente en el marco de la ejecución de la sentencia, de acuerdo con las pautas fijadas en el artículo seis y, en lo que fuera pertinente, del Decreto Legislativo mil ciento noventa y uno, publicado el veintidós de agosto de dos mil quince.

Décimo primero. De otro lado, se advierte que la fecha del suceso criminal narrado en la sentencia, es distinta a la fecha en que realmente sucedió el evento delictivo. Pues adviértase que el atestado (fojas dos), formalización de denuncia (fojas treinta y siete) y auto apertorio de instrucción se consigna como fecha del evento materia de proceso el veinticinco de junio de dos mil ocho. Incluso, en un dictamen emitido por el señor Fiscal Supremo en lo Penal (fojas ciento treinta y tres), se consideró esta fecha. Sin embargo, cuando se devolvió el expediente al representante para que emita acusación fiscal (fojas ciento cuarenta), es que cambia la fecha de los hechos (veinte de abril de dos mil nueve) y a partir de ahí se cometió este error en reiteradas actuaciones. Por tal motivo, al ser solo un error material que no altera el fondo del asunto, corresponde aclarar tal deficiencia.

Decisión

Por estos fundamentos, declararon HABER NULIDAD en la sentencia conformada de fojas doscientos setenta y dos, del tres de febrero de dos mil quince; en el extremo que al condenar a John Paúl Bazza Soria como responsable del delito contra el patrimonio-tentativa de robo con agravantes, en perjuicio de Giancarlos Ignacio Rojas Apolinario, le impuso cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; reformándola: la CONVIRTIERON a doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad; la misma que con el descuento de carcelería que purga desde el dos de febrero de dos mil quince, le restan ciento cincuenta y siete jornadas por cumplir, la que será ejecutada, bajo apercibimiento de ley, por el juez competente, en el marco de la ejecución de sentencia, DISPUSIERON la inmediata libertad del citado encausado, siempre y cuando no pese mandato de detención vigente en su contra. ACLÁRESE la fecha de los hechos que se consigna en la sentencia, al cual corresponde el veinticinco de junio de dos mil ocho. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene, y es materia del recurso de nulidad. Y los devolvieron.

S.S., SAN MARTÍN CASTRO, PRADO SALDARRIAGA, SALAS ARENAS, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO. (Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad Nro. 607-2015 Lima Norte, 2016)

5.1.3. Análisis

El artículo 52 del Código Penal señala que la Conversión de Pena se aplica cuando no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, posibilitando que el Juez pueda convertir 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 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. Por su parte la prestación de servicios a la comunidad es una pena

limitativa de derechos, que fue diseñada para afectar la disposición del tiempo libre del condenado, es decir, durante los fines de semana o en otros días de descanso, el condenado deberá realizar trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad, los cuales pueden verificarse en una entidad pública o privada sin fines de lucro que la autoridad competente decida. Al respecto, VALDIR SZNICK («A pena de trabalho e suas características», en Justicia, N.º 130, 1985, p. 69) sostiene que a esta modalidad punitiva se le ha atribuido una alta potencialidad resocializadora y una escasa incidencia estigmatizadora. Además, el artículo 34 del Código Penal, regula que la pena de prestación de servicios a la comunidad se realice mediante trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones de servicio social. Así mismo, estos trabajos comunitarios se deben adecuar, en lo posible, a las aptitudes personales del condenado, para de esta manera asegurar un rendimiento idóneo y eficiente en el cumplimiento de la labor encomendada. Por tanto, se debería tomar en cuenta el nivel técnico, edad, sexo, capacidad física, entre otros aspectos del sentenciado. Siendo así, la prestación de servicios a la comunidad puede comprender la asignación de labores manuales, intelectuales o artísticas. En suma, los Jueces deben aplicar la conversión de pena no sólo observando o tomando como referencia el Recurso de Nulidad N° 607-2015-Lima Norte, sino también considerando factores como la mínima afectación al bien jurídico, condiciones personales del agente y que las penas limitativas de derechos tienen una mayor utilidad o alta potencialidad resocializadora, que haga prever que el agente no vuelva a cometer nuevo delito y evitando que el agente quede estigmatizado ante la imposición de una pena privativa de libertad.

5.1.4. Relación de Sentencias Emitidas en el año 2018

Tabla 2

Relación de Sentencias Emitidas en el año 2018

Expedientes Judiciales

847-2015-48

790-2016-45

869-2014-41

2889-2016-60

432-2016-39

1988-2015-14

693-2015-32

2284-2016-1

46-2017-7

3515-2016-8

743-2016-62

3609-2015-91

3088-2016-69

2773-2015-42

2713-2015-18

145-2012-89

4294-2016-64

1899-2015-4

1596-2015-20

510-2015-82

2253-2016-29

2548-2014-27

1784-2015-99

1155-2013-80

857-2015-59

880-2014-43

1648-2011-97

1245-2017-77

287-2012-89

725-2018-0

2339-2017-48

644-2016-24

2456-2017-48

631-2016-75

475-2017-91

738-2015-52

630-2015-28

304-2017-26

1710-2016-31

1910-2015-49

1816-2017-33

1280-2017-4

3837-2016-47

939-2016-90

3850-2016-90

1458-2017-3

1280-2017-4

3934-2016-41

2971-2015-4

515-2014-55

1639-2017-16

2180-2014-59

134-2015-96

134-2015-96

2800-2017-42

2593-2015-9

1187-2011-49

3172-2017-3

412-2017-25

1227-2012-30

4203-2017-20

3853-2016-85

1633-2014-1

2764-2015-15

78-2015-81

1974-2017-41

705-2016-92

5357-2017-74

1631-2013-84

539-2017-8

243-2016-7

1415-2016-76

441-2017-81

185-2017-49

2063-2017-53

1120-2015-99

4512-2016-37

1728-2017-82

1968-2015-16

1474-2015-27	3520-2016-4
1785-2016-12	1487-2017-65
3454-2016-18	3370-2017-81
748-2017-16	3056-2017-53
4288-2017-79	4080-2017-39
750-2017-96	4776-2016-25
4520-2016-94	1306-2018-71
4166-2016-39	1220-2015-55
3432-2017-48	1698-2017-29
2180-2014-49	3055-2017-53
1491-2016-99	3117-2016-53
597-2016-83	2595-2015-67
914-2014-77	5798-2018-55
2670-2015-4	1777-2017-1
66-2015-37	3557-2016-98
2949-2016-76	2975-2017-85
4470-2016-49	2811-2014-77
1218-2017-34	2225-2016-11
3812-2016-93	1454-2017-44
76-2017-24	4332-2016-32
2762-2017-64	6299-2018-89
4011-2017-96	2913-2014-20
2376-2016-81	3364-2018-11
4019-2016-22	4588-2016-22
2063-2017-53	2943-2017-6
2792-2017-76	1078-2015-24
2349-2017-61	4389-2016-12
2032-2015-3	1652-2017-98
2216-2015-10	380-2016-58
4754-2017-53	1280-2017-4
1583-2017-34	2636-2017-56
2636-2017-56	2926-2016-53
2129-2017-24	1449-2016-42
3667-2017-75	169-2015-25
4144-2017-8	3393-2016-76
2504-2017-35	4792-2017-61
1551-2016-24	627-2017-28
5675-2018-65	5871-2018-96
1643-2016-25	5788-2018-18
2801-2016-21	5559-2018-29

562-2012-1	1535-2018-73
5256-2018-98	841-2016-9
4199-2018-68	2250-2015-26
3925-2017-66	4752-2016-50
5391-2017-13	2780-2018-25
3040-2016-31	5587-2018-71
6420-2018-35	885-2017-18
4507-2017-2	1563-2018-59

Ahora bien, de la revisión de los legajos del Juzgado Penal Colegiado del Cusco correspondientes al año 2018, se tuvo como resultado que, en un solo caso, en el Expediente: 4512-2016 seguido contra Royer Alvaro Ticono Romero por el delito de robo agravado, éste órgano jurisdiccional aplicó la conversión de pena al momento de sentenciar, en un delito cuya pena conminada en la ley es mayor a cuatro años de privativa de libertad. En este caso el juzgador tuvo en cuenta principalmente tres circunstancias atenuantes que jugaban a favor del imputado; que el delito quedó en grado de tentativa; que el imputado se encontraba en estado de ebriedad en el momento de los hechos; y que este imputado tenía responsabilidad restringida por la edad ya que contaba solo con 18 años de edad al momento de la comisión delictiva.

Como se puede apreciar, un delito, cuya pena es no menor de doce años de privativa de libertad, fue convertida a prestación de servicios a la comunidad por 208 jornadas que es el resultado de la conversión de cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, a razón de una jornada de trabajo por siete días de prisión, tal como lo establece el artículo 52 del Código Penal. No se encontró ninguna otra sentencia de conversión de pena en delitos que tienen conminada una sanción mayor a cuatro de pena privativa de libertad, lo que significa que los jueces no tienen como practica ordinaria o usual la conversión de pena en estos casos.

Ahora bien, para enriquecer nuestro trabajo de investigación hemos incluido una jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia recaído en el Expediente N° 607-2015-Lima Norte seguida contra John Paúl Bazza Soria y Félix Orlando Cuadros Álvez por el delito contra el patrimonio en su modalidad de robo agravado en grado de tentativa (jurisprudencia que, además, ha sido invocado por los jueces del Cusco para sustentar su sentencia de conversión). Los argumentos que tuvo en cuenta la Sala Suprema es que *la sanción era de corta duración y el delito quedó en grado de tentativa; por ende, no hubo mayor afectación al bien jurídico protegido, además se tuvo en cuenta también las condiciones personales del agente; y, principalmente, porque este tipo de penas tienen mayor utilidad resocializadora que una pena efectiva.*

De esta manera el supremo tribunal de justicia del país aplicó la conversión de pena privativa de libertad a una de prestación de servicios a la comunidad. Ahora bien, la ausencia casi total de una jurisprudencia reiterada y uniforme de la Corte Suprema en casos de conversión de pena privativa de libertad en casos de delitos que tengan conminada una sanción mayor a cuatro años de privativa de libertad, influye negativamente en el uso ordinario y frecuente por parte de los órganos jurisdiccionales de instancia, esto es los juzgados y salas penales de las cortes superiores de justicia del país

5.2. Finalidad de la conversión de la pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres

En teoría podemos afirmar que la conversión de pena privativa de libertad a prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres es posible aplicar en delitos que tengan conminada en la ley una pena privativa de libertad mayor a cuatro años de privativa de libertad,

esto considerando que la pena de cuatro años a que hace alusión el artículo 52 del Código Penal es la pena concreta a la que ha llegado el juzgador luego de haber efectuado la dosificación correspondiente teniendo en cuenta la escala punitiva establecida en el artículo 45-A y los presupuestos y las circunstancias establecidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal. Sin embargo, del análisis de los expedientes que fueron materia del presente estudio, se desprende que los jueces del Colegiado del Cusco, durante el año 2018, no aplicaron la conversión de pena en delitos que tenían conminada en la ley una pena privativa mayor a cuatro años de privativa de libertad. Solo en el Expediente N° 4512-2016 seguida contra Royer Álvaro Ticona Romero por el delito de Robo, sub tipo Robo Agravado, en grado de Tentativa, se convirtió la pena en prestación de servicios a la comunidad.

Es necesario precisar, que este delito está conminado en la ley con una pena privativa de libertad no menor de 12 ni mayor a veinte años de privativa de libertad, pero el colegiado teniendo en cuenta que el delito quedó en grado de tentativa y apreciando las condiciones personales del agente y las circunstancias de la comisión del delito, convirtió la pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad. En efecto, se tuvo en cuenta, primero, que el delito quedó en grado de tentativa, luego, la edad del agente, quien tenía solo 18 años de edad, además, en el momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad y finalmente se consideró que se sometió a la terminación anticipada con lo cual obtuvo también el beneficio premial de disminución de la pena.

Por otro lado, a manera de ilustración, hemos consignado también el Expediente: 607-2015-Lima Norte, seguido contra John Paúl Bazza Soria y Félix Orlando Cuadros Álvarez por el delito de Robo, sub tipo Robo Agravado, en grado de Tentativa. La Sala Penal Suprema sustentó

la pena expresando que la sanción es de corta duración y el delito quedó en grado de tentativa, además en que no hubo mayor afectación al bien jurídico protegido y tuvo en cuenta las condiciones personales del agente; y, principalmente, porque este tipo de penas tienen mayor utilidad resocializadora que una pena efectiva. Cabe señalar que esta ejecutoria fue invocada por el Juzgado Colegiado del Cusco para aplicar la conversión de la pena, dada la similitud del caso.

Ahora bien, considerando los fundamentos expuestos por la ejecutoria suprema, reproducido en parte en la sentencia del Colegiado del Cusco, podemos advertir que la conversión de la pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres tiene una finalidad resocializadora. En efecto, se prefiere imponer una pena que cumpla un adecuado tratamiento extramuros en el sentenciado, evitando su internamiento en un centro carcelario donde la interrelación con otros internos encarcelados por diversos delitos, no necesariamente va coadyuvar positivamente en su resocialización. Además de salvarle del estigma de la prisión, no hay duda que abonará en gran manera en su estado emocional que redundará en su vida personal, familiar y con la sociedad.

5.3. Relación de los delitos con pena conminada en la ley mayor a los cuatro años de pena privativa de libertad con la conversión de la pena privativa de libertad

La relación que hemos encontrado entre los delitos que tienen conminada en la ley una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad y el instituto de la conversión de la pena privativa de libertad, es que en estos delitos los jueces no aplican la conversión de la pena. Vale decir, el hecho que el delito tenga conminada en la ley un pena mayor a cuatro años de privativa de libertad, es un factor para que los jueces se abstengan de convertir la pena. Ciertamente, los expedientes que han sido materia de análisis se refieren a delitos que tienen conminada en la ley

una pena privativa de libertad mayor de cuatro años, y en todos esos casos los jueces no han convertido la pena, sino que han aplicado siempre penas efectivas

5.4. Opinión de los operadores de justicia penal sobre la conversión de la pena

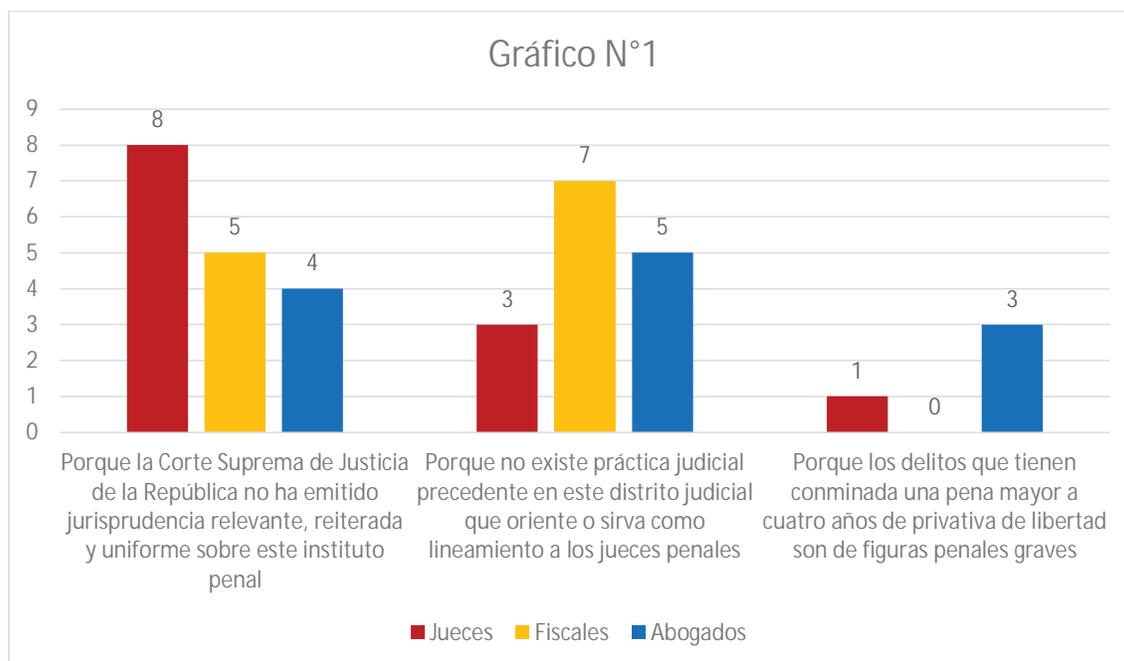
Encuesta a Jueces, Fiscales y Abogados defensores

Tabla 3

En su opinión, ¿por qué motivo los jueces no aplican la conversión de pena al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad?

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	Marcaron	%	Marcaron	%	Marcaron	%
Porque la Corte Suprema de Justicia de la República no ha emitido jurisprudencia relevante, reiterada y uniforme sobre este instituto penal	8	66.7%	5	41.7%	4	33.7%
Porque no existe práctica judicial precedente en este distrito judicial que oriente o sirva como lineamiento a los jueces penales	3	25.0%	7	58.3%	5	41.7%
Porque los delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad son de figuras penales graves	1	08.3%	0	0%	3	25.0%
Total	12	100.00%	12	100.00%	12	100.00%

Figura 1. *En su opinión, ¿por qué motivo los jueces no aplican la conversión de pena al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad?*



RESULTADOS:

En el cuadro que antecede, el 66.7% de jueces, 41.7% de fiscales y 33% de abogados defensores, consideran que los jueces no aplican la conversión de pena porque la Corte suprema no ha emitido jurisprudencia relevante, reiterada y uniforme sobre este instituto penal; un 25% de jueces, 58.3% de fiscales y 44.7% de abogados defensores atribuye este hecho a que no existe práctica judicial precedente en este distrito judicial que oriente o sirva como lineamiento a los jueces penales; y finalmente un 8.3% de jueces y un 25% de abogados defensores sostiene que la causa es porque los delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad son generalmente de delitos graves

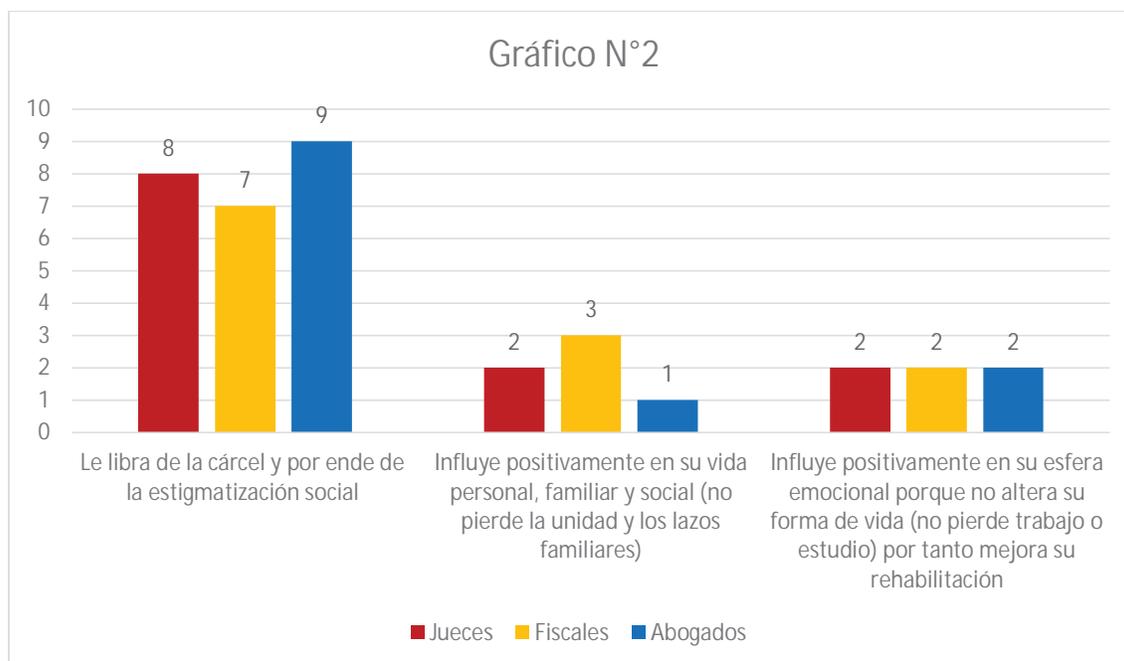
Tabla 4

En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de

libertad para el procesado al momento en que es condenado?

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	Marcaron	%	Marcaron	%	Marcaron	%
Le libra de la cárcel y por ende de la estigmatización social	8	66.7%	7	58.3%	9	75.0%
Influye positivamente en su vida personal, familiar y social (no pierde la unidad y los lazos familiares)	2	16.7%	3	25.0%	1	8.3%
Influye positivamente en su esfera emocional porque no altera su forma de vida (no pierde trabajo o estudio) por tanto mejora su rehabilitación	2	16.7%	2	16.7%	2	16.7%
Total	12	100.00%	12	100.00%	12	100.00%

Figura 2. *En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el procesado al momento en que es condenado?*



RESULTADOS:

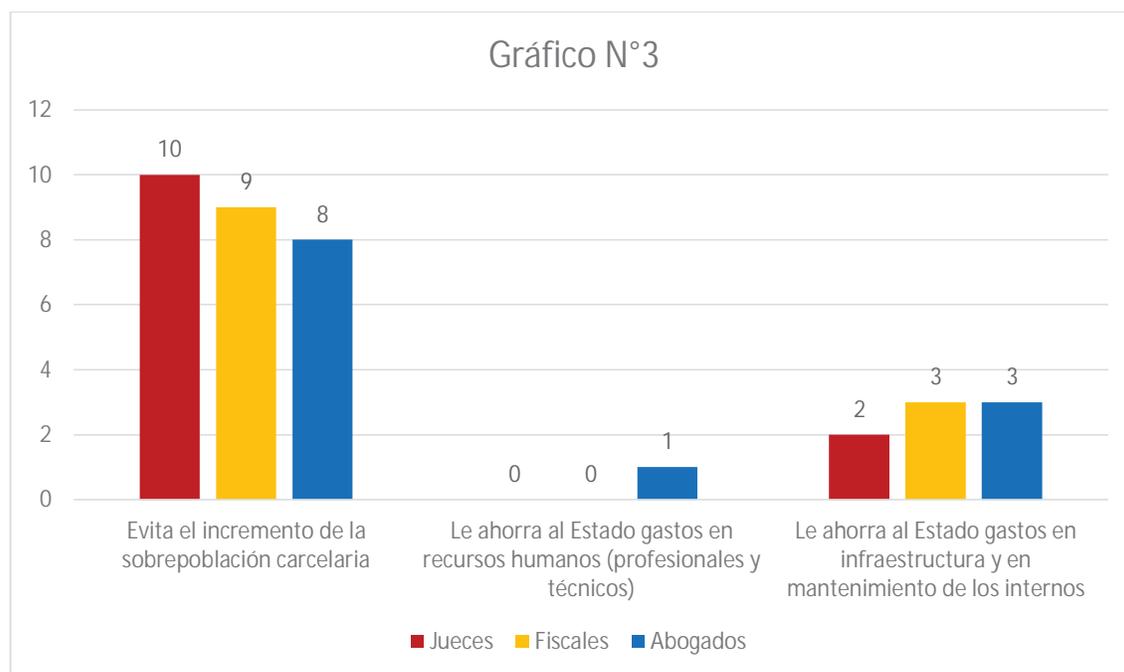
En este cuadro un 66.7% de jueces, un 58.3% de fiscales y un 75% de abogados defensores opina que los beneficios que otorga la conversión de pena es el hecho que el sentenciado es librado de cárcel y por tanto de la estigmatización social; un 16.7%, de jueces, un 25% de fiscales y un 8.3% de abogados defensores opina que la conversión de pena influye positivamente en su vida personal, familiar y social; y finalmente un 16.7% de jueces, fiscales y abogados defensores opina que la conversión de pena influye positivamente en la esfera emocional del sentenciado, porque al no perder su trabajo o estudio mejora su rehabilitación.

Tabla 5

En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el sistema de justicia penal al momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria?

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	Marcaron	%	Marcaron	%	Marcaron	%
Evita el incremento de la sobrepoblación carcelaria	10	83.3%	9	75.0%	8	66.7%
Le ahorra al Estado gastos en recursos humanos (profesionales y técnicos)	0	0.0%	0	0.0%	1	8.3%
Le ahorra al Estado gastos en infraestructura y en mantenimiento de los internos	2	16.7%	3	25.0%	3	25.0%
Total	12	100.00%	12	100.00%	12	100.00%

Figura 3. En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el sistema de justicia penal al momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria?



RESULTADOS:

En este cuadro un 83.3% de jueces, un 75% de fiscales y un 66.7% de abogados

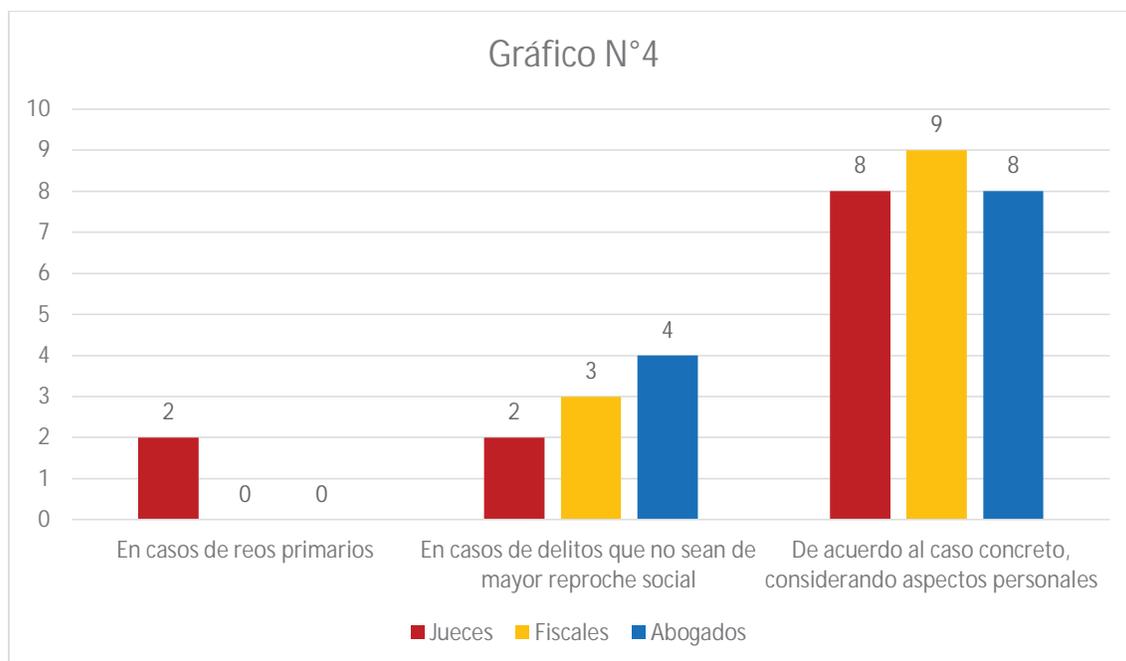
defensores opina que el beneficio que otorga la conversión de pena al sistema de justicia es evitar el incremento de la sobrepoblación carcelaria; un 8.3% de abogados defensores opina que le ahorra al Estado gastos en recursos humanos; y 16.7% de jueces, un 25% de fiscales y otro 25% de abogados defensores opina que le ahorra gastos al Estado en infraestructura y mantenimiento de los internos

Tabla 6

En su opinión, ¿en qué casos cree usted que se debe aplicar la conversión de pena privativa de libertad?

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	Marcaron	%	Marcaron	%	Marcaron	%
En casos de reos primarios	2	12.7%	0	0%	0	0.0%
En casos de delitos que no sean de mayor reproche social	2	12.7%	3	25.0%	4	33.3%
De acuerdo al caso concreto, considerando aspectos personales	8	66.7%	9	75.0%	8	66.7%
Total	12	100.00%	12	0.00%	12	100.00%

Figura 4. *En su opinión, ¿en qué casos cree usted que se debe aplicar la conversión de pena privativa de libertad?*



RESULTADOS:

En este último cuadro un 66.7% de jueces, un 75% de fiscales y un 66.7% de abogados defensores considera que la conversión de pena se debe aplicar de acuerdo al caso concreto; un 16.7% de jueces, un 25% de fiscales y un 33.3% de abogados defensores considera que se debe aplicar en casos que no sean de mayor reproche social; y finalmente, un 16.7% de jueces considera que se debe aplicar en casos de reos primarios

5.5. Causas por las que los jueces del Juzgado Penal Colegiado de Cusco no aplican la conversión de la pena privativa de libertad al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena privativa mayor a cuatro años de privativa de libertad

La encuesta formulada a los operadores de justicia revela que los jueces no aplican este instituto penal principalmente porque no existe una jurisprudencia reiterada y uniforme que

pueda servir de lineamiento para los jueces de instancia a fin de que su aplicación se convierta en una buena práctica procesal. Otro sector de jueces opina que no aplican la conversión porque no existe práctica judicial precedente en este distrito judicial que oriente o sirva de lineamiento a los jueces penales. Sin embargo, otro sector minoritario de jueces sostiene que no aplican la conversión de pena porque el Estado no ha implementado una buena política pública en función del cumplimiento de la pena como prestación de servicios a la comunidad. En efecto, no existe información adecuada de los mecanismos de control del cumplimiento de este tipo de penas, ya que conforme al Código el reo debe cumplir su pena de acuerdo a sus capacidades, habilidades, aptitudes, edad, estado de salud, lugar de domicilio. En efecto, el INPE en su Informe anual de diciembre de 2018 sostuvo que del total de sentenciados a penas limitativas de derechos el 57% no cumple la pena impuesta por diversas razones y el INPE solo ha trabajado en el mes de diciembre con el 43% de dicha población.

Debe puntualizarse que el INPE no es un ente represivo que obliga a los sentenciados a cumplir con la pena impuesta, motivo por el cual se trabaja con quienes voluntariamente se presentan a cumplir el trabajo encomendado; a quienes no se presentan desde el inicio o se presentan y luego abandonan el mecanismo de inserción, se les notifica indicando el apercibimiento, y si aun así no lo hacen, solo resta comunicar a la autoridad judicial para que adopte alguna medida respecto al incumplimiento de lo dispuesto”. Agrega este informe que las penas limitativas de derechos o las medidas alternativas son fácilmente vulnerables y difícilmente controlables.

Por último, otro sector minoritario de encuestados sostiene que los jueces no aplican la conversión porque los delitos que tienen conminada una pena privativa de libertad mayor a cuatro años son delitos graves que tienen mayor reproche social y como tal una pena convertida

no respondería a los principios de prevención general del delito.

5.6. Delitos en los que se puede aplicar la Conversión de Pena

Si bien el tema de tesis hace expresa referencia a delitos en que se tenga conminada una pena privativa de libertad superior a los cuatro años, no se puede considerar todos los delitos que prevén esa pena, mucho menos los que son considerados delitos muy graves, sino que considero que debe tratarse de delitos cuya pena mínima oscile entre los cuatro a seis años de pena privativa de libertad, como los siguientes:

- Homicidio Simple (Art. 106)
- Conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato (Art. 108-D)
- Homicidio por emoción violenta Agravada (Segundo Párrafo del Art. 109)
- Lesiones Graves Agravadas (Segundo y Tercer Párrafos del Art. 121)
- Lesiones Graves cuando la víctima es menor de edad, de la tercera edad o persona con discapacidad (Primer Párrafo del Art. 121-A)
- Lesiones Leves Agravada cuando la víctima es un menor y Muere (Tercer Párrafo del Art. 122-A)
- Pornografía Infantil (Primer Párrafo del Art. 129-M)
- Interferencia Telefónica (Primer Párrafo del Art. 162)
- Interferencia de Comunicaciones Electrónicas, de Mensajería Instantánea y Similares (Primer Párrafo del Art. 162-B)
- Violación Sexual mediante Engaño (Art. 175)
- Tocamientos, Actos de Connotación Sexual o Actos Libidinosos Sin Consentimiento, Mediante Violencia o Amenaza (Segundo Párrafo del Art. 176)

- Favorecimiento a la Prostitución Agravado (Segundo Párrafo del Art. 179)
- Rufianismo Agravado (Segundo Párrafo del Art. 180)
- Proxenetismo Agravado (Segundo Párrafo del Art. 181)
- Propositiones a Niños, Niñas y Adolescentes Con Fines Sexuales (Primer Párrafo del Art. 183-B)
- Robo Agravado (Primer Párrafo del Art. 189)
- Robo de Ganado Agravado (Segundo Párrafo del Art. 189-C)
- Extracción Ilegal de Bienes Culturales por Funcionario Público (Segundo Párrafo del Art. 228)
- Concentración crediticia a favor de Directores y trabajadores (Segundo Párrafo del Art. 244)
- Fabricación o Introducción en el Territorio de la República de Instrumentos destinados a la Falsificación de billetes o monedas (Art. 255)
- Fabricación, Suministro o Tenencia de Materiales Peligrosos Agravado (Tercer Párrafo del Art. 279)
- Tráfico de Productos Pirotécnicos cuando se cause Lesiones Graves o Muerte de Personas (Segundo Párrafo del Art. 279-C)
- Empleo, producción y transferencia de Minas Antipersonales (Art. 279-D)
- Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión (Primer Párrafo del Art. 279-E)
- Fabricación, comercialización, uso o porte de armas (Primer Párrafo del Art. 279-G)
- Atentado contra la Seguridad Común (Art. 281)

- Entorpecimiento al Funcionamiento de Servicios Públicos mediante Violencia (Segundo Párrafo del Art. 283)
- Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros (Segundo, Tercer y Cuarto Párrafos del Art. 296)
- Promoción o favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas y otros respecto a Semillas (Segundo Párrafo del Art. 296)
- Tráfico Ilícito de Insumos Químicos y Productos Fiscalizados (Primer Párrafo del Art. 296-B)
- Suministro indebido de droga por Profesional (Art. 300)
- Coacción al Consumo de Droga (Art. 301)
- Inducción o instigación al consumo de droga con propósito de lucro (Segundo Párrafo del Art. 302)
- Formas agravadas del tráfico ilícito de migrantes (Primer Párrafo del Art. 303-B)
- Obstrucción de procedimiento mediante Intimidación o Violencia (Segundo Párrafo del Art. 310-B)
- Disturbios (Art. 315)
- Apología del delito de terrorismo (Segundo Párrafo del Art. 316-A)
- Manipulación Genética (Art. 324)
- Participación en grupo armado dirigido por extranjero (Art. 326)
- Destrucción o alteración de hitos fronterizos (Art. 327)
- Formas agravadas de Atentados contra la Seguridad Nacional (Art. 328)
- Revelación de secretos nacionales (Art. 330)

- Conjuración contra un Estado extranjero cuando se obra por Lucro (Segundo Párrafo del Art. 338)
- Sedición (Art. 347)
- Financiamiento prohibido de organizaciones políticas Agravado (Segundo Párrafo del Art. 359-A)
- Usurpación de función pública (Segundo Párrafo del Art. 361)
- Ingreso indebido de equipos o sistema de comunicación, fotografía y/o filmación en centros de detención o reclusión (Segundo Párrafo del Art. 368-A)
- Sabotaje de los equipos de seguridad y de comunicación en establecimientos penitenciarios (Primer Párrafo del Art. 368-C)
- Otorgamiento ilegítimo de derechos sobre inmuebles (Segundo Párrafo del Art. 376-B)
- Cohecho pasivo propio (Art. 393)
- Soborno internacional pasivo (Art. 393-A)
- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial (Art. 395-A)
- Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales (Art. 396)
- Cohecho activo transnacional (Art 397-A)
- Cohecho activo específico (Art. 398)
- Enriquecimiento ilícito (Art. 401)
- Amotinamiento de detenido o interno (Segundo Párrafo del Art. 415)

5.7. Discusión de Resultados

Los beneficios que otorga este instituto penal de la conversión de la pena privativa de libertad al momento en que se es condenado son varios, primero, se libra de un encierro en una

cárcel donde existe un submundo contaminado que, sin duda, influye negativamente en los internos, máxime si son primarios. Influye positivamente en su vida personal, familiar y social, porque se libra de una estigmatización social por el hecho de haber entrado a la cárcel en calidad de presidiario. Redunda positivamente en su esfera emocional, porque no se altera su estilo de vida al no perder su trabajo o estudio y la unidad de su familia. Le hace reflexionar por la oportunidad que le brinda el sistema de justicia para no volver a cometer el delito y desarrollar su vida con arreglo y en armonía con la paz social

Así mismo para los operadores de justicia encuestados, los beneficios que otorga la conversión de pena al sistema de justicia penal se traducen principalmente en evitar la sobrepoblación carcelaria que siempre ha sido crítica en nuestro país a falta de una adecuada política pública de gestión penitenciaria. Es un hecho público y notorio que las cárceles están hacinadas porque acogen en su seno a una cantidad de internos que sobrepasa el límite del aforo que debe tener cada establecimiento penitenciario de acuerdo a su capacidad. Es una posición pacífica en la ciencia penitenciaria que las cárceles no son lugares de rehabilitación o readaptación, sino centros de desarrollo de una carrera delictiva porque de dichos lugares los internos salen más preparados para delinquir. Se ha demostrado que en esos centros de reclusión operan grandes organizaciones criminales que siguen delinquiendo como si estuvieran en libertad. En este sentido, aplicar medidas alternativas como la conversión de pena resulta siendo una buena práctica procesal para evitar mayor hacinamiento de los penales.

Por otro lado, la conversión de pena le evita también al Estado mayores gastos en el mantenimiento de la gran población carcelaria que existe en nuestro país, gastos que significan, sin duda, el incremento de personal profesional para el tratamiento penitenciario, y además evita mayores gastos en la alimentación, atención de salud y otros, porque es obligación del Estado

velar por la vida y salud de los internos en los Centros Penitenciarios a nivel nacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Los jueces del Juzgado Penal Colegiado del Cusco en el año 2018 no tenían como una buena práctica aplicar la conversión de pena en casos de delitos que tienen conminada en la ley una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. En el estudio efectuado, se pudo determinar que, durante el referido año, solo en un caso (Nro. 4512-2016-37-1001-JRPE-04) aplicaron dicho instituto penal apoyándose en una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDA: La finalidad del instituto de la conversión de la pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres es la óptima resocialización del condenado, considerando que este tipo de penas tiene mayor utilidad términos de readaptación del sujeto a la comunidad. Así se ha pronunciado la Corte Suprema en el expediente que ha sido materia de análisis en el presente trabajo de investigación.

TERCERA: La pena conminada en la ley para el delito mayor a cuatro años de privativa de libertad, es un factor que determina a los jueces penales a no convertir la pena en estos casos, a causa de la inexistente jurisprudencia reiterada y uniforme en ese sentido, y porque en este distrito judicial no es una práctica procesal que oriente el criterio del juzgador.

CUARTA: Los operadores jurídicos que han sido encuestados opinan mayormente que la conversión de pena en casos de delitos que tengan conminada en la ley una pena privativa de libertad mayor a cuatro años, se debe aplicar en el caso concreto, esto es, teniendo en cuenta las características personales del procesado y las circunstancias de la comisión del delito.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: A las Salas Penales de la Corte Suprema a fin de que emitan un Acuerdo Plenario relacionado a la conversión de la pena privativa de libertad, estableciendo los presupuestos para su imposición, sin perjuicio que emitan jurisprudencia reiterada y uniforme que fije lineamientos que orienten la labor de los jueces penales en la conversión de la pena.

SEGUNDA: Al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a fin de que realice una capacitación sostenida de los jueces con el propósito de incentivarlos en la aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

BIBLIOGRAFÍA

- Alas Rojas, D. (2015). Derecho y Cambio Social. *Revista Dialnet*.
- Arias-Torres, B. A. (s.f.). *Código Penal*. Lima - Perú.
- Asamblea Legislativa, C. R. (1970). *Código Penal Ley 4573*. Obtenido de https://oig.cepal.org/sites/default/files/1970_codigopenal_costarica.
- Asamblea Legislativa, R. d. (abril de 1997). *Código Penal de El Salvador*. Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/codigo_pena.
- Asamblea Nacional, R. d. (2016). *Código Penal de la República de Panamá*. Obtenido de <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016>.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Barreiro, J. (1997). El sistema de sanciones en el código penal español de 1995. *La Reforma de la justicia penal Estudios en homenaje del Profesor Klaus Tidemann, 77*.
- Berdugo Gómez De La Torre, I., Arroyo Zapatero, L., Feré Olivé, J., Serrano Piedecosas, J., & García Rivas, N. (1999). *Lecciones de Derecho Parte General*. Barcelona: Praxis.
- Boldova Pasamar, M. (2003). *La Introducción de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en la Legislación Española*.
- Bramont Arias. (1978). *Derecho Penal, Parte General*. Lima: Vilok.
- Bustos Ramirez, J. (1984). *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*. Barcelona: Ariel.
- Bustos Ramirez, J. (2004). *Obras Completas. Derecho Penal Parte General*. Lima.
- Cárdenas Ruiz, M. (2002). *Las teorías de la Pena y su Aplicación en el Código Penal*. Obtenido de <https://www.derechocambiosocial.com/revista002>.
- Carrasco Díaz, S. (2017). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima: San Marcos.
- Castillo Alva, J. (2004). *Principios del Derecho Penal. Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cerezo Mir, J. (1990). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: Tecnos.
- Chocano Rodriguez, R., & Valladolid Zeta, V. (2002). *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias Penales de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*. Lima: Jurista Editores.
- Claus, R. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas.
- Código Penal . (1991). *Exposicion de motivos del Código Penal*.
- Código Penal. (1991). Lima - Perú: Grijley.
- Corte Superior de Justicia de Lima. (1988). *En Jurisprudencia Penal II*.

- Corte Superior de Justicia de Lima. (1990). *Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios. Tomo III. Exp. 246-87. Octavo Tribunal Correccional de Lima*. Cusco: Cultural Cusco.
- De Figueiredo, J. (2013). *Direito Penal*.
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1993). *Alternativas A Las Penas Cotas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992*. Madrid.
- Diálogo con la Jurisprudencia Nro. 16. (2000). *Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ernst, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo - Uruguay: B. de F.
- Eser, A. (1998). *Una Justicia Penal a la medida del ser humano. Derecho Penal y criminología*.
- Fragoso Heleno, C. (1985). *Licoes de Direito Penal. A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense.
- García Aquino, J. (2017). *Determinación Judicial de la Pena en el Proceso penal Peruano*. Obtenido de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/>.
- García-Pablos, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos)*. Lima - Perú: INPECCP.
- Gracias Marin, L., Boldovia, M., & Alastuey, M. (1996). *Las consecuencias juridicas del delito*.
- Hassemer, W. (2006). *Prevención General y Aplicación de la Pena*. Buenos Aires - Argentina: B. de F.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Grijley.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y Teoría de la imputación*. Madrid.
- Jakobs, G. (1998). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona.
- Jescheck, H. (1982). La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne. *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 723.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Jung, H. (1992). *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Stuttgart.
- Kellens, G. (1993). Le projet suisse de reform des sanctions pénales en perspective internationale. *Reform der Strafrechtlichen Sanktionen*, 49.
- La Pena Privativa de Libertad*. (s.f.). Obtenido de <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>.
- Landa, C. (2006). *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Lesch, H. (1999). *La Función de la Pena*. Madrid - España: Dykinson.
- Liszt, F. (s.f.). *Tratado de Derecho Penal*. Madrid.
- Luzón Peña, M. (1996). *Curso de Derecho Penal Parte General I*. Madrid: Universitas S.A.

- Maurach, R., Gössel, K., & Zipf, H. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Repperto.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Montevideo-Buenos Aires.
- Mir, S. (2006). *Estado, Pena y Delito*. Buenos Aires - Argentina: B de F.
- Muñoz, C., & García, A. (1996). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Murach, Z. (2011). *Derecho Penal*.
- Navarro Althaus, M. (1997). *El Sistema de Penas en el CP peruano de 1991*. Obtenido de <https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario>.
- Nino, C. (1983). *Introduccion al análisis del derecho*. Barcelona.
- Pagliari, A. (1987). *Principi de diritto penale Parte generale*. Milán.
- Peña Cabrera. (1997). *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. Lima: Grijley.
- Peña, L. (1996). *Curso de Derecho Penal Parte General I*.
- Peña, R. (1995). *Tratado de Derecho Penal, tomo I*. Lima - Perú.
- Prado Saldarriaga, V. (1997). *LA CONVERSION DE PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL*. Obtenido de <https://perso.unifr.ch/derechopenal>.
- Prado Saldarriaga, V. (1999). *Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia*. Lima: Palestra Editores.
- Prado, V. (2010). *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*. Lima - Perú: IDEMSA.
- Prasts, J. (1996). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona - España.
- Prieto, L. (2007). *La filosofía penal de la ilustración*. lima - Perú: Palestra.
- Quintero Olivares, G. (2000). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Navarra: Aranzadi.
- Real Academia, E. (s.f.). <https://dle.rae.es/libertad>.
- Roxin, C. (1992). *Straterecht. Allgemeiner Teil*. München.
- Roxin, C. (1993). *Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad*. Buenos Aires - Argentina: Del Puerto.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Civitas.
- Sala Penal Permanente, C. S. (20 de abril de 2006). *R.N 2476-2005 Lambayeque*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/>.
- Sala Penal Permanente, C. S. (mayo de 2016). *Recurso de Nulidad Nro. 607-2015 Lima Norte*. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/RN-607-2015-Lima-Norte-LP>.

- Senado, R. d. (julio de 2000). *Código Penal Colombiano*. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html).
- Serie de Jurisprudencia 4. (2000). *Exp. 0031-99-AS Loreto*. Lima: Academia de la Magistratura.
- Serrano-Pidecasas, J. (1999). *Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal*. Lima : Gráfica horizonte.
- SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT, P. (1994). *Révision de la partie générale du Code pénal*. Paris - Francia.
- Stratenwerth, G. (1982). *Derecho Penal Parte General (El Hecho Punible)*. Madrid: Edersa.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal Parte General*. Navarra: Thomson/Civitas.
- Tavares, J. (1985). *Dereito Penal da Negligencia. Uma Contribucao a Teoria do Crimen Culposos*. Sao Paulo. *Revista Dos Tribunais*.
- Terragni, M. (2000). *Autoría e Intervención de Terceros en el Delito Culposos*.
- Tribunal Constitucional, P. (03 de enero de 2003). *STC Exp. N° 010-2002-AI/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
- Tribunal Constitucional, P. (11 de noviembre de 2003). *STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
- Tribunal Constitucional, P. (15 de diciembre de 2006). *STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
- Urquiza Olaechea, J. (s.f.). *El Bien Jurídico*. Obtenido de <https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/>.
- Velasquez V., F. (s.f.). *Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991*. Obtenido de <https://perso.unifr.ch/derechopenal/>.
- Velazquez Velazquez. (2002). *Derecho Penal Parte General*.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Villavicencio Terreros, F. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley.
- Villavicencio, F. (1997). *Código Penal. 2da. edición*. Lima - Perú: Grijley.
- VILLAVICENCIO, F. (2007). *Código Penal*. Lima - Perú.
- Vives, T. (2011). *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia - España.
- Welzel, H. (1993). *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editora Jurídica de Chile.
- Zaffaroni, E. A. (2002). *Derecho Penal: Parte General. 2ª. ed.* Buenos Aires - Argentina: Ediar.
- Zaffaroni, E., Aliaga, A., & Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*.

Zaffaroni, E., Aliaga, A., & Slokar, A. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal*.

Ziffer, P. (1994). Discusión en torno al concepto de Culpabilidad. *Revista Peruana de Ciencias Penales* N°3.

ANEXOS

ANEXO 1. INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS: CUESTIONARIO

1.- En su opinión, ¿por qué motivo los jueces no aplican la conversión de pena al momento de sentenciar en casos de delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad?

a.- Porque la Corte Suprema de Justicia de la República no ha emitido jurisprudencia relevante, reiterada y uniforme sobre este instituto penal

b.- Porque no existe práctica judicial precedente en este distrito judicial que oriente o sirva como lineamiento a los jueces penales

c.- Porque los delitos que tienen conminada una pena mayor a cuatro años de privativa de libertad son de figuras penales graves

2.- En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el procesado al momento en que es condenado?

a.- Le libra de la cárcel y por ende de la estigmatización social

b.- Influye positivamente en su vida personal, familiar y social (no pierde la unidad y los lazos familiares)

c.- Influye positivamente en su esfera emocional porque no altera su forma de vida (no pierde trabajo o estudio) por tanto mejora su rehabilitación

3.- En su opinión, ¿cuáles son los beneficios que otorga la conversión de la pena privativa de libertad para el sistema de justicia penal al momento en que el juez dicta la sentencia condenatoria?

- a.- Evita el incremento de la sobrepoblación carcelaria
- b.- Le ahorra al Estado gastos en recursos humanos (profesionales y técnicos)
- c.- Le ahorra al Estado gastos en infraestructura y en mantenimiento de los internos

4.- En su opinión, ¿en qué casos cree usted que se debe aplicar la conversión de pena privativa de libertad?

- a.- En casos de reos primarios
- b.- En casos de delitos que no sean de mayor reproche social
- c.- De acuerdo al caso concreto, considerando aspectos personales

ANEXO 2. PROPUESTA DE LEGE FERENDA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. Descripción del problema

En términos generales, el sobre hacinamiento de las cárceles en el Perú, obedece también al hecho que los jueces no aplican las penas alternativas que establece la ley en muchos casos en que debiera proceder su imposición. En efecto, si bien el Código Penal establece penas drásticas en casos de delitos considerados graves o de alto reproche social, sin embargo, se debe tener en cuenta también que, para determinar la pena en un caso concreto, el juez debe considerar, no solo la escala punitiva prevista en el artículo 45-A del Código Penal, sino también las circunstancias que se encuentran contenidas en los artículos 45 y 46 del mismo cuerpo normativo. Es más, la dosificación de la pena en un caso concreto, es un proceso técnico que conduce al juzgador a tener en cuenta también las causales de disminución de la punibilidad o, lo que otro sector de la doctrina denomina, circunstancias privilegiadas de atenuación de la pena.

En consecuencia, siendo este proceso un examen cuidadoso del espectro normativo relacionado con la determinación de la pena y con los principios que informan el derecho penal contemporáneo, llámese, última ratio o mínima intervención penal, el juzgador debe considerar de una manera especial echar mano de la pena alternativa menos gravosa al momento de dictar sentencia. El fundamento *iusfilosófico* que importa esta forma de hacer justicia, es, sin duda, la dignidad humana, cuya protección constitucional es la *ratio* de la carta magna.

En este escenario, tenemos que el Código Penal en el artículo 52 faculta al juez penal convertir la pena privativa de libertad efectiva en otra pena de multa o de prestación de servicios

a la comunidad o de limitación de días libres. La condición que establece la ley es que en estos casos no sea procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio.

En el quehacer judicial penal se ven muchos casos en los que ameritaría convertir la pena privativa de la libertad efectiva en una prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, esto por supuesto, siempre considerando (entre otras) las condiciones personales del agente y la forma y circunstancias de la comisión del delito. Sin embargo, la ley no establece los requisitos para que esta conversión sea factible, por ello, en la labor jurisdiccional los jueces no han asumido como práctica judicial la imposición de esta pena alternativa, que técnicamente se denomina conversión de pena. Esta problemática judicial nos constrañe a formular el presente proyecto de ley a fin de que, establecidos los requisitos en la norma, los jueces puedan realmente aplicar este instituto penal que, a decir de la Corte Suprema, es de mayor utilidad en la readaptación del infractor de la ley penal.

Propuesta de solución

Ahora bien, recogiendo la opinión de los expertos¹, la siguiente propuesta puede viabilizar la aplicación de la conversión de pena privativa de libertad en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

- 1.- Es necesario que las Salas Penales de la Corte Suprema emitan un Acuerdo Plenario estableciendo los presupuestos para que los jueces penales puedan convertir las penas privativas de libertad en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres en casos concretos que tengan en su conocimiento. (Con el carácter de vinculante)

¹ Encuesta formulada a jueces, fiscales y abogados defensores

2.- Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario también que las Salas Penales de la Corte Suprema expidan jurisprudencia reiterada y uniforme en casos en que proceda una conversión de pena, estableciendo de esta manera lineamientos para ilustrar el criterio del juzgador.

II. Marco Normativo

- Código Penal

III. Principios que deben verificarse

- Principio de Legalidad
- Principio de Resocialización

IV Análisis Costo beneficio

No genera gastos y tampoco afecta el presupuesto de las entidades públicas.

Contribuye a brindar mayor eficacia al trabajo realizado por los jueces penales y, sobre todo, en la readaptación de los condenados.

FÓRMULA LEGAL

Proyecto de ley que modifica el artículo 52 del Código Penal, en los siguientes términos:

Artículo 52.- Conversión de la pena privativa de libertad

En los casos en 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 la libertad por un día multa y 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. Sólo procede la conversión en casos de reos primarios

Los jueces al resolver la conversión deberán tener en cuenta la doctrina jurisprudencial emitida por las Salas Penales de la Corte Suprema