

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE CORTA DURACIÓN

Alexei Dante Saénz Torres

Profesor Auxiliar en la Facultad de Derecho
de la UNMSM en la Cátedra de Derecho Penal.

SUMARIO:

Introducción	331
1.- ¿Qué función cumplen las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de corta y mediana duración?	332
1.1. ¿Qué son las medidas alternativas a las penas privativas de libertad?	333
1.2. ¿Cuál su fundamento?	333
1.3 ¿Qué dice el derecho comparado	334
2.- Clasificación de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de Carlos García Valdez y José Luis de la Cuesta	335
3.- Relación de los principales problemas detectados en la aplicación judicial de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva de fallo condenatorio, de la exención de pena y de la conversión de penas, figuras que se encuentran reguladas por el Código Penal de 1991	344

Introducción

Las penas alternativas han planteado numerosas cuestiones a lo largo de los diez años de vigencia del Código Penal de 1991, así este artículo no pretende agotar todos el tratamiento de todas estas cuestiones, sino únicamente algunas de ellas, ya sea desde la óptica teórica como práctica. El punto de partida es el problema central de la crisis de la prisión (sea como institución o como pena), y uno de los aspectos que más interesa a los estudiosos del derecho penal es la necesidad de establecer alternativas o sustitutivos¹ a la pena priva-

¹ Sobre la terminología a usar optaremos por dar el mismo sentido al término alternativo como al de sustituto en sentido amplio. En cambio cuando utilizemos sustitución en sentido estricto se referirá a la evitación del empleo de la pena privativa de libertad.

tiva de libertad -específicamente en su forma de ejecución de la pena, que implique restricción de la libertad- por ejemplo: atenuando, despenalizando o descriminalizando esta pena, si cabe el uso de la expresión).

Empero, también resulta interesante precisar el nivel en el cual se deben de considerar estas alternativas: sea en el campo del derecho penal, procesal penal o de ejecución (al respecto véase la crítica que a este modelo hace Pavarini refiriéndose a la realidad italiana), así por ejemplo, la reducción de las penas pueden darse en el campo penal -si es formal: dado por una ley penal-, o si es procesal: flexibilidad en el requisito para la obtención de la liberación provisional; o si es de ejecución penal: Vía los beneficios penitenciarios de semilibertad, liberación condicional, etc. ¿Y dónde se ubican los subrogados penales?. También se plantea la evitación de las medidas a través de sus sustitutos en sentido estricto.

1.-¿Qué función cumplen las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de corta y mediana duración?

Las medidas alternativas tienen la función en algunos casos de sustituir a la ejecución de algunas penas (vía la conversión), tales como la pena privativa de libertad -principalmente- considerando su fracaso; y en otros la de impedir su ejecución cuando existe razones fundadas que ésta traería más problemas que el logro de la reinserción del interno sentenciado.

Por su parte siguiendo a Mantovani se suelen clasificar a las medidas alternativas de acuerdo a su función en:

1º) **Medidas punitivas:** Tiene la función de disminuir la libertad personal o el patrimonio, con una función esencial de prevención general, sin finalidades neutralizantes o resocializadoras (penas pecuniarias, arresto intermitente o domiciliarios, servicio comunitario) y destinado particularmente a sujetos no necesitados de inserción social, porque ya lo están incluso demasiado, o su delito no guarda relación con su situación de desarraigo social»².

2º) **Medidas punitivo-neutralizadoras:** «también despliegan una función de prevención especial frente a sujetos que, pese a no estar necesitados de

² DE SOLA, ANGEL, GARCÍA ARAN, M., HORMAZABAL MALAREE, H. Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba. Ed. PPU. Barcelona-España 1986, pp. 18.

reinserción social, quedan privados de la posibilidad de desarrollar actividades o profesiones en el ámbito de los cuales ha sido cometido el delito (medidas interdictivas) o de obtener beneficios del mismo (medidas impositivas)»³.

3º) **Medidas asistenciales:** «con una función básica de prevención especial resocializadora y que generalmente se insertan ya en el sistema de «sometimiento a prueba». A su vez por su referencia a la pena de prisión, se distingue entre las meramente atenuatorias y las sustitutivas, y dentro de estas las «no convertibles» (medidas interdictivas) y las «convertibles», bien en otra pena no privativa de libertad bien en prisión (penas pecuniarias, arresto intermitente o domiciliario, servicio comunitario)»⁴.

1.1 ¿Qué son las medidas alternativas a las penas privativas de libertad?

- a) En principio siempre tienen que ser legales (sea que estén en la parte general o especial del CP o en leyes especiales).
- b) En qué nivel se les debe ubicar: sustantivo, procesal o ejecución. Estas una de las grandes discusiones considerando los diversos campos de las denominadas ciencias penales. Al respecto es interesante la distinción que se hace de las medidas alternativas en el documento «Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad Reglas de Tokio» (véase en el Anexo los arts. 5 al 9).

1.2 ¿Cuál su fundamento?:

Carlos García Valdez citando a Sáinz Cantero refiere que su fundamento «estriba en que existen otros bienes jurídicos, distintos a la libertad y a los que su titular concede una estimación igual o superior que a la libertad ambulatoria, de los que el hombre puede ser privado por el poder estatal, cumpliendo la amenaza de su privación una función de prevención general similar a la que cumple la pena de prisión»⁵.

³ DE SOLA, ANGEL...Ob., cit., pp. 18.

⁴ DE SOLA, ANGEL...Ob., cit., pp. 18-19.

⁵ GARCÍA VALDEZ, CARLOS.: Alternativas legales a la privación de libertad. En Materiales de enseñanza de la UNMSM, pp. 687.

García Valdez considera además como objetivo de la pena la resocialización, reeducación y reinserción del los condenados, además este autor considera enviando a Jescheck que la pena de prisión se va configurando como «última ratio» (pp. 687).

Se resalta que estas penas alternativas tienen la ventaja «principalmente, la mayor facilidad para individualizar la sanción, atendidas las circunstancias personales del delincuente; su finalidad readaptadora, frente a los efectos desocializadores de las penas de prisión; y su menor coste con respecto al encarcelamiento»⁶.

Sin embargo, resulta necesario precisar que tales medidas alternativas sirven únicamente respecto de las penas corta y media o leve y menos grave. Pues respecto de los delitos graves el consenso exige la aplicación de la pena de prisión (véase el Programa de Marburgo de V. Liszt).

Otro elemento que nos es útil especificar es la importancia que alcanza estas medidas, pues se resalta que en países europeos Alemania (en 1985 aprox. un 80% en el caso de la pena de multa), España y otros esta pena es de aplicación frecuente en un amplio margen.

1.3 ¿Qué dice el derecho comparado?:

Resulta sumamente interesante el art. 71 del C.P. referido al criterio de elección de pena:

“Si al delito le fuera aplicable pena privativa o no privativa de libertad, el tribunal debe dar preferencia fundamentada a la segunda, siempre que ella se muestre suficiente para promover la recuperación social del delincuente y satisfaga las exigencias de reproche y de prevención del delito”.

Resulta también interesante lo dispuesto por el art. 60 referido a la prestación de trabajo en favor de la comunidad, pues si bien se permite sustituir a la pena de prisión no superior a tres meses por la de prestación de trabajo sin embargo se puede facilitar que:

⁶ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 688.

7. "Si el agente no pudiera prestar el trabajo por causa sobreveniente que no le sea imputable, el tribunal, conforme a los caso, podrá aplicarle una pena de multa, o igualmente eximirlo de pena".

Se reconoce que los Códigos alemanes (§38.2°), el de Portugal (art. 48 y ss.), el de Italia (art. 53 de la ley), el de Australia (art. 37), el de Suiza (art. 37 bis.), en Francia (vía Ley del 11 de Julio de 1975), en el de Panamá y Brasil.

2.- Clasificación de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad de Carlos García Valdez y José Luis de la Cuesta.

2.1. Por su parte José Luis de la Cuesta clasifica a las medidas alternativas de la pena corta de privación de libertad según estas traten de sustituir o evitar su aplicación:

a) Sistema de privación de libertad atenuada («sirven para una ejecución atenuada, más suave, moderada de la privación de libertad»⁷).

a.1 Tradicionales medidas de sustitución. Se plantean las siguientes modalidades:

1º-El arresto domiciliario (antes art. 85 del abrogado C.P. y hoy al parecer derogado por el nuevo C.P.) o de fin de semana (como lo denomina el nuevo CP de España en su art. 33 núm. 3 y 4.)

2º-Ejecución en régimen abierto o semilibertad (véase el art. 251 del Reglamento penitenciario).

3º-El tratamiento intermedio en centros de día

4º-Las modalidades de semidetención y la libertad controlada (impulsada por la reforma italiana de 1981).

a.2 Nuevas penas cortas privativas de libertad:

1º Se refiere a las penas de arresto de tiempo libre que para De la Cuesta significa que «frente a la a la más extendida de arresto de fin de semana: pena corta privativa de libertad concebida con un carácter temporal, pero cuya ejecución se lleva a cabo de manera «intermitente» [envía a Higuera Guimerá], discontinua [envía a Higuera

⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ L.: Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992, pp. 323.

Guimerá] o fraccionada [envía a Sáinz Cantero], permaneciendo el sujeto en un establecimiento, por lo general cerrado, un determinado número de horas coincidentes con sus períodos de ocio semanal, habitualmente sábados y domingos»⁸.

b) La sustitución de la pena privativa de libertad por otras («basados en la «no necesidad para el sujeto concreto de una pena cualitativamente tan grave»[envía a Luzón Peña], buscan la sustitución pura y simple de esas penas por otras pretendidamente menos dañinas para el individuo y la sociedad»⁹).- Se tienen las siguientes modalidades:

b.1 La pena de multa;

b.2 La dispensa de la pena

b.3 La imposición de penas accesorias o las interdicciones profesionales, privación o suspensión de ciertos derechos y, muy especialmente, la amonestación o represión.

b.4 El trabajo en provecho de la comunidad.

c) Sistema de instituciones probatorias («apoyados en la probable «falta de 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»¹⁰).

Se consideran aquí las siguientes modalidades:

1º) La suspensión condicional;

2º) Los procedimientos de «diversión»;

3º) El indulto condicional.

* La condena a prueba parte de la «constatación judicial de la culpabilidad del inculpaado y a cambio de la superación de un período de prueba, bien suspenden el pronunciamiento del veredicto de culpabilidad, bien pronunciando el veredicto de culpabilidad aplazan el de la pena [lo que conocemos como reserva de fallo condenatorio] o, sim-

⁸ DE LA CUESTA...Ob., cit., pp. 324.

⁹ DE LA CUESTA ARZAMENDI...Ob., cit., pp. 323.

¹⁰ DE LA CUESTA ARZAMENDI, ...Ob., cit., pp. 323.

plemente suspenden la ejecución de la pena (normalmente, privativa de libertad) ya impuesta»¹¹ [lo que para nosotros es la suspensión de la ejecución de la pena o condena condicional en el C.P. de 1924].

¿La reserva de fallo en el Perú implica la culpabilidad o la pena o ambos?. Pensamos que se refiere a la pena, pues la culpabilidad ha sido debidamente demostrada.

La suspensión de la ejecución de la penas o condena condicional o remisión condicional (planteada en el proy. de 1980, en el antep. de 1983, en el CP. abrogado arts. 92 al 97, y en el nuevo CP. arts. 80 al 87): Es menester hacer precisar que esta suspensión no se extiende a las responsabilidades civiles, «(nada se dice de las penas accesorias que, es de suponer, deberán seguir la suerte de la principal), se regula con carácter general para penas no graves (en consecuencia, también para el arresto de fin de semana) o arresto subsidiario por impago de multas, y de manera específica para los drogodependientes, permitiendo, además, la imposición de reglas de conducta en los casos de prisión superiores a un año»¹².

Los españoles han considerado diversos requisito tanto en el proyecto de 1992 como en el CP de 1995: art. 81.

d) Otras alternativas (son «instituciones orientadas a la evitación completa, condicional o no, de toda reacción penal (no exclusivamente de la plasmada en privación de libertad»¹³).- Se plantea las siguientes modalidades:

d.1 Dispensa de la pena;

d.2 Perdón judicial;

d.3 Descargo; o

d.4 Indulto condicional.

¹¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI...Ob., cit., pp. 335. No olvidemos que la reserva de fallo se contemplo en el Proy. de 1980 y en antep. de 1983, empero ni el proy. de 1992 ni el CP. de 1995 lo recogieron.

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI...Ob., cit., pp. 337.

¹³ DE LA CUESTA ARZAMENDI...Ob., cit., pp. 323.

2.2. De otro lado Carlos García Valdez considera la siguiente clasificación:

a) Criterios innovadores del sistema institucional (Se dice que las primeras medidas tuvieron un origen transinstitucional, y se dice que estos criterios se caracterizan por «una «distinta» privación de libertad, en atención a los fines resocializadores de la pena y a la personalidad de los reclusos»¹⁴).-

a.1. La prisión abierta:

a.2. Hospitales asistenciales psiquiátricos:

a.3. Establecimientos de terapia social.

b) Alternativas clásicas: Tratamiento en libertad en régimen de prueba (Se sustenta esta medida en que «la potenciación de los regímenes de prueba intenta evitar los efectos negativos de la prisión, sometiendo al autor de un delito al cumplimiento de una serie de obligaciones durante un período de tiempo, de tal manera que la observancia de esas condiciones de comportamiento (impuestas por el Juez hace que se omita la imposición de la pena que le hubiere correspondido o la ejecución de la impuesta, ya se configure como el modelo inglés de probation, ya como el modelo franco-belga o continental de sursis o remisión condicional de la pena»¹⁵, ello no implica que ambos sistemas concurren).-

b.1 Suspensión condicional del pronunciamiento de la sentencia («Probation System») ¹⁶: Consiste en que «tras la constatación judicial de la culpabilidad del acusado, el juzgador suspende el pronunciamiento de la pena, imponiendo al imputado una serie, más o menos extensa, de condiciones de naturaleza educativa y rehabilitadora, que debe observar bajo control judicial (un probation officer en Inglaterra; el juez de vigilancia en el art. 93 del proyecto de CP español de

¹⁴ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 690.

¹⁵ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 698.

¹⁶ Este sistema lo siguen Inglaterra, Estados Unidos, Portugal, Bélgica, Suecia, Australia, Japón, la ex-Alemania oriental y Perú (), en cambio España a pesar de haberla consignado en los proyectos de 1980 y 1983, lo que no fue ni el proyecto de 1992 ni el vigente CP consignan tal institución.

1980; unas «comisiones de probation» en Bélgica) durante un plazo determinado. Transcurrido éste el reo debe comparecer de nuevo ante el tribunal que, a la vista del resultado de esa prueba acuerda dejar definitivamente sin efecto la sentencia (si la experiencia resulta positiva), o pronunciar el fallo (si resulta negativa), tomando entonces en consideración la mala conducta mantenida durante ese tiempo»¹⁷.

Se la define como «una pena, y ante todo, un tratamiento, que se dirige a conseguir que el sujeto sometido a prueba se integre más consciente y válidamente en la comunidad»¹⁸.

Entre las condiciones que impone esta pena están:

- 1º.- Las reglas de conducta (el no frecuentar determinados lugares, no residir en concretas zonas o regiones -véase el CP portugués: art. 54, 2., c)); y
- 2º.- Las tareas que tiendan a evitar la recaída en el delito y que favorezcan la reinserción social (participación en programas de tratamiento psiquiátrico, o de desintoxicación; asistencia a centros especiales de educación y formación: véase la ley inglesa).

Una característica que se tiene es que no genera antecedentes una vez terminado o superado el periodo de prueba.

Otro de los requisitos a considerar es papel del funcionario o servidor encargado de la del control del probation officer, cuya misión es «además de mantener informado al Tribunal acerca de la evolución del reo y los resultados de la prueba, son la vigilancia, asistencia y orientación del inculcado, a fin de que pueda superar los problemas que se presentan y logre la efectiva readaptación social»¹⁹.

b.2 Remisión condicional de la pena (condena condicional o sursis)²⁰:
«En este sistema probatorio se declara la culpabilidad en la sentencia,

¹⁷ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 698-699.

¹⁸ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 699.

¹⁹ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob. Cit. pp. 700.

²⁰ Este modelo es seguido en Alemania (art. 56), Francia, Italia (art. 47), Suiza, Panamá, Portugal, la ex-Urss, Bulgaria, Perú y España (art. 80 y ss, el abrogado CP ya había regulado este sistema en los arts. 92 al 97: la denomina Remisión condicional, y los proyectos de 1980: art. 94 y el de 1983: art. 77).

que se pronuncia, y se determina la parte que el reo merece, pero se suspende su ejecución, condicionándose ésta a que el condenado no vuelva a delinquir en un plazo determinado (en cuyo plazo se ejecutaría, con independencia del enjuiciamiento del nuevo delito). A diferencia de la probation inglesa, este modelo continental (introducido en Bélgica por Ley de 31 de mayo de 1888, y en Francia por ley de 17 de marzo de 1891) no establece ningún mecanismo de tutela o asistencia probatoria, y conlleva, por existir condena la anotación de los correspondientes antecedentes penales en el registro correspondiente»²¹.

- c) Alternativas superadoras de la previsión de la libertad clásica (Se le considera como un tipo de sanción innovadora que abarca «desde las puramente superadoras de los condicionamientos de la institución carcelaria hasta las auténticamente sustitutivas de la prisión. En muchos casos su eficacia está todavía sin contrastar suficientemente por hallarse en fase experimental»²²).
- c.1. El arresto de fin de semana: Concebida como pena o método de tratamiento «pretende no desligar a los condenados, en el cumplimiento de la pena, ni de sus condiciones de trabajo, ni de sus familias y demás relaciones propias de sus ambientes cotidianos, sin que ello menoscabe en modo alguno los criterios de prevención especial «... y consiste en que «el arresto de fin de semana fracciona la ejecución, haciendo que el condenado ingrese en un establecimiento penitenciario de carácter cerrado los días que normalmente dedica al ocio, los fines de semana»²³.
- c.2. La semidetención y la semilibertad: Ambas instituciones tienen en común la obligación de permanecer un número de horas al día en el centro de de detención con la posibilidad de dedicación al trabajo o a tareas de readaptación social»²⁴ [no olvidemos que aquí juega un rol importante para nuestro medio el que puedan haber beneficios tanto para procesados como para sentenciados, en el primero se comprende el tiempo de detención].

²¹ GARCÍA VALDEZ, CARLOS...Ob., cit., pp. 702.

²² JARCIA VALDEZ...Ob., cit., pp. 704..

²³ GARCÍA VALDEZ... Ob., cit., pp. 704 y 705.

²⁴ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 706.

Ambas formas de transformación de las penas privativas de libertad difieren en su esencia y funcionamiento: «la semilibertad supone un estado de detención previo, y significa el paso de la detención plena a la libertad, en tanto que la semidetención presupone el estado de libertad, del que significa una limitación»²⁵.

La semilibertad «constituye la fase final de la estancia en prisión, una «preparación» del detenido a la libertad, el paso de un tratamiento en un medio cerrado a un tratamiento resocializante en medio abierto, y en este sentido PLAWSKI ha señalado que recoge la herencia del sistema progresivo irlandés propulsado en la segunda mitad del siglo XIX por Walter Crofton»²⁶. Los países que la aplican sea en su ordenamiento penal o penitenciario son Bélgica, Francia, Italia (art. 50 de su ordenamiento penitenciario) y Perú (en su C.E.P.). La principal característica de esta medida es la «posibilidad de que el condenado trabaje durante el día en el exterior de la prisión, en empresas no dependientes de la administración penitenciaria, y la obligación de regresar al establecimiento penitenciario por la noche, pudiendo autorizarse la salida los días festivos». No se debe confundir esta figura con la prisión abierta (C.P. Suizo 1937 arts. 37 y ss.).

La semidetención como medida alternativa propiamente dicha para las penas cortas y medias de prisión, pues la semilibertad se concibe para penas de duración más prolongada. «La semidetención intenta evitar lo que la encarcelación supone de ruptura con la vida profesional y familiar de los condenados, y comporta la obligación de permanecer un período de tiempo al día (normalmente, las horas nocturnas) en la institución penitenciaria. Se aplica para la ejecución de penas cortas»²⁷. Por ejemplo el CP. Suizo art. 397 bis, o el CPP Francés art. 723, o el C.P. de Italia tras la dación de la Ley 689/91.

Se discute acerca de sus bondades y dificultades (El ser materialmente inaplicable).

c.3. El trabajo correccional en libertad: «En propiedad sólo cabe hablar de alternativa a la pena de privación de libertad cuando la sanción

²⁵ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 706.

²⁶ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 706.

²⁷ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 707.

que se impone es la prestación de trabajo en provecho de la comunidad»²⁸.

El fundamento de esta medida es que «permite renunciar a la ejecución de una pena privativa de libertad si, de un parte, el orden público no se siente amenazado y, de otra, no se ataca a la prevención general ni especial. A los culpables se les impone el desarrollo de diversos trabajos, de interés general o en provecho de la comunidad, durante unos períodos de tiempo determinados previamente, bajo el control de una instancia judicial. Se busca la participación en el cuerpo social, con actividades positivas, resocializadoras y simbólicamente retributivas»²⁹.

La ventaja que se le atribuye a esta pena, es tanto la «compaginación tan razonable de los efectos sancionatorios y rehabilitarizantes como su bajo costo»³⁰.

c.4. "Diversión". "Esta denominación engloba diversas instituciones que permiten al imputado lograr el sobreseimiento del proceso por el ministerio público, con la condición de tomar a su cargo determinadas obligaciones, de carácter rehabilitador" se dice que su fin es más curativo que punitivo por lo cual «suele presentarse bajo las formas de suspensión de la persecución o transacción entre el ministerio público y el culpable del hecho, siempre en atención a la escasa entidad del hecho delictivo y a la personalidad del delincuente, en aplicación del principio de oportunidad»³¹.

Estas figuras se encuentran reguladas en Bélgica con el (*Porbation preterienne*), en el derecho alemán (art. 153 StPO), en Francia, Japón, Inglaterra, Estados Unidos y Perú (art. 2 del CPP.) donde el Ministerio Público puede imponer obligaciones, ordenar la reparación de daños causados, la observancia de buena conducta durante un tiempo determinada o la participación en programas de rehabilitación para delitos de mínima importancia.

²⁸ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 708 y 709.

²⁹ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 710.

³⁰ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 710.

³¹ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 713.

- c.5. El perdón judicial y otros mecanismos de renuncia a la pena (el descargo, absoluto o condicional, y la dispensa de la pena):

En algunos sistemas «constatada la culpabilidad, e impuesta la pena, el juez puede perdonar al reo, declarando el delito y la responsabilidad extinguidos, siempre que se considere que el delincuente merece ese perdón. En algunas ocasiones este puede condicionarse a la realización de alguna conducta»³².

Se considera también otras instituciones tales como el descargo, sea absoluto o condicional (el tribunal no pronuncia pena cuando el inculcado reconoció su culpabilidad ya que se considera que no es necesaria), y la dispensa de la pena³³ (en la que reconocida la culpabilidad del acusado el tribunal prescinde de la imposición de la pena por entender que carece de función para ese caso concreto). Y una última institución de renuncia a la pena la constituye la amonestación con reserva de pena (art. 59 del STGB) así aquí el tribunal puede para los casos que el delincuente merezca pena de menos de 180 días multa amonestar a su autor, determinar la pena a imponer y reservarse la condena que se hace efectiva si el reo no se comporta adecuadamente en un período determinado.

- c.6. La Binding over: «El reo debe de depositar una cantidad de dinero que le avale en concepto de fianza, en algunos casos en los que la sentencia obliga únicamente a un comportamiento correcto durante un tiempo determinado. Si infringe ese comportamiento, pierde la fianza, y recibe la sentencia adecuada al hecho que motivó la binding over»³⁴.

- c.7. La pena de multa: Se manifiesta como multa global o como día-multa. Existe una variedad de opciones en la forma de determinación.

Teniendo en cuenta el esquema de García Valdez se considera:

³² GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 714.

³³ Se encuentra regulada en el C.P. de Portugal, Francia (art. 469.2° CPP), en Alemania (art. 60 StGB) [este criterio se incluye en nuestro ordenamiento como un criterio de oportunidad], aunque según Roxin quien es citado por García V. la no imposición de pena no causa reincidencia, ni perjudica la prevención general o especial.

³⁴ GARCÍA VALDEZ...Ob., cit., pp. 715.

- 1º) Como medidas alternativas clásicas (para nosotros únicamente suspensivas) a la pena privativa de libertad tenemos a la suspensión de la ejecución de la pena (arts. 57 al 61) y la reserva del fallo condenatorio (arts. 62 al 67).
- 2º) Como alternativas superadoras de la privación de la libertad clásica tenemos a las penas limitativas de derechos: Prestación de servicios a la comunidad (arts. 31, 32, 33 y 34) y la limitación de los días libres (art. 32 y 35) y la pena de multa.
- 3º) Existen otras penas alternativas pero que se encuentran fuera del CP, tales como la semilibertad y los criterios de oportunidad.
- 4º) Se considera como pena alternativa superadora a la exención de la pena, llamada a veces dispensa de la pena, que no viene a ser sino una institución cuya función es la suspender la pena.

3.- Relación de los principales problemas detectados en la aplicación judicial de la suspensión de la ejecución de la pena, de la reserva de fallo condenatorio, de la exención de pena y de la conversión de penas, figuras que se encuentran reguladas por el Código Penal de 1991.

La suspensión de la ejecución de la pena³⁵: Dentro de sus características más relevantes tenemos:

- Es una forma de ejecución de la pena así si hay declaración de culpabilidad pero no se ejecuta la pena;
- Uno de sus requisitos exige que la pena sea la pena a imponer y no la pena señalada en el artículo para el respectivo delito;
- La pena a imponer no debe ser mayor de cuatro años;
- Tiene un grupo de requisitos que son concurrentes;
- Se debe de considerar el caso de las consecuencias producidas por la cuarta disposición final y transitoria del CP de 1991 para los ya sentenciados; y,
- El cumplimiento del período de prueba sin revocación implica que la condena nunca se pronunció.

La reserva de fallo condenatorio³⁶: Esta tal vez sea la que más se ha venido aplicando en nuestro medio y tiene como características las siguientes:

³⁵ Su fuente es el CP de 1924.

³⁶ Tiene como fuentes el proyecto de CP español de 1980 arts. 91 y 92; el Proy. alternativo español arts. 64 y 65; y el anteproyecto de 1983, arts. 74 y 75.

- Uno de los requisitos excluyentes exige que la pena a imponer sea la contenida en el respectivo artículo del CP;
- La pena señalada por el CP; sea no mayor de tres años;
- No sólo se aplica para las penas privativas de libertad sino también cuando la pena a imponer sea la de multa o las penas limitativas de derechos como son la prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres siempre y cuando dichas penas de manera independiente no superen de 90 jornadas; y la de inhabilitación siempre y cuando no sea superior a dos años;
- Es una declaración de culpabilidad y no hay condena;
- Sus requisitos son alternativos o excluyentes;
- No se inscribe en el registro judicial de condenas; y,
- Su extinción sin revocación implica que no hubo juzgamiento.

La exención de pena³⁷: Se dice que no se aplica respecto de su forma genérica contemplada en la parte general del CP, pero sí para los casos de la parte especial: por ejemplo para el consumidor de drogas. Su efecto es el de extinguir la ejecución de la pena.

A continuación tenemos sus características más saltantes:

- Su efecto es el de la extinción de la pena sin necesidad de plazo o período de prueba;
- Se considera que hay reparación civil; y,
- Se considera que hay declaración de culpabilidad e incluso condena pero esta sanción queda eximida por consideraciones judiciales.

La conversión³⁸: Debe ser entendida como procedimiento a través del cual se sustituye una pena determinada por otra que se considera alternativa, por ej.: una pena privativa de libertad por otra de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres.

Las características más saltantes son:

- Uno de los problemas a considerar es el plazo que plantea el art. 52 con el art. 32 respecto a la pena privativa de libertad.

³⁷ Su fuente lo encontramos en el StGB § 60, y el CP. Portugués de 1982 art. 75 denominado la dispensa de la pena.

³⁸ Esta figura no tiene fuente alguna, sin embargo algunos suelen considerar al CP tipo para Latinoamérica en ciertos casos.

- Otro de los problemas es el referido al problema de la conversión de la pena de multa en pena privativa de libertad.

Se debe de considerar que las medidas alternativas contempladas en nuestro CP son la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo y la exención de la pena, estas son de aplicación en el momento del dictado de la sentencia. Además de estas tenemos a las penas, que vía el procedimiento de la conversión en los casos no considerados expresamente en la parte especial del CP se logra la sustitución en sentido amplio, de un lado, como alternativas entre sí (por ejemplo, la pena privativa de libertad con la multa, aunque a veces esta suele presentarse como accesoria de aquella) y de otro lado como sustitutas de una determinada (considerando la naturaleza de la misma, por ejemplo una pena privativa de libertad con la pena limitativa de derechos de limitación de días libres) pena. La alternatividad entre penas se encuentra configurada también en la parte especial del CP., ello no es óbice para proceder a la sustitución en sentido amplio.

Es interesante además tomar posición en torno a la consideración de si la imposición de la suspensión de la ejecución de la pena se da ¿en el momento mismo de elaborar la sentencia o si puede haber la posibilidad de darla luego, aún cuando todavía la sentencia no ha adquirido el rango de cosa juzgada o cuando ya se ha comenzado a ejecutar dicha sentencia es decir cuando esta ya fue consentida o ejecutoriada o adquirió el rango de cosa juzgada?.

Nosotros somos de la idea que la aplicación de esta institución se da:

1º) En el momento de la imposición de la sentencia, es decir en el fallo se consigna la pena a la cual se condena al sentenciado, empero si hubo las facilidades de verificar los requisitos exigidos por la ley entonces no habría problemas para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena.

2º) Es claro que si se inicio la ejecución de la condena entonces no se podrá luego aplicar esta institución (debido a que los requisitos que exige el art. 57 del CP son fáciles de indagar en el momento mismo del dictado de la sentencia), empero la razón de fondo es que dicha institución ha sido creada para descongestionar los establecimientos penitenciarios desde el momento en que se inicia la ejecución de la pena, básicamente la privativa de libertad. De lo contrario no estaríamos hablando de una medida alternativa o de sustitución en estricto sentido como lo es la suspensión de la ejecución de la pena. Otra consideración es que la semilibertad y la liberación condicional han sido dadas

justamente para ser aplicadas iniciado el momento de la ejecución de la pena (básicamente privativa de libertad). Así cuando el juez considere que se debe imponer una pena efectiva de cuatro años entonces no podrá o mejor dicho habrá renunciado a la posibilidad de sustituir a esta pena por una suspensión de la ejecución de dicha pena (art. 57 utiliza el «podrá»).

3º) Otro punto, tal vez el más controvertido, es la última parte de la interrogantes que nos hemos planteado, es decir lo referido a la cuarta disposición final y transitoria del CP., de 1991, que como se sabe por orientaciones político-criminales de mínima intervención penal se optó por las medidas que encontramos en dicha disposición. Así por ejemplo la reducción de la condena a la mitad para los reincidentes y su inmediata puesta en libertad, y en otros casos a la adecuación de las penas de privativas de libertad del CP., de 1924 a las del CP vigente.

Así si la pena por un delito resulta ser convertida a cuatro años de pena privativa de libertad entonces puede a esta pena efectiva del C.P. de 1924 concederse la condena condicional, nosotros creemos que sí, puesto que lo que se está haciendo es interpretar teleológicamente la orientación descriminalizadora del CP de 1991, y esto como una consecuencia de la entrada en vigencia del actual CP, obviamente en favor del reo, pues ahora el plazo de suspensión se ha elevado a cuatro años. Se dice que con esto se estaría vulnerando la garantía constitucional o el principio de la cosa juzgada, a ello tendríamos que responder que todas las medidas alternativas del sistema penal peruano (tanto las que están en el CP, CPP y CEP y leyes especiales) no contravienen tal principio, por las siguientes razones:

a) En materia penal esta garantía debe ser observada para evitar un nuevo juzgamiento por hechos que ya lo fueron, por eso se habla de un principio cuyo lado negativo es el que más se usa en el derecho penal;

b) La cosa juzgada se admite como relativa para los casos en que se interponga un recurso de revisión que si implica hasta cierto punto un nuevo juzgamiento, esto no es caso que aquí tratamos;

c) Considerando la aplicación del principio de combinación y la garantía constitucional de lo más favorable al reo; y

d) Se respeta la cosa juzgada pues sobre la base de la sentencia ya impuesta en la que consta la culpabilidad del respectivo autor o partícipe no se hacen nuevas valoraciones, sino que por el contrario lo que se hace es variar la

forma del cumplimiento de la pena impuesta ya que la nueva orientación descriminalizadora del CP así lo exige. Luego tranquilamente hechas las adecuaciones de las penas y demás reglas de la cuarta disposición final y transitoria, nada impide la aplicación de la institución de la suspensión de la ejecución penal a estos casos únicamente, lo cual no se podría aplicar para casos iniciados con el actual C.P.

Creemos que el término sustituir del art. 32 debe de interpretarse en relación a la concepción de que estas penas por ser sustituibles es que son alternativas.

Los vocales a la fecha no han aplicado el art. 57 del CP debido a que han mantenido un criterio interpretativo por el cual la conversión no es aplicable.

La justificación de esta interpretación lo encontramos en los trabajos realizados por la Comisión Evaluadora de Asuntos Penales de la Corte Superior de Lima (creada en el mes de Abril de 1995) bajo la presidencia de Wilmer Villafuerte Mogollón; la Comisión para estos asuntos creada por el Ministerio Público bajo la dirección del Dr. Efraín Chil Mesarina y la Comisión Especial de Indulto y Beneficios Penitenciarios y Asuntos Penales, que creada por el Poder Ejecutivo bajo la presidencia del Dr. Luis Bramont Arias, todas las cuales fueron de la idea de no aplicar el art. 57 al reclamo de los sentenciados que en forma reiterada venían exigiendo respecto a la aplicación de la conversión de la pena privativa de libertad efectiva menor de cuatro años, así como a la renuncia que hizo el poder judicial de su facultad de iniciativa legislativa de que el presidente de la Corte Suprema pidiera la aclaración interpretativa de la aplicación del art. 57 sobre si sólo se aplica en el momento de la imposición de la sentencia, o si cabía la posibilidad de aplicarla luego de impuesta esta, como una suerte de beneficio penitenciario.

El reclamo de los sentenciados se sintetizaba:

“Sobre el particular señor Presidente se le ha alcanzado RECURSOS con una relación de más de QUINIENTOS (500) Internos Sentenciados a las penas privativas de la libertad en los que se está solicitando su CONVERSION A CADENAS CONDICIONALES amparados en el ofrecimiento que Ud. nos efectuara en apoyo a una Pronta y Real Despenalización, amparados en lo que dispone el art. 57 del D. Leg. 635 y asimismo tomando en consideración que más del 60% ya ha cumplido con más del 50% de carcelería efectiva, sobre las penas impuestas” (véase el documento dirigido al Presidente de la Corte Superior de Lima).

Con fecha nueve de Mayo La Fiscalía de la Nación remite el Of. N° 1505-95-MP-FN, al en aquel entonces vocal Alejandro Rodríguez Medrano en el cual se solicita:

"La aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del Código Penal, en el sentido de rebajar sus condenas en un 50% cuando se refiera a reincidentes, habituales que fueron condenados durante la aplicación del Código Penal de 1924; como también, la conversión de condenas efectivas a condenas condicionales, suspendiéndose la ejecución de sus penas" (véase el texto del Oficio con fecha 09 de Mayo).

Y finalmente la respuesta del Poder Judicial no la tenemos empero sí tenemos a nuestra disposición el OF: N° 42 dirigido al Presidente de la Corte Superior de Lima por parte de la jueza Carmen Pojjasi Pella:

"Considerando el Juez de la causa que dada la gravedad y condiciones personales del procesado le correspondía una condena efectiva; Que la suspensión de una condena se da al momento de emitirse el fallo, pues de otro modo implicaría una revisión del fallo y atentar contra la cosa juzgada, debiendo anotarse que la conversión de la pena privativa de libertad es tratada en el capítulo III del Título III de las penas y que los supuestos allí tratados no son aplicables al caso que nos ocupa" (Lima 16 de junio de 1995: referido a un interno que fue condenado a la pena privativa de libertad efectiva de cuatro años y que solicitaba su libertad).

Estamos de acuerdo con este fallo pues es potestad del juez el determinar cuando se suspende o no la pena privativa de libertad.