

Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba

Víctor Roberto Prado Saldarriaga*

*Departamento Académico de Derecho Público
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
vprado_2000@yahoo.com*

SUMARIO: 1.- Crisis y nuevos roles de las medidas alternativas. 2.- Medidas de Régimen de prueba en el Derecho Penal Peruano. 3.- Pronóstico favorable de conducta futura y estándares de prueba: Necesidad, límites y criterios de regulación.

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.- CRISIS Y NUEVOS ROLES DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS

Con la variada denominación de **medidas alternativas, penas alternativas, medidas penales alternativas, substitutivos penales o subrogados penales**, se distingue en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, a un conjunto de procedimientos y mecanismos legales que han sido configurados para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Esto es de penas de prisión no superiores a seis años.

Históricamente, su origen político criminal está conectado al cuestionamiento de la utilidad de este tipo de reclusión al cual se le niega expectativas y capacidad de prevención general o especial, atribuyéndoseles, más bien, graves disfunciones de carácter estigmatizante y que recaen negativamente sobre los condenados. LARRAURI destaca que esta clase de disfunciones imputadas a la pena privativa de libertad y a su ejecución, también han merecido un análisis criminológico: “La prisión es la pena más estudiada por los criminólogos. Surgió en el siglo XIX como una alternativa a las penas corporales y a la pena de muerte. La prisión se defendió porque no elimina físicamente a la persona, era una pena igualitaria que podía imponerse a quien no tuviera patrimonio y podía dividirse en unidades de tiempo de forma proporcional. Los primeros estudios de los criminólogos analizaron si las prisiones constituían una pena humanitaria. La conclusión fue muy crítica con esta institución y, por tanto, todos los países discuten la necesidad de limitar el uso y el tiempo de duración de la pena de prisión” (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 22-23). En ese mismo sentido, ARMENDÁRIZ LEÓN ha sostenido que “la razón de la búsqueda de alternativas, a las penas cortas privativas de libertad, viene marcada por los efectos negativos que conlleva el cumplimiento de este tipo de penas. Pero esa idea de las alternativas no es ni mucho menos nueva, data de la segunda mitad del siglo XIX (ya se recomendó utilizar otras sanciones en el Congreso Internacional Penitenciario de Londres de 1872). Bien es cierto, que debido al predominio de la concepción retributiva de la pena, aquella idea ha tardado en hacerse realidad en los distintos ordenamientos jurídicos” (Carmen Armendáriz León. Regulación actual y Proyecto de Reforma de la Suspensión y Sustitución de la Ejecución de la Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Español. Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. Estudios de Polí-

tica Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales. Tomo II Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 131-132).

Y desde un enfoque político criminal, los expertos han considerado siempre que las medidas alternativas a la pena privativa de libertad son útiles **instrumentos de despenalización**, pues posibilitan compensar o flexibilizar el excesivo rigor de las decisiones punitivas del Estado que se construyen o expresan a través de la conminación o aplicación de penas cortas privativas de libertad. Así, por ejemplo, en un informe del Sub-Comité de Descriminalización del Comité Europeo sobre Problemas de Criminalidad, de inicios de los años ochenta del siglo pasado, ya se destacaba tal cualidad en los siguientes términos: “El concepto de despenalización define todas las formas de atenuación dentro del sistema penal. En este sentido el traspaso de un delito de la categoría de “crimen” o “felonía” a la de delito menor, puede considerarse como una despenalización. **Esto también ocurre cuando se reemplazan las penas de prisión por sanciones con menores efectos negativos o secundarios, tales como multas, sistemas de prueba, trabajos obligatorios**, entre otros” (Descriminalización. Informe del Comité Europeo sobre Problemas de la Criminalidad. Estrasburgo 1980. EDIAR. Buenos Aires. 1987, p. 23).

Cabe, entonces, reconocer que la función asignada a las medidas alternativas desde sus orígenes, no ha sido otra que la de bloquear o desviar el acceso a la prisión por breves períodos de tiempo. Y ese trascendente rol ha logrado un afianzamiento normativo y práctico paulatino, pero continuo en los dos últimos siglos.

Ahora bien, como pone de relieve la doctrina contemporánea, hoy coexiste una notable diversidad de medidas alternativas. No obstante, “no todas las medidas penales alternativas (MPA) son iguales: algunas como las multas están pensadas en clave de retribución; otras como la prohibición de conducir o de aproximarse a la víctima persiguen la incapacitación, procuran que la persona no pueda reincidir. Estas MPA se cumplen de forma instantánea o prácticamente con la exclusiva intervención del sistema judicial, si bien en algunas existe también un control policial. Un tercer grupo como los trabajos en beneficio de la comunidad o la suspensión de la pena de prisión impone en ocasiones la obligación de someterse a un programa formativo o de tratamiento y están dirigidas a conseguir que la persona adquiera técnicas, habilidades y

valores o supere circunstancias personales muy difíciles-en clave de rehabilitación-“(Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Ob. Cit., p. 147). Esto es, sobre la base de su diseño, finalidad específica, oportunidad y operatividad, es posible en el presente distinguir diferentes modalidades de medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Al respecto, DE LA CUESTA ARZAMENDI describe lo esencial de tales diferencias destacando lo siguiente:

- Algunas sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad.
- Otras, basadas en 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.
- Existen también sistemas que apoyados, en la probable falta absoluta de necesidad de pena, procuran la evitación de la prisión a través de la instauración de períodos de prueba, que si se superan satisfactoriamente no darán lugar a la imposición de pena alguna.
- Finalmente, hay hasta instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal y no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad” (José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1993, p. 322 y ss.).

Por su parte, instrumentos internacionales como las **Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad o Reglas de Tokio**, aprobadas por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1990, registraban en su numeral 8.1 un amplio y variado catálogo de medidas alternativas, muchas de las cuales están actualmente reguladas en los sistemas penales internos de los Estados. Se trata de las siguientes opciones:

- Sanciones Verbales, como La Amonestación, La Represión y La Adver-tencia.
- Liberación Condicional.
- Penas Privativas de Derechos o Inhabilitaciones.
- Sanciones Económicas y Penas de Dinero, como Multas y Multas sobre los ingresos calculados por días.

- Incautación o Confiscación.
- Mandamientos de Restitución a la víctima o de Indemnización.
- Suspensión de la Sentencia o Condena Diferida.
- Régimen de Prueba y Vigilancia Judicial.
- Imposición de Servicios a la Comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

Como consecuencia de la notable diversidad alcanzada por las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, se ha construido en la literatura especializada, una heterogénea morfología o esquemas de clasificación que procuran alinear las principales características y formas de aplicación que corresponden a cada una de ellas (Silvia Valmaña Ochaíta. *Sustitutivos Penales y Proyectos de Reforma en el Derecho Penal Español*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1990, p. 26 y ss.). En ese contexto, resulta gráfica y de gran utilidad práctica la clasificación propuesta por DE LA CUESTA ARZAMENDI /José L. de la Cuesta Arzamendi. *Ob.cit.* p. 322 y ss.). Para este autor cabe identificar cuatro modalidades: sistemas de privación de libertad atenuada (**arresto de fin de semana**); sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas (**multa, trabajo en provecho de la comunidad**); instituciones probatorias (**suspensión condicional de la pena y suspensión del fallo**); otras alternativas (**dispensa de pena, perdón judicial, conciliación delincente-víctima**).

Nosotros preferimos optar por una clasificación que comprende sólo tres clases de medidas alternativas:

Medidas de régimen de prueba. Entendiendo por tales a aquellas que intercambian la imposición o el cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad de corta o mediana duración, por un régimen de prueba al que queda adscrito el sentenciado o condenado por un espacio temporal fijado por el Juez y sometido al cumplimiento de reglas de conducta específicas que él también define con objetivos de prevención especial. Al vencimiento exitoso del plazo fijado sin que medie revocación por incumplimiento de las reglas impuestas o la comisión de un nuevo delito, se extingue la pena impuesta o la posibilidad de su imposición y cumplimiento efectivo. Un presupuesto o estándar esencial

para la aplicación de esta clase de medidas es el pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado.

Medidas de reemplazo o conmutación. Esta clase de medidas intercambian, sustituyen o reemplazan las penas privativas de libertad que cabe imponer o que ya han sido impuestas con carácter efectivo, por otras penas no privativas de libertad que serán las que se impongan al condenado o que este en definitiva deberá de cumplir.

Medidas de perdón judicial. Como su nombre lo va indicando en este tipo de medidas corresponde a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, pero conforme a los presupuestos y límites legalmente definidos, decidir y aplicar una exoneración punitiva. Esto es, exonerar de la imposición de la pena privativa de libertad que se debería aplicar al condenado.

Sin embargo, es de precisar que la aparición histórica y los procesos evolutivos de todas estas medidas alternativas a las penas privativas de libertad no han sido homogéneos. Cada modalidad tuvo su momento de aparición, difusión y predominio (Sobre el origen y evolución de las diferentes variantes de las medidas alternativas véase: José L. de la Cuesta Arzamendi. Alternativas a las Penas Cortas Privativas de Libertad en el Proyecto de 1992, en Política Criminal y Reforma Penal. Ob. cit., p. 322). Es más, en el presente resulta todavía frecuente detectar que los sistemas jurídicos nacionales de cada país no incluyen siempre las mismas clases y tipos de medidas alternativas. Sin embargo, parece haber consenso en aceptar que las que corresponden a la modalidad denominada de **régimen de prueba** como la suspensión de la ejecución de la pena, la condena condicional o la *probation* son las de mayor antigüedad y presencia en el derecho penal comparado (Cfr. Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Ob. Cit., p. 23). No obstante, como bien explica ÁRMENDARÍZ LEÓN, en torno a este tipo de medidas alternativas hay también diferentes regulaciones normativas: “En el mundo occidental se utilizan en la actualidad tres modelos de suspensión de las penas cortas privativas de libertad: el anglosajón, denominado *probation*, el continental llamado *sursis* y uno mixto, la suspensión condicional de la pena con sometimiento a prueba”. La citada jurista destaca, además, que si bien los modelos citados tienen funciones comunes, sus presupuestos y efectos permiten igualmente establecer diferencias claras entre unos y otros (Cfr. Carmen Armendáriz León.

Regulación actual y Proyecto de Reforma de la Suspensión y Sustitución de la Ejecución de la Penas Privativas de Libertad en el Código Penal Español. Ob. Cit., p. 134 y ss.).

Y son, justamente, las **medidas alternativas de régimen de prueba**, las que guardan relación con el tema central de nuestras reflexiones. En efecto la necesidad de **un pronóstico favorable de conducta futura** y de **fijar estándares de prueba** para su emisión y motivación judicial, son presupuestos y requisitos exclusivos de esta clase de medidas alternativas como lo detallaremos más adelante al examinar el caso peruano.

Pero a pesar de haber atravesado por periodos auspiciosos y expectantes, las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad, también han debido de enfrentar coyunturas adversas y ser objeto de diferentes críticas, sobre todo formuladas por quienes promueven la utilidad preventiva de un *efecto shock* como función especial de las penas privativas de libertad corta o mediana duración. El cual resulta de suma utilidad y pertinencia para sancionar determinadas modalidades de criminalidad como las de carácter económico o funcional (Javier Villa Stein. Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición. ARA. Editores. Lima. 2014., p.589). Es más, la influencia de esta tendencia ha alcanzado también a la legislación penal peruana como lo demuestra la reciente promulgación del Decreto Legislativo 1343 que prohíbe la aplicación de la medida de régimen de prueba de suspensión de la ejecución de la pena, para los condenados por delitos contra la administración pública de colusión, peculado, malversación de caudales públicos, corrupción de funcionarios, negociación incompatible y enriquecimiento ilícito.

Pero también en las últimas décadas, se han descargado contra las medidas alternativas de régimen de prueba, reiterados cuestionamientos sociales debido a su uso judicial arbitrario e indiscriminado. Lo cual incluso ha generado que un sector mayoritario de la población las identifique como formas encubiertas de impunidad, corrupción o indebida benevolencia judicial. Otras objeciones, en cambio, han relativizado su pretendida eficacia o utilidad real para ejercer un efecto relevante sobre el acceso a los centros carcelarios o sobre la descongestión de los mismos. Al respecto, incluso, se ha llegado a sostener que las medidas alternativas han extendido de modo desmesurado el control penal fuera de la cárcel y que lo han delegado en agencias extra-penales que

actúan con marcada ausencia de garantías para los condenados (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta, Madrid. 2015, p. 163). Por último, se ha sustentado un discurso deslegitimador de los sustitutivos penales, el cual refiere que al recaer estos sólo sobre formas leves de criminalidad, se genera un efecto perverso y discreto de reafirmación o relegitimación de la necesidad o permanencia de la cárcel. La cual resulta fortalecida como el espacio predilecto de reacción penal para todas las formas agudas o críticas de la delincuencia. Especialmente de aquella violenta u organizada. Esta última aseveración ha motivado que un sector de especialistas admita también que esta clase de medidas proyectan un efecto colateral de sesgo **reaccionario y simbólico**, que las convierte más que en alternativas en verdaderos **“complementos”** de la cárcel (Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar. Derecho Penal. Parte General. EDIAR. Buenos Aires. 2000, p.927; Elena Larrauri. Las Paradojas de Importar Alternativas a la Cárcel en el Derecho Penal Español, en Derecho Penal y Criminología N° 43, 1991, p. 139 y ss.).

Y, por último, resulta evidente en la coyuntura actual que las medidas alternativas a las penas privativas de la libertad también han sido impactadas por el **giro punitivo** que caracteriza la configuración de la política criminal en el tercer milenio. Efectivamente, la agudización del espectro de la inseguridad ciudadana o del sentimiento socializado de la víctima, muy internalizados y extendidos entre los diferentes grupos sociales, han debilitado la validación política y la consideración jurisdiccional de su empleo sobre aquellas formas de delincuencia que se estiman como frecuentes y relevantes (Loïc Wacquant. Castigar a los Pobres. El Gobierno Neoliberal de la Inseguridad Social. Gedisa Editores. Barcelona. 2010, p.60 y ss.). Lo cual ha conducido a los Estados a aplicar como respuesta frecuente e inmediata la **decisión sobrecriminalizadora** de ir suprimiendo o descartando en las reformas legales, la regulación o aplicación de toda modalidad de medida alternativa (Lohitzune Zuluoga. El Espejismo de la Seguridad Ciudadana. Claves de su Presencia en la Agenda Política. Catarata. Madrid. 2014, p.24 y ss.). Esta actitud también suele concretarse de un modo indirecto, subrepticio y menos perceptible, a través de la elevación cuantitativa de los umbrales de penalidad conminada que regulan las leyes para la procedencia judicial de medidas alternativas. Estas prácticas legislativas que inutilizan u opacan la función esencial de las medidas alternativas de régimen de prueba, según LARRAURI, también se suelen utilizar

para anular la presencia de **penas alternativas** a la prisión.” El problema en ocasiones no es la ausencia de penas alternativas a la prisión, sino que el legislador deja poco margen para que se apliquen. De este modo, aun cuando en los códigos penales aparezcan largos catálogos de penas alternativas, debemos fijarnos, en primer lugar, en qué delitos está prevista su aplicación y con qué condiciones; en segundo lugar, es importante analizar si los jueces confían en ellas y las imponen; y finalmente, es indispensable observar los medios que la Administración pone a disposición para que se cumplan este tipo de penas” (Elena Larrauri. Introducción a la Criminología y al Sistema Penal. Editorial Trotta. Madrid. 2015, p. 147).

Es de mencionar que en la experiencia peruana el empleo de estas estrategias anulatorias y de proscripción de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, también ha sido muy recurrente. Por ejemplo, ella se hizo notar a través de las modificaciones que sufrieron los rangos mínimos punitivos de los delitos de defraudación tributaria o contrabando, los cuales fueron elevados, al poco tiempo de entrar en vigencia el Código Penal de 1991, para impedir que los jueces otorguen a los implicados en tales ilícitos la suspensión de la ejecución de la pena (Cfr. Ley 26461 y Decreto Legislativo 813).

Ahora bien, muchas de las críticas y efectos negativos descritos, que muestran la **crisis actual de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad**, han sido inteligentemente contestadas o esquivadas mediante importantes aportes de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada. En efecto, por un lado se ha dejado en claro que no es, ni nunca fue, el objetivo de las medidas alternativas el de abolir la prisión, sino, simplemente, el de procurar un efecto o castigo menos dañino que los que representa la cárcel en casos especiales donde esta deviene en desproporcionada e innecesaria (Francisco Muñoz Conde - Mercedes García Arán. Derecho Penal. Parte General. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1993, p. 496 y ss.). Y, por otro lado, se ha puesto en evidencia que en los diferentes y continuos procesos de reforma que ocurren en el derecho penal contemporáneo, la posición del legislador hacia las medidas alternativas no es de rechazo absoluto sino de notable vocación receptiva. Por tal razón, medidas alternativas a las penas privativas de la libertad de corta o mediana duración son todavía incorporadas, con mayor o menor intensidad o variedad, en los en los nuevos proyectos y códigos penales del siglo XXI. Ejemplos de esta paradójica tendencia legislativa son los Anteproyectos perua-

nos de reforma del Código Penal de 2004, 2008 2010 y el reciente Proyecto de Nuevo Código Penal 2016. En todos estos documentos prelegislativos no sólo se ha procurado mantener las cinco modalidades de medidas alternativas que reguló el Código Penal de 1991, sino que se han ampliado también sus efectos para poder alcanzar a penas privativas de libertad de hasta cinco años.

En consecuencia es justificado reconocer que aun limitadamente y pese a tener una utilidad cada vez más simbólica, todavía encontramos decisiones legislativas, que apuestan por las medidas alternativas expresando un mensaje crítico hacia el uso desmedido de la cárcel. Lo cual es pertinente sobre todo para la realidad de las prisiones latinoamericanas que siguen siendo crónicos escenarios de deshumanizado hacinamiento y carencia generalizada de servicios esenciales para una ejecución penal que asegure a los reclusos un tratamiento acorde con su irrenunciable condición de personas. No cabe duda, pues, que obrar legislativamente de otra manera, esto es, sólo eliminando o reduciendo significativamente la presencia normativa de las medidas alternativas en el derecho penal positivo, implica renunciar injustificadamente a uno de los pocos medios que todavía subsisten para compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y con proyecciones serias de prevención especial. En ese sentido, consideramos, pues, que mantienen plena vigencia, las reflexiones formuladas por MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN, hace ya más de dos décadas: "... por mucho que no quepa ocultar el contenido de control presente en este tipo de instituciones, no puede negarse que éste es menor que el ofrecido por la cárcel y si se renuncia a ejercerlo en determinados casos, ello es en beneficio de consideraciones que tienden a evitar la desocialización del condenado, el efecto estigmatizador de la prisión y sus consecuencias sobre la dignidad humana. Por tanto, una política criminal orientada a la sustitución de las penas cortas de prisión por reacciones penales de distinta naturaleza se basa fundamentalmente en una concepción del Derecho Penal como última ratio, que en el caso español puede encontrar un válido apoyo en la proclamación constitucional de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico" (Francisco Muñoz Conde- Mercedes García Arán. Ob. cit., p. 497). Para el caso peruano, estas reflexiones adquieren plena validez al constatar que el hacinamiento carcelario o las carencias de servicios y tratamiento se han potenciado y fortalecido en los últimos diez años, como efecto esperado y directo del giro punitivo en la política criminal nacional. Al respecto, cabe destacar, tal como se aprecia en las estadísticas penitenciarias, que un porcentaje importante de la población

carcelaria del país. está reclusa por delitos vinculados al tráfico ilícito de drogas o al robo; y, que además, se encuentran cumpliendo penas superiores a diez años de reclusión. **Sin embargo, también entre estos datos emerge una cifra significativa de internos que en las cárceles peruanas cumplen penas no superiores a cinco años de pena privativa de libertad.** Esto es, se detecta que entre la masa carcelaria un porcentaje importante de internos, cerca del 20% de la población total, cumplen penas de prisión cortas o de mediana gravedad, lo que contribuye a hacer más crítico el espacio colapsado de la capacidad de albergue de los centros penales (Consejo Nacional de Política Criminal. INDAGA. ¿Qué tanto sabes del Sistema Penitenciario en el Perú?. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Boletín 1-2016,p.9 y ss.).

En medio de ese contexto reduccionista de las medidas alternativas, especialmente de aquellas de régimen de prueba, se perfilan, compensatoriamente, nuevos discurso y espacios favorables a su regulación y utilidad operativa. Esto último se hace notar en lo que se ha dado en llamar la **nueva política hemisférica de control de drogas** que viene impulsando desde hace tres años la Organización de Estados Americanos- OEA. En efecto, este organismo regional ha abierto una nueva etapa que propicia el resurgimiento de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, como parte esencial de un inédito programa estratégico regional de prevención y control del tráfico ilícito y del consumo indebido de drogas. Esta importante reforma político criminal, se originó en el Informe Final que sobre el Problema de las Drogas en las Américas, se debatió y se hizo público por la Asamblea General de la OEA entre abril y junio de 2013 (Organización de Estados Americanos. El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de Debates y Consensos. Ciudad de Guatemala. Setiembre 2014, p. 2 y ss.). Sus ejes centrales pueden resumirse en el siguiente pasaje: “Los Estados Miembros de la OEA han señalado que las respuestas al problema de las drogas deben ser integrales, poniendo en el centro de la política de drogas las perspectivas de salud pública y derechos humanos. Cumplir con este propósito **requiere superar los enfoques que se basan únicamente en la represión, para dar espacio a alternativas** que pongan en el centro al individuo” (Cfr. Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas- CICAD. Bogotá. Octubre de 2014, p.6).

Este nuevo enfoque y oportunidad resulta compatible con el rol funcional que tradicionalmente se asignó a las medidas alternativas a la cárcel y que también destacaron hacia finales del siglo anterior. importantes juristas latinoamericanos como BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALAREE:” De ahí la crisis actual de la pena privativa de libertad y la tendencia a buscar penas sustitutivas que se logren adecuar mejor a los fines del estado moderno, en especial para las penas cortas privativas de libertad que aparecen como las más nocivas para el desarrollo personal y la dignidad del sujeto” (Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazabal Malarée. *Lecciones de Derecho Penal. Volumen I.* Editorial Trotta. Madrid, 1997, p.189).

En el ámbito europeo también se han comenzado a reestructurar las políticas regionales y nacionales contra las drogas, procurando pasar de un modelo prohibicionista adaptado a la Convención de Viena de 1988 y empezar a transitar vías alternativas que se basan en un enfoque de salud pública y control de daños. Sin embargo, como sostiene MUÑOZ SÁNCHEZ, en el presente la asimilación de esta innovadora variante táctica en las políticas de control de drogas, todavía viene suscitando debates y resistencias: “La introducción de esta política asistencial de reducción de daños se ha realizado sin modificaciones en el marco legal hecho a semejanza de la Convención de Naciones Unidas de 1988. La coexistencia de una política prohibicionista a nivel legal y una política de reducción de daños a nivel asistencial presenta importantes contradicciones teóricas y no está exenta de tensiones en la práctica” (Cfr. Juan Muñoz Sánchez. *Eficacia de la Política Criminal de Drogas y la Política Alternativa de Despenalización Controlada.* Ángel Gaspar Chirinos-Raúl Martínez Huamán. Directores. *Estudios de Política Criminal y Derecho Penal. Tendencias Actuales.* Gaceta Jurídica. Lima. 2015, p. 192 y ss.).

En relación con esta nueva postura internacional en la prevención y el control de los conflictos de la droga y su tratamiento penal, JUAN MANUEL TORRES, ha marcado, con precisión, que uno de los cambios más trascendentales radica, justamente, en las agudas críticas **que se formulan a la ineficacia y nocividad derivada del modelo punitivo y de exclusiva prisionalización.** El cual, por lo demás, ha imperado por más de treinta años en el tratamiento interno de las políticas y acciones estatales que la mayoría de países de nuestro continente han normado y aplicado contra el tráfico ilícito de drogas. Asimismo, como señala el citado autor, tales cuestionamientos han dejado traslucir y

visibilizar una vocación innovadora orientada a ensayar vías diferentes entre las que encajan **las medidas alternativas a la pena privativa de libertad**; sobre todo para aminorar daños colaterales a la salud y los derechos humanos de los sectores más bajos y vulnerables de la cadena de producción, comercialización y consumo ilegal de drogas y que suelen ser condenados a largas penas de cárcel Cfr. Juan Manuel Torres. Cuatro Caminos. Un Comienzo. Comentarios al Informe “El Problema de las Drogas en las Américas-2013” de la Organización de Estados Americanos. Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos. Lima. 2013, p. 4 y ss.)

En ese mismo sentido, la investigadora mexicana CORINA GIACOMELLO, luego de resumir detalladamente las características y disfunciones comunes de las estrategias punitivas contra las drogas, sostiene que “la necesidad de implementar medidas alternativas al encarcelamiento, así como de encontrar soluciones distintas a las desarrolladas hasta el momento para hacer frente al problema de las drogas parece imperante” (Corina Giacomello. Propuestas de Alternativas a la Persecución Penal y al Encarcelamiento por Delitos de Drogas en América Latina. IDPC. Universidad Autónoma de Chiapas. Junio 2014, p.1). En conexión con todo ello, en el Perú también se ha denunciado expresamente que: “El régimen legal y regulatorio actual para controlar el uso de drogas mediante sanciones penales (especialmente arrestos y encarcelamiento) está causando demasiado daño” (Cfr. Juan Manuel Torres. Cuatro Caminos, Un Comienzo. Ob.cit., p. 4 y ss.).

Todos estos aspectos nos sitúan, pues, en un renovado contexto político criminal, donde el discurso y las estrategias hemisféricas contra el tráfico ilícito de drogas, aparecen flexibilizados frente a los planteamientos represivos de la “**guerra a las drogas**” que han predominado en la región desde mediados de los años ochenta del siglo pasado (Cfr. Ernesto Samper Pizano. Drogas. Prohibición o Legalización. Una Nueva Propuesta. DEBATE. Bogotá. 2013, p.129 y ss.). En efecto, la intención despenalizadora de estas nuevas orientaciones políticas quedan claramente expuestas en el siguiente párrafo de los documentos oficiales de la OEA: “La búsqueda de alternativas al encarcelamiento para infractores dependientes de drogas o para personas que cometen delitos menores dentro de las cadenas del tráfico, es también una necesidad actual. Desde luego, la eliminación de la cárcel para las personas por simple posesión de pequeñas cantidades de drogas parece hoy necesaria en las legislaciones de algunos paí-

ses. Para estas mismas personas y también para quienes deban cumplir penas en el sistema carcelario, deben buscarse vías de rango judicial, para su integración laboral a la sociedad” (Organización de Estados Americanos. El Informe de Drogas de la OEA: 16 meses de Debates y Consensos. Ob. Cit., p. 17).

En ejecución, pues, de esta opción despenalizadora de la política criminal contra el tráfico ilícito y el consumo indebido de drogas, se constituyó, desde el interior de la CICAD-OEA, un **Grupo de Trabajo para examinar la viabilidad de la implementación de alternativas al encarcelamiento por delitos de drogas**. Los resultados de las indagaciones y reflexiones de esta positiva experiencia se condensaron en un detallado informe. Este documento fue luego validado por expertos latinoamericanos en una reunión realizada en la ciudad de Cartagena de Indias-Colombia en octubre de 2014. Uno de sus principales hallazgos fue la identificación de 38 modalidades de medidas alternativas y que fueron agrupadas, según su oportunidad operativa, en tres grupos: **pre-procesales, procesales y post procesales** (Cfr. Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Informe de la Secretaría Técnica del Grupo de Trabajo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas- CICAD. Bogotá. Octubre de 2014, p.8 y ss.). Las medidas alternativas de régimen de prueba, como **la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva del fallo condenatorio que contempla la legislación penal peruana**, correspondían al segundo y tercero de aquellos grupos. Es decir, se alineaban entre las medidas procesales y post procesales de origen legal y de aplicación ordinaria. Correspondían, pues, a aquellas medidas reguladas normativamente y que, además, podían ser aplicadas en cualquier proceso penal, pero siempre después del juzgamiento o del pronunciamiento de la sentencia condenatoria. **En ambos casos sus funciones formales o materiales incidían en bloquear el acceso a la cárcel de quien había sido ya declarado autor o partícipe culpable del delito.**

Sin embargo, resulta evidente que la implementación de medidas alternativas al encarcelamiento de los delincuentes dependientes a drogas, basadas en un tratamiento deshabitador, demandan mayores requerimientos que su sola regulación legal. Su implementación material exige, pues, sobre todo, que los Estados se comprometan a proveer una asignación razonable y suficiente de recursos logísticos, técnicos y financieros, para viabilizar modelos vinculados a un régimen de prueba. De todo ello es consciente la CICAD-OEA, por lo que

en sus documentos informativos y vinculantes sobre la materia suele demandar un compromiso proactivo y serio de los Estados para su plena y eficaz realización: “El esfuerzo de los Estados de la región debería estar encaminado a diseñar una política sobre alternativas al encarcelamiento en delitos relacionados con drogas, que cuente con todos los elementos necesarios para asegurar una buena implementación y evaluación de las medidas diseñadas. En este sentido, es fundamental que dicha política cuente con responsables institucionales claros, mecanismos de implementación, seguimiento, evaluación y control, presupuesto suficiente y disponible, y un diseño claro que permita asegurar intervenciones adecuadas, oportunas, coherentes y diferenciales”(Alternativas al Encarcelamiento de los Delitos Relacionados con Drogas. Ob. Cit., p.16-17).

2.- MEDIDAS DE RÉGIMEN DE PRUEBA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

Como ya se ha señalado las medidas alternativas a las penas privativas de libertad adoptan distintas formas y modalidades de operatividad. Una modalidad particular de medidas alternativas y tal vez las más caracterizadas son las de **régimen de prueba**. Su regulación normativa en el derecho penal comparado adquiere distintas manifestaciones siendo la más difundida en el presente la que corresponde a la **suspensión de la ejecución de la pena**.

El proceso de reforma que llevó a la promulgación del Código Penal de 1991 aportó la inclusión paralela de dos tipos de medidas alternativas de régimen de prueba:

- a) La Suspensión de la Ejecución de la Pena (Artículos 57° a 61°).
- b) La Reserva del fallo condenatorio (Artículos 62° a 67°).

Cada una de ellas posee presupuestos. Requisitos y efectos similares que por razones de espacio no podemos ahora detallar pero que ya hemos analizado con minuciosidad en anteriores publicaciones (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldaña. Consecuencias Jurídicas del delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. IDEMSA. Lima. 2016,p.353 y ss.). En todo caso, es de mencionar que sólo la suspensión de la ejecución de la pena opera con penas privativas de libertad concretas de hasta cuatro años; esto es, con penas impuestas judicialmente al

autor o participe culpable de un hecho punible. En cambio la reserva del fallo condenatorio funciona exclusivamente en relación con penas conminadas o abstractas privativas de libertad de hasta tres años.

Es de destacar que ambas modalidades han logrado a lo largo de más de veinticinco años, una notable consolidación operativa y hoy en día su presencia en la *praxis* judicial es de alta frecuencia. Cabe agregar que recientes reformas legales, aportadas por las Leyes 30076, 30304 y el Decreto Legislativo 1351, han introducido algunas modificaciones a su regulación original. Destacando entre ellas las que armonizan con las actuales orientaciones de justicia penal terapéutica que auspicia la OEA. Pero que, también, dejan sentir la influencia represiva y oportunista del giro punitivo. Es así que la primera de las leyes citadas introdujo la posibilidad de aplicar como regla de conducta un tratamiento especializado para promover la deshabituación de condenados adictos al consumo de drogas o alcohol; mientras que la segunda y la tercera, de las disposiciones legales mencionadas, han prohibido la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena para los condenados por delitos funcionariales contra la administración pública como la colusión, el peculado, el cohecho, entre otros. Todos estos cambios son conservados también en el Proyecto de **Código Penal 2016** (Artículos 74° in fine, 75°, inciso f, 79°.4 y 81).

Ahora bien, el uso jurisdiccional de estas medidas ha sido legislado siempre con un esquema discrecional semi reglado que demanda de los operadores de justicia una prudente capacidad de evaluación sobre su necesidad, utilidad y oportunidad. Lamentablemente, la utilización indiscriminada, desmedida e injustificada de tales medidas, sobre todo de la suspensión de la ejecución de la pena, ha generado su notable rechazo y descrédito social (Víctor Roberto Prado Saldarriaga. El Código penal de 1991 y las Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad. Código Penal. 3ª Edición. APECC. Lima. 2012,p. 56 y ss.).Es, pues, en ese espacio que resulta pertinente debatir sobre la utilidad de regular estándares de prueba para justificar con suficiencia y racionalidad el pronóstico judicial favorable de conducta futura que habilita la aplicación en un caso concreto de medidas de régimen de prueba de suspensión de la ejecución de la pena o de reserva del fallo condenatorio

3.- PRONOSTICO FAVORABLE DE CONDUCTA FUTURA Y ESTÁNDARES DE PRUEBA: NECESIDAD, LÍMITES Y CRITERIOS DE REGULACIÓN

Una crítica constante a las decisiones judiciales ha sido su escasa, confusa o aparente motivación. En más de una ocasión el control jerárquico o constitucional de resoluciones judiciales en el Perú ha hecho sentir su facultad anulatoria o revocatoria a partir de cuestionamientos a la fundamentación racional de las decisiones jurisdiccionales adoptadas (César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. INPECCP-CENALES. Lima. 2015, p. 11 y ss.; Dr. José Antonio Neyra Flores. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. IDEMSA. Lima. 2015, p.131 y ss.).

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia nacional son pocos los casos donde ese examen y control han cuestionado decisiones de concesión de medidas alternativas de régimen de prueba, a partir de una falta o incongruencia en la motivación del **pronóstico favorable de conducta futura del procesado**. El cual técnicamente podemos identificar en la actualidad, no como un vaticinio sino como una modalidad de actitud prospectiva para la toma de decisiones. En este caso para la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. Al respecto es importante destacar lo señalado por MIKLOS, JIMENEZ y ARROYO, en el sentido de que “En prospectiva se trata de construir el porvenir (futuro), no de predecirlo. Sus métodos no tienen como sentido la extrapolación, sino mostrar el presente en el futuro mediante la analogía y la metáfora. Interpreta el pasado y orienta el presente; integra conocimientos y valores para diseñar la acción social futura. Participa en la toma de decisiones, lo cual implica cambio y mejora respecto a una situación de origen” (Tomás Miklos, Edgar Jiménez y Margarita Arroyo. *Prospectiva, Gobernabilidad y Riesgo Político*. Editorial LIMUSA. México. 2016, p. 22). Por tanto el estándar de verdad en un pronóstico siempre se expresara como un estándar de alta probabilidad y de mínima incertidumbre.

Ahora bien, en su evolución histórica el legislador peruano se ha referido al pronóstico favorable de conducta futura él siempre con términos muy generales e imprecisos. Por ejemplo, en el Código Penal de 1924, que regulaba la modalidad de **condena condicional**, el artículo 53° autorizaba al Juez a con-

ceder dicha alternativa “si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer una nueva infracción”. Esta fórmula, sin embargo, era muy similar a la que incluyeron otros códigos importantes de la época, como el italiano que demandaba observar y valorar la gravedad del delito de modo que “*il giudice presume che il colpevole si asterrrà dal commettere ulteriori reati*” (Artículo 164°). En torno a tal disposición nacional la jurisprudencia desarrolló lecturas poco explícitas pero con un marcado acento en aspectos subjetivos, sobre todo en la peligrosidad del condenado. Así en una Ejecutoria de la Corte Suprema del 5 de diciembre de 1933 se señaló lo siguiente: “Siendo el fin principal de la pena la reforma del delincuente, tratándose de delitos de pequeña importancia material, cometidos por el acusado, sujeto de ninguna peligrosidad, basta a los fines de la represión penal la imposición de la condena con el carácter de condicional” (Sobre esta decisión judicial y otras análogas ver: Julio D. Espino Pérez. Código Penal. Concordancias. Séptima Edición. Cultural Cuzco Editores. Lima.1988,p. 73 y ss.).

Posteriormente en el texto original del Código Penal de 1991, al referirse este a la **suspensión de la ejecución de la pena** en el inciso 2, del artículo 57°, la norma con relación al pronóstico favorable de conducta futura precisaba que la autoridad judicial debía tener en cuenta “que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito”. En torno al desarrollo jurisprudencial de dicha disposición legal una Ejecutoria Suprema del 15 de enero de 2010, insistía también en la utilidad de los indicadores de peligrosidad del condenado: “La efectividad de una pena o su suspensión no se rigen por los mismos criterios utilizados al momento de la determinación de la pena, sino por el contrario se asumen aquellos que han sido desarrollados la prevención especial; es decir, observar la peligrosidad del condenado, situación que se puede advertir por la forma en que se ha ejecutado el hecho criminal...” (Publicada en Gaceta Penal & Procesal Penal N° 16.Octubre 2010, p.86). Finalmente, con las sucesivas reformas ocurridas en el citado artículo 57°, la redacción actual ha procurado construir una mejor especificación de los factores que deben ser apreciados por el órgano jurisdiccional, pero, también ha formalizado la necesidad de motivar expresamente el pronóstico que se emita sobre la conducta que cabe esperar del condenado. En ese sentido, el mencionado artículo exige “Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito.

El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación” (Texto legal según la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1351 del 6 de enero de 2017).

A pesar de las variantes legales mencionadas las decisiones judiciales de concesión de medidas de régimen de prueba, especialmente de suspensión de la ejecución han merecido una crítica social constante, que mayormente ha cuestionado la aplicación “ilegal”, “extraña” o “corrupta” de medidas de suspensión de la ejecución de la pena por parte de la judicatura penal (Víctor Roberto Prado Saldarriaga y otros. *Determinación Judicial de la Pena*. Instituto Pacífico. Lima. 2015, p.20 y ss.). Es, pues, este último suceso el que motivó que desde el propio interior del Poder Judicial, emergiera la necesidad de especificar mejores indicadores o reglas que hagan más transparentes y racionales los argumentos y las decisiones judiciales que conceden tales medidas. Un primer intento al respecto fue la **Resolución Administrativa N°321-2011-P-PJ** del 8 de setiembre de 2011 que hizo pública y vinculante la **Circular para la Debida Aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la pena Privativa de Libertad**. La preocupación esencial de este documento fue definida con precisión en el siguiente considerando: “la actuación del Juez Penal implica, además, al momento de suspender la ejecución de la pena, fundamentar de manera explícita el pronóstico favorable de conducta del condenado que le lleve a la convicción de la imposición de dicha medida alternativa: no reiteración delictiva. Con esta finalidad ha de expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general), vinculada necesidad y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a las condiciones personales del condenado. No basta entonces que el Juez intuya o confíe que el condenado se comportara bien; se requiere una expectativa fundada- determinado grado de probabilidad, no de certeza- de una conducta adecuada a derecho, de su legalidad futura. En caso de duda, no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*, pues no se trata ahora de la aclaración de hechos pasados” (Segundo Considerando). Es de mencionar que esta última e importante aseveración, ya había sido destacada también por HURTADO POZO al analizar la condena condicional que en el Código Penal de 1924, operaba como precedente de las medidas de régimen de prueba actualmente reguladas en nuestra legislación (José Hurtado Pozo. *El Sistema de Control Penal*. Instituto Pacífico. Lima. 2016, p. 980).

La aludida Circular graficaba también con precisión la necesidad de adoptar correctivos inmediatos sobre malas prácticas jurisdiccionales, lamentablemente muy extendidas, que distorsionaban los objetivos funcionales de la suspensión de la ejecución de la pena o que reducían sus presupuestos legales a una mera constatación cuantitativa de la extensión de la pena aplicable. En efecto según dicho instrumento normativo del Poder Judicial “resulta censurable verificar que, pese a que el Código penal regula de manera taxativa los presupuestos legales que deben seguirse en la suspensión de la ejecución de la pena, los jueces no aplican de modo adecuado dichas reglas. Ello conlleva a que individuos que no tienen el más mínimo reparo en delinquir, que incluso denoten una carrera delictiva, resulten favorecidos con la aplicación de este tipo de medida alternativa, propiciando un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico” (Considerando Sexto):

Por tanto, no fue del todo novedoso que unos años más tarde la Ley 30076, que tuvo por fuente, justamente, un conjunto de reformas legales presentado en octubre de 2012 por el Poder Judicial al Congreso de la Republica (R.A. N° 116-2012-SP-CS-PJ y Oficio N° 6425-2012-SG-Cs-PJ), haya considerado pertinente y necesario reformular el inciso 2 del texto original del artículo 57° del **Código Penal de 1991**, demandando expresamente que el pronóstico favorable de conducta futura, como juicio valorativo que debía emitir la autoridad judicial para conceder la suspensión de la ejecución de la pena, **“requiere de debida motivación”**. La cual debe integrar y razonar sobre diferentes aspectos como “la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente” y permitirle al órgano jurisdiccional inferir **“que aquel no volverá a cometer nuevo delito”**. La misma exigencia se mantiene en la redacción actual del inciso 2 del artículo 57° y con ligeras variantes ella también es incluida en el artículo 62° para la concesión de la reserva del fallo condenatorio. En lo que respecta al Proyecto de **Código Penal de 2016** tal requisito también es contemplado para las medidas de régimen de prueba que su normativa regula (Artículos 74 inciso a; 79°.1).

Por tanto, la necesidad de **motivación racional del pronóstico favorable de conducta futura constituye en la actualidad una exigencia legal y vinculante** para el órgano jurisdiccional que decide aplicar una medida alternativa de régimen de prueba. Lo que al parecer no ha quedado aún resuelto desde la ley, es la identificación objetivable de esos indicadores que hagan

posible “inferir” lo innecesario de una privación efectiva de libertad. **Esto es, los componentes fácticos y contrastables que hagan verificable un grado de probabilidad relevante de esa conducta futura no delictiva. Por tanto, lo legítimo de la decisión judicial adoptada.** O en términos más psicosociales, que hagan tolerable y razonable para la población aceptar como pertinente y equilibrado que el autor o participe culpable de un delito no sea condenado o no cumpla en una prisión la pena privativa de libertad que por justicia le corresponde. Y, desde un enfoque político criminal, que tal resolución judicial no vaya a resentir la seguridad ciudadana ni vaya a debilitar la confianza de la población en la vigencia de la norma y en la eficacia e imparcialidad de las agencias tutelares del Estado.

En torno a todas estos aspectos parece existir sustentado consenso, en torno a admitir que lo que se requiere son decisiones e indicadores de probabilidad criminal, los cuales deben de responder racionalmente a la identificación y al análisis integrado de indicadores objetivos o subjetivos que al operar multifactorialmente producen un riesgo **mínimo o alto** de la realización futura de una conducta delictiva o de un acto de reiterancia o reincidencia. Sobre la metodología idónea para construir ese pronóstico favorable de conducta futura no se ha avanzado tanto, como si se ha hecho para poder inferir riesgos de violencia. Es más, en relación a estos **últimos coexisten** en la actualidad diferentes procedimientos científicamente validados y que suelen aplicarse a determinadas modalidades delictivas de relevante gravedad (delitos sexuales, homicidios seriales, terrorismo suicida), lo que los hace poco extrapolables al ámbito de la aplicación de medidas alternativas como la suspensión de la ejecución de la pena, mayormente dirigidas a condenados y delitos de nula o escasa peligrosidad (Cfr. Martín Luque Martín. Evaluación del Riesgo de Violencia. Situación sobre la Valoración de Prognosis Criminal. International E. Journal of Criminal Sciences. Research Report 1. Numero 9.2015, p. 15 y ss.).

Por tanto lo que a la fecha tenemos sigue siendo muy poco y precario. Es así que Las normas vigentes y las propuestas legislativas diseñadas, siguen haciendo descansar el peso fundamental del pronóstico favorable de conducta en factores predominantemente subjetivos y de notoria ambigüedad (“**comportamiento procesal y la personalidad del agente**”). No concurren, pues, todavía, entre los artículos pertinentes del Código Penal, opciones de alguna manera más precisas y controlables como las consideradas para otros pronósti-

cos jurisdiccionales sobre la aplicación de medidas de prisión preventiva frente al riesgo procesal y que se detallan en los artículos 269° y 270° del Código Procesal Penal. Y sobre los cuales, además, parecen haber ya importantes consensos hermenéuticos y prácticos en la doctrina y en la jurisprudencia (Cfr. César San Martín Castro. Derecho Procesal Penal. Lecciones. INPECCP. CE-NALES. Lima. 2015, p. 457 y ss.; Elder Jaime Miranda Aburto. Prisión Preventiva, Comparecencia y Arresto Domiciliario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. Gaceta Jurídica. Lima. 2014, p. 183 y ss.).

Tal vez la propuesta más coherente con esta trascendente falencia legal trató de insinuarla el Proyecto de Código Penal 2014-2015 al requerir en su articulado correspondiente que el pronóstico favorable de conducta futura para la aplicación judicial de una suspensión de la ejecución de la pena o de una reserva del fallo condenatorio **“debe estar sustentado técnicamente”**. Según este frustrado documento prelegislativo “Entre las circunstancias que debe considerar para la emisión de dicho pronóstico se encuentra la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales ordenadas o desordenadas, su arrepentimiento o su actitud- por voluntad propia o con ayuda de otros- que denote que se comportará conforme a derecho, así como su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado” (Artículos 73°, inciso 1, literal b y 78°, **inciso 2**). Cabe reconocer que estos mismos indicadores o circunstancias fueron también reseñados en la Circular antes mencionada de 2011 como una manera de orientar el razonamiento y la valoración del órgano jurisdiccional sobre la **“personalidad del agente”**, la cual debía evaluarse “a partir de la comprensión razonable de un conjunto de circunstancias individuales objetivamente verificables que tengan importancia para concretar la suspensión de su ejecución” (Considerando Tercero).

Ahora bien en el derecho comparado las alternativas que se han ensayado sobre el problema que nos ocupa no son muy diferentes a las que se consideran en los documentos normativos nacionales que hemos mencionado. Por razones de espacio sólo nos referiremos a dos sistemas penales extranjeros que guardan importantes similitudes con la actual regulación de la suspensión de la ejecución de la pena en el Código Penal peruano de 1991.

En primer lugar cabe mencionar al Código Penal colombiano de 2000 que trata de la suspensión condicional de la ejecución de la pena en su artículo

63° como uno de los **“mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad”** que regula. Sobre el tema que nos interesa cabe mencionar que la norma pertinente no alude expresamente a la necesidad de que la autoridad judicial emita y motive un pronóstico favorable de conducta futura. El texto legal se limita a demandar que **“los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena”**. La doctrina colombiana más calificada ha estimado pertinente destacar la necesidad de una valoración reforzada de este último presupuesto sin aludir a la necesidad de un pronóstico favorable de conducta futura. En ese contexto VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ ha señalado: **“es indispensable que, previamente, se haya emitido una valoración objetiva, imparcial, encaminada a descartar la necesidad de la pena y, por ende, el merecimiento de pena que, como ya se dijo, es un concepto muy general”**(Fernando Velásquez Derecho Penal. Parte General. 4ª Edición. COMLIBROS.Bogotá. 2009, p.1162).

Cabe señalar que en otras disposiciones legales del código colombiano como las concernientes a la libertad condicional la ley exige, además, que se demuestre el **“arraigo familiar y social”** del condenado. En coherencia con ellos se precisa que **“corresponde al juez competente para conceder la libertad condicional establecer, con todos los elementos de prueba allegados a la actuación, la existencia o inexistencia del arraigo”**.

Y, en segundo lugar, nos referiremos al Código Penal español de 1995 que en el dominio de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, a la cual incluye como una de las **“formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad”** en un extenso artículo 80°, ha sido objeto de sucesivas reformas. Las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/2015 en esta disposición normativa aluden de modo expreso a la motivación de la decisión judicial que concede la suspensión de la ejecución de la pena y a la necesidad de un pronóstico judicial favorable de conducta futura del condenado. Esta **última exigencia legal es identificada como el hecho de que “sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”**. Para lo cual la norma citada precisa que **“el juez o tribunal valorará la circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar**

el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”.

Al respecto UNCILLA GALÁN ha destacado que “la regulación actual no menciona expresamente la peligrosidad criminal del condenado, pero ésta era y sigue siendo el criterio básico para la suspensión, un pronóstico de peligrosidad negativo, que late en la expresión <<cuando sea razonable esperar>> que no se van a cometer más delitos. añadiendo ahora las circunstancias o elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez para realizar este pronóstico” (Idoia Uncilla Galán. La Suspensión de la Ejecución de las penas Privativas de Libertad Tras la Reforma del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo. Cuadernos Penales José María Lidón. N° 12. La Reforma del Código Penal a Debate. Universidad de Deusto. Bilbao. 2016, p.67). El pronóstico favorable de conducta futura es, pues, asimilado legalmente como una “expectativa” que puede verse contradicha y frustrada por la comisión posterior de un nuevo delito, lo que, de ocurrir, habilitará al órgano jurisdiccional a revocar la suspensión y ordenar la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta consecuencia, por lo demás, como lo especifica el artículo 86°. 1.a), ocurrirá al ponerse de manifiesto con la reiteración delictiva **“que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida”**. Como se puede apreciar, en la actual legislación penal hispánica, tampoco la ley ha optado por configurar indicadores específicos y objetivables que puedan operar como estándares de prueba de la consistencia del pronóstico favorable de conducta futura, lo cual, igualmente, no ha podido ser plenamente superado por la doctrina y la frondosa jurisprudencia que se ha emitido al respecto. Por ejemplo, ha sido frecuente señalar en la sentencias españolas que “la resolución judicial debe ponderar las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social y las otras finalidades de prevención general que legitiman la pena privativa de libertad” (Sergio Amadeo Gadea-Consuelo Romero Sierra. Código Penal. Doctrina Jurisprudencial y Comentarios. 1ª Edición .Factum Libri. Madrid. 2015, p. 183 y ss.).

En atención, pues, a los modelos extranjeros descritos y a la orientación asumida por el legislador peruano en las modificaciones o adiciones legales

aplicadas o sugeridas en torno a la regulación del pronóstico favorable de conducta futura en las medidas alternativas de régimen de prueba, cabe preguntarse si es posible fijar mejores estándares de prueba a los hasta ahora existentes. Y, de ser ello factible, cuáles serían los más idóneos y homologables. Al respecto todo parece indicar que la legislación penal sustantiva tiende a renunciar a dar mayores precisiones legales, y que, por tanto, hay que conformarse con la generalidad y ambigüedad de las fórmulas legales vigentes. Lo cual, de hecho, no concuerda con las tendencias contemporáneas de la teoría de la prueba y con las demandas sociales de transparencia en la motivación judicial de las decisiones que acuerdan medidas de régimen de prueba. Cabe, por tanto, insistir en la necesidad de diseñar nuevos indicadores y estándares de prueba para una mejor comprensión social y motivación de los pronósticos judiciales de conducta futura. Al respecto consideramos que se podría comenzar discutiendo los siguientes:

En torno al delito

- **Grado y modalidad de ejecución del hecho punible** (tentativa, delito ocasional, ausencia de premeditación, por emoción violenta excusable)
- **Naturaleza del hecho punible cometido** (doloso, culposo, preterintencional, leve, convencional, de criminalidad organizada)
- **Unidad o pluralidad de hechos punibles realizados** (concurso ideal, concurso real, delito continuado, delito permanente)
- **Nivel de intervención en la realización del delito** (cómplice secundario, cómplice primario, instigador, coautor, autor mediató, *extraneus*, líder, promotor)
- **Grado de importancia del daño ocasionado** (leve, grave, reparable, trascendente a terceros, irreparable)
- **Características de los medios empleados para cometer el delito** (sin utilización de armas, con armas no letales, con armas letales, con medios que proyectan peligro hacia terceros, con empleo de intermediarios materiales inimputables, con empleo de personas jurídicas, con empleo de bienes públicos).

En torno a los sujetos del delito

- **Calidades personales del autor del delito** (edad, nivel educativo, estrato económico, capacidades especiales, roles sociales, interculturalidad).

- **Existencia de antecedentes delictivos** (sin antecedentes por delitos, con antecedentes por faltas, con antecedentes cancelados, con antecedentes por delitos culposos o leves, reiterancia)
- **Relaciones existentes entre el autor y la víctima** (parentesco, confianza, dependencia, prevalimiento, amistad, enemistad)
- **Naturaleza de los móviles que determinaron la actuación delictiva** (altruistas, egoístas, de necesidad apremiante, de odio o menosprecio)
- **Actitud posterior al delito** (arrepentimiento, autodenuncia, sometimiento a la justicia, voluntad reparatoria).
- **Voluntad y posibilidad de someterse a programas de rehabilitación** (deshabitación, tratamiento psicológico, trabajo social, prácticas de justicia reparatoria)
- **Vínculos familiares, laborales, formativos** (posibilidades altas y positivas de acogida familiar y reinserción laboral o educativa)

En torno a las consecuencias jurídicas del delito

- **Penalidad conminada** (pena leve, penas únicas privativas de libertad, penas alternativas o penas conjuntas)
- **Necesidad de efectividad de pena corta privativa de libertad** (mayor posibilidad de daño psicológico por ingreso y permanencia en la cárcel; justificación reforzada de la utilidad esperada del “efecto shock”).
- **Posibilidad de aplicación de penas alternativas u otras consecuencias no privativas de libertad** (conversión de penas, vigilancia electrónica personal, tribunales de tratamiento de drogas-TTD)
- **Ausencia de circunstancias agravantes específicas o cualificadas.**
- **Grado de tolerancia social a la aplicación de penas o medidas alternativas a la pena privativa de libertad correspondiente al caso** (nivel de frecuencia de modalidad delictiva en el entorno social, actitud psicosocial social frente al delito cometido y sus circunstancias)
- **Mayor expectativa de prevención especial por el comportamiento procesal positivo desplegado por el condenado** (actitud respetuosa, colaboración con las autoridades, constante sujeción al procedimiento)

Ahora bien, tratándose de delitos violentos (homicidios, lesiones graves, violencia familiar, agresiones sexuales, poder etc.), estimamos también pertinente que el órgano jurisdiccional competente pueda disponer, complementariamente, un examen pericial sobre **predicción o valoración del riesgo de**

violencia tal como se aplica en algunos sistemas jurídicos para decidir sobre la aplicación de medidas de seguridad de internación o concesión de beneficios penitenciarios. Al respecto es pertinente la aclaración de ZORIO VENTURA: “la valoración del riesgo de violencia es una estimación probabilística del riesgo que un sujeto puede tener a la hora de cometer un nuevo delito. En ese sentido, hay autores que prefieren utilizar el término estimación más que el de predicción porque al estimar estamos valorando la probabilidad e que ocurra algo, siempre asumiendo cierto grado de error. En cambio si hablamos de predicción parece que estemos adivinando o pronosticando un suceso que va a ocurrir con un elevado grado de certeza” (Judith Zorio Ventura. Métodos e Instrumentos de Valoración de la Peligrosidad Criminal en el Proceso Penal”. Universitat Jaume I. Castellón. 2016, p.39). Esta información, apreciada como prueba científica, será también un importante soporte para la mejor argumentación del pronóstico favorable de conducta futura que avale la concesión judicial de la suspensión de la ejecución de la pena.

Según las circunstancias y los hechos probados en el proceso, el órgano jurisdiccional deberá razonar y motivar su decisión de conceder una medida alternativa de régimen de prueba, a partir de la revisión analítica de todos los indicadores señalados que resulten pertinentes y sean concurrentes en el caso. Esto es, El Juez deberá argumentar a modo de síntesis que tales indicadores objetivamente tratados aportan como resultado **una alta probabilidad de que el condenado no vuelva a cometer un nuevo delito** por lo que su sometimiento a un régimen de prueba es justificable y oportuno. Y que, además, el tiempo de duración que se fija a dicho periodo es el suficiente e idóneo para validar el pronóstico favorable de conducta asumido sin comprometer ni colocar en una situación de riesgo a la seguridad de la ciudadanía y a la estabilidad funcional del ordenamiento jurídico.

Si bien lo tratado no es aún un tema de debate en la legislación, doctrina y jurisprudencia peruana, consideramos que su tratamiento en perspectiva de *lege ferenda* es de alta prioridad. Lo cual coyunturalmente lo hace oportuno en la medida que se ha anunciado reiteradamente la voluntad del Poder Ejecutivo de remitir al Congreso de la República un texto sustitutorio y revisado del Proyecto de Código Penal de 2016. Es, pues, esta, la oportunidad de colocar en el debate de los expertos y de los operadores de justicia, la necesidad y utilidad de contar con mejores estándares de prueba para gestionar una evaluación

o decisión judicial suficientemente sustentada de un pronóstico favorable de conducta futura. Sobre el particular es de concluir señalando que en el nuevo documento prelegislativo que ha elaborado recientemente una Comisión Multisectorial convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la temática que hemos comentado no ha promovido cambios substanciales con relación a la legislación vigente. En efecto, en el inciso b del artículo 73° del aludido Proyecto sustitutorio se regula sobre el pronóstico favorable de conducta futura en los términos siguientes:

“Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al Juez que aquel no volverá a cometer nuevo delito. El pronóstico favorable de conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación, considerando, entre otras circunstancias, la vida previa del agente, su actitud frente al trabajo, las condiciones familiares o sociales, su arrepentimiento o su actitud, por voluntad propia o con la ayuda de otros, que denote que se comportará conforme a derecho, su disposición personal a la efectiva reparación del daño ocasionado” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .Proyecto de Código Penal. Revisado y validado por el Grupo de Trabajo conformado por el Consejo Nacional de Política Criminal. Lima. Diciembre 2016). Se reproduce, pues, sin cambios, la misma fórmula del Proyecto de Código penal de 2016(Artículo 74°, inciso b).

Ahora bien, la propuesta sustitutiva del Ministerio de Justicia puede compatibilizar en varios aspectos con el listado de estándares de prueba que hemos construido en este trabajo, por lo que es de esperar que la presentación oficial del Proyecto revisado nos permita, también, dar a conocer nuestros aportes al respecto y promover con la discusión de ambas propuestas una mejor legislación sobre la materia.