

Victor Prado Saldarriaga

*SUMARIO 1. La Política Penal de la Democracia y la Reforma Penal 2. Reforma Penal o Modificación legal, he ahí el dilema 3. La función de la pena 4. El sistema de penas en el Código Maúrtua y sus desarrollos 5. El catálogo de penas en el Proyecto 1989 6. la pena privativa de libertad 7. La pena de multa 8. Las penas limitativas de derechos 8.1. La inhabilitación 8.2. Prestación de servicios a la comunidad 8.3. Limitación de días libres.*

### 1.- la Política Penal de la Democracia y la Reforma Penal

El 28 de julio de 1980, el Perú reinició su vida democrática, luego de soportar durante doce años una dictadura militar prepotente e intolerante<sup>1</sup>. Desde entonces se han sucedido dos gobiernos constitucionales: el primero presidido por el arquitecto Fernando Belaunde Terry del partido derechista Acción Popular (1980-1985) y el segundo dirigido por el doctor Alán García Pérez del Partido Aprista Peruano, de tendencia socialdemócrata (1985-1990). Si bien es cierto que no es esta la ocasión de realizar un balance pormenorizado sobre la gestión política de ambos regímenes, resulta necesario y pertinente destacar, cuando menos, los principales hechos y tendencias sociopolíticos y económicos que han caracterizado la sociedad peruana en la última década.

La agravación de la crisis económica, la agudización permanente de los conflictos sociales, la presión financiera de la deuda externa y el desarrollo vertiginoso de la criminalidad, han **(p. 63)** condicionado directamente todo el proceso político<sup>2</sup>. Sin embargo, lo más dramático es el alto costo social que todo ello ha ocasionado. Poco a poco se ha ido perdiendo poder adquisitivo, estabilidad laboral y el acceso a los más esenciales servicios de salud y educación<sup>3</sup>. Esta negativa situación ha aumentado los riesgos letales de la población infantil y ha frustrado las expectativas de futuro para un gran sector de la juventud nacional. lógicamente todos estos efectos han debilitado la confianza social en el sistema, provocando entre la población graves reacciones de desencanto y subversión<sup>4</sup>.

La violencia estructural se ha transformado con el tiempo en violencia política, que envuelve activamente a más de la mitad del territorio nacional. Esto ha ocasionado alrededor de 18,000 muertos y millonarias pérdidas materiales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre las características y políticas del régimen militar, véase: Cynthia MacClintock y Abraham Lowenthal. El Gobierno Militar. Una experiencia peruana 1968-1990. IEP. Lima, 1985. En especial ps. 233 y ss. Hernando Aguirre Gamio. El proceso peruano. El Caballito. México, 1974, p. 215 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Julio Gamero R. Economía: Cuatro lugares Comunes sobre la Crisis, en Quehacer No. 60, 1989, p. 24 y ss; Javier Iguíñez Política Económica 1935-1986. Deslindes Mirando al futuro. Cuadernos DESCO No. 5, 1986, p. 147 y ss; Fernando Sánchez Albavera. La Política Económica 1985-1987, en el Perú en una encrucijada. CEPES. Lima, 1988, p. 77 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Julio Gamero. Depresión Económica y éxito del shock gradual, en Quehacer No. 57, 1989, p. 20 y ss. Armando Pillado. Política Económica y situación laboral en el Perú, en el Perú en una encrucijada. CEPES. Lima, 1988, p. 91 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. Dennis Chávez de Paz. Juventud y Terrorismo. Características sociales de los condenados por terrorismo y otros delitos. IEP. Lima, 1989, p. 57 y ss. Jocelyn Boyden. Niños en situación de alto riesgo en Lima, Perú. UNICEF. Lima, 1988, p. 22 y ss; Roger Guerra (e). Problemas Poblacionales Peruanos. AMIDEP. Lima, 1986, p. 149 y ss.

<sup>5</sup> Véase: Comisión Especial del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú. DESCO y Comisión Andina de Juristas. Lima, 1989; A.V. PERU 1989: En la espiral de violencia. IDL. Lima, 1990; Américas Watch. Tolerancia Frente a los Abusos: Violaciones a los Derechos Humanos en el Perú. CAJ. Lima, 1988.

Ahora bien, en lo referente al control penal, la crisis también ha tenido perniciosas consecuencias. A nivel de organización, por ejemplo, la corrupción funcional se incrementó notablemente y se produjo de modo periódico y casi simultáneo, huelgas en el Ministerio Público, la Policía Nacional, el Instituto Nacional Penitenciario y el Poder Judicial<sup>6</sup>. Paralelamente, en lo tecnológico la legislación ratificó, de un lado, su condición de respuesta improvisada y simbólica a las presiones de la inseguridad ciudadana y, de otro lado, de vía de legitimación de los excesos estatales en pos de la estabilización política y pacificación del país. En tal sentido, **(p. 64)** los iniciales intentos de racionalizar el derecho penal heredado del régimen castrense se caracterizaron, desde 1982, por orientarse hacia una clara política de acentuar la criminalización que culmina en la producción de un derecho penal de emergencia<sup>7</sup>.

Sin embargo, no se deben desconocer los esfuerzos desplegados por el Ministerio de Justicia, a pesar de los graves problemas estructurales, para organizar una política penal aunque sea mínimamente funcional<sup>8</sup>. Es más, a estas iniciativas se deben los principales intentos de planificación y ejecución en los siguientes programas de desarrollo del Sistema Penal:

- a) Reforma de la legislación penal básica (elaboración de proyectos de Código Penal, Código de Procedimientos Penales y Código de Ejecución Penal).
- b) Reestructuración de la Administración Penitenciaria (organización del INPE, remodelación y ampliación de la infraestructura carcelaria).
- c) Promoción de medidas reductoras de la población penal (ampliación del cronograma de indultos y leyes de "despenalización").
- d) Elaboración de un Plan Nacional de Prevención del Delito.

Infelizmente, la mayoría de estos programas se ejecutaron limitadamente o se vieron frustrados por las reglas de austeridad financiera que dictó el Gobierno. En otras ocasiones, la inestabilidad en la gestión central del Ministerio de Justicia determinó el abandono de algunas de aquellas iniciativas<sup>9</sup>. El único programa que sobrevivió a los distintos avatares de la coyuntura fue el referido a la reforma del Código Penal de 1924 y del Código de Procedimientos Penales de 1939<sup>10</sup>. La promulgación del primero se constituyó en la aspiración más pertinaz del gobierno. Quiérase o no, sustituir al Código de Maúrtua se convirtió entre 1980 y 1990, en "objetivo nacional", a pesar que tal cometido, desorganizado y a momentos oportunista, mereció la crítica de los entendidos y el rechazo de la voluntad popular<sup>11</sup>.

De los intentos para reformar el Código Penal ya nos hemos ocupado en otras ocasiones, al igual que lo han hecho otros colegas nacionales y extranjeros<sup>12</sup>. Por tanto, no haremos, en esta oportunidad, una evaluación de cada uno de los proyectos. Sólo queremos señalar que en ninguna de sus etapas y manifestaciones, la reforma se vio amparada por consenso político y técnico sobre sus propósitos y propuestas. Es por esto que en sólo 5 años, el legislador se vio obligado a hacer públicos 5 proyectos

---

<sup>6</sup> Cfr. Iván Jara y Martín Carrillo. Poder judicial: Faustos y Miserias, en Quehacer No. 40, 1986, p. 56 y ss; José Antonio Martín Pallín. Perú: la independencia del Poder Judicial. CIJA. Lima, 1989, p. 75 y ss.

<sup>7</sup> Cfr. Víctor Prado Saldarriaga : Notas Críticas a la Política Criminal del Gobierno "de todos los peruanos", en Debate Penal No. 1, 1987, p. 61 y ss. Del mismo: la Política Penal 1979-1989. CDIJ. Lima, 1989, p. 19 y ss; La Política Penal de Emergencia: Función y Efectos, en Derecho y sociedad No. 2, 1990, p. 26 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Felipe Osterling Parodi. En Justicia. Col. Lima, 1983, ps. 47 y 55; Ministerio de Justicia: Plan Operativo del Sector Justicia 1983-1984. Lima, 1983, ps. 15 y ss; Plan Operativo del Sector Justicia 1985-1986. Lima, 1985, ps. 17 y ss; Plan Operativo del Sector Justicia 1987. Lima, 1987, ps.

<sup>9</sup> En ambos períodos de gobierno constitucional el Sector Justicia fue objeto de varios cambios de Ministro. Sólo entre 1987 y 1990 se sucedieron en el cargo 5 Ministros. Esto es negativo porque cada variante en el órgano central implica un cambio en los órganos inferiores estratégicos o tácticos, lo cual casi siempre retrasa o paraliza los programas en ejecución.

<sup>10</sup> Este proceso se inició en 1981, al nombrarse mediante Resolución Ministerial 012-81JUS dos Comisiones encargadas de proponer Anteproyectos de Código Penal y de Código de Procedimientos Penales.

<sup>11</sup> Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Reforma Penal: ¿Quo vadis, Perú?, en debate Penal No. 3, 1987, ps. 486 y 487.

<sup>12</sup> Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Reforma Penal ... Ob. cit., ps. 481 y ss; Del mismo : Reforma Penal en el Perú: Necesidad y Presupuestos, en Política Criminal Peruana, Cultural Cuzco. Lima, 1985, ps. 269 y ss. Véase también: Política Criminal. Presupuestos científicos para la reforma del Código Penal. Ediciones Jurídicas. Lima, 1986 ps. 12 y ss. Eugenio Raúl Zaffaroni. Comentarios al proyecto del Código Penal para el Perú, en Revista Jurídica del Perú, No. 1, 1986, p. 11 y ss.

diferentes<sup>13</sup>. Al margen de otros dos que no fueron dados a conocer, y de uno que hizo llegar a la Comisión el Profesor José Hurtado Pozo<sup>14</sup> \*. Esta permanente indecisión y postergación de la reforma del Código Maúrtua ha creado, poco a poco, un escepticismo ante la siempre "inminente" reforma penal. Más aún, el reiterado anuncio político de un "nuevo Código Penal", es recibido hoy como **(p. 66)** la "alarma sobre la venida del lobo" que daba el pastor mentiroso en la fábula de Esopo. Tantos proyectos frustrados han motivado, pues, que se dude mucho sobre las posibilidades reales de éxito de los trabajos de reforma. La misma duda existe respecto a la reforma del Código de Procedimientos Penales.

## 2. Reforma Penal o modificación legal, he ahí el dilema

Si una reforma penal es un proceso político trascendente para cambiar profunda y totalmente el Sistema de Control Penal<sup>15</sup>, es fácil advertir que lo que viene ocurriendo en el Perú desde 1984, no es una reforma de tal naturaleza. Los esfuerzos realizados por las sucesivas Comisiones Reformadoras y Revisoras<sup>16</sup>, han estado siempre orientados hacia un objetivo mucho más modesto y menos complicado que la transformación integral del sistema punitivo peruano. En realidad, lo que ha ocupado a nuestros comisionados durante todo este tiempo, no ha sido otra cosa que la modernización de nuestra legislación penal sustantiva. Lo cual aclara el panorama y el sentido de la "reforma penal peruana" que se reduce a meras decisiones normativas.

Ahora bien, lo hecho en el Perú no dista mucho de lo que se ha realizado o se viene haciendo en otros países latinoamericanos<sup>17</sup>. En estos también es frecuente que las "reformas penales" se agoten en la modificación de la ley penal, y se haga, poco o nada, por procurar cambios que alcancen materialmente los niveles orgánicos o las bases operativas del Sistema. Esto determina que, a la postre, nuestras sociedades tengan leyes modernas pero mantengan organismos anticuados u obsoletos. Así mismo que, pese a los postulados humanistas proclamados en la nueva legislación, **(p. 67)** las penas sigan desde la nueva legislación, las penas sigan ejecutándose en ambientes degradantes y deshumanizados. Por último, que aún cuando se agilicen las normas procesales, la realidad judicial siga arrastrando un alto porcentaje de "presos sin condena"<sup>18</sup>.

Desafortunadamente esos son los crónicos defectos de nuestras reformas penales latinoamericanas: la búsqueda permanente de un "deber ser" que nunca "puede ser". En nuestra región, pues, la política criminal ha convertido a la "Reforma Penal" en un símbolo y nada más. Función simbólica que tiene siempre, en todo caso, el efecto negativo de terminar robusteciendo el statu quo. Así "mientras más cambio hay, más se sigue igual"<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> Los proyectos publicados en el diario oficial El Peruano fueron los siguientes: Proyecto de Setiembre de 1984 (ediciones del 3 al 5 de setiembre). Proyecto de 1984 (ediciones del 3 al 5 de Miembro), Proyecto de octubre de 1984 (ediciones del 20 y 30 de octubre y del 3 de noviembre), Proyecto de agosto de 1985 (ediciones del 19, 20 y 21 de agosto), Proyecto de abril de 1986 (ediciones del 31 de marzo y del 1 y 2 de abril), Proyecto de Setiembre de 1989 (edición del 5 de Miembro) y Proyecto de julio de 1990 (edición del 17 de julio).

<sup>14</sup> Se trata de los proyectos revisados de enero de 1985 y el de abril de 1990. El proyecto del Profesor Hurtado Pozo no fue debatido por la Comisión.

\* El texto de este proyecto fue redactado con la participación de los señores Felipe Villavicencio, Cesar San Martín y Víctor Prado. La denominación utilizada es responsabilidad del autor. (Nota de la redacción).

<sup>15</sup> Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. Reforma Penal -. Quo vadis, Perú. Ob. cit. p. 491 y ss; L.H.C. Hulsman. Planification et politique criminelle: Aspects Généraux, en La Planification des mesures de Lutte contre la délinquance. E. Pedone. París, 1984, ps. 59 y ss.

<sup>16</sup> Las comisiones estuvieron conformadas fundamentalmente por miembros del Parlamento, del Ministerio de Justicia, del Poder Judicial y del Ministerio Público (Cfr. Ley 23859 y Ley 24911).

<sup>17</sup> Cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Técnica y Política en la Reforma Penal, en Doctrina Penal, 1988, ps. 636 y ss; Juan Bustos Ramírez. Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana, en Doctrina Penal, 1979, ps. 477 y ss. F. Muñoz Conde y otros. La reforma penal de 1989. Tecnos. Madrid, 1989, p. 11 y ss.

<sup>18</sup> Sobre la dura realidad de los sistemas penales latinoamericanos véase : Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América latina (informe Final). Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 7 y ss.

<sup>19</sup> Denis Szabo. Análisis de sistemas o examen de criterios de evaluación, en Capítulo Criminológico No. 2, 1974, p. 56.

Sin embargo, también debemos recordar que con la metodología y los recursos con que se producen la "reformas penales" en el Perú, es poco menos que imposible poder aspirar a objetivos mayores que la estricta modificación legal. En efecto, por lo general nuestras Comisiones Reformadoras operan en la penumbra social, con escasa información actualizada sobre los desarrollos aplicativos del derecho extranjero, con ausencia total de información criminológica o de política criminal aplicada, y sin el marco de un programa mínimo de principios técnicos y políticos que orienten las decisiones de cambio. Por el contrario, abunda la inmediatez, la deformación de la realidad y el consenso improvisado. Todo ello, pues, resta coherencia ideológica y compromiso técnico a lo que se hace, convirtiendo a cada propuesta normativa en una presa fácil de las ambigüedades de las "teorías del delito" y de los radicalismos de los experimentos del derecho extranjero.

Nuestra experiencia en el último proceso de reforma (1989-90) nos ha permitido constatar todas esas carencias y despropósitos. Con Ribacoba y Ribacoba se debe reconocer que una **(p. 68)** reforma penal demanda necesariamente una "ley de bases" donde se definan sus alcances, métodos y metas<sup>20</sup>.

En fin, es poco lo que puede esperarse de la reforma penal peruana. Al igual de lo ocurrido en Colombia (1980) y Brasil (1984), sólo cambiará la ley. Sus efectos, por tanto, estarán muy alejados de los problemas y necesidades materiales de nuestras instituciones y procedimientos. Y tampoco tendrán mayor incidencia en la urgente tarea de apoyar la construcción de un Proyecto nacional que sea capaz de superar la desigualdad y violencia en que vive el país.

Ahora bien, al margen de sus defectos de organización y de sus limitaciones políticas, la reforma ha promovido innovaciones técnicas interesantes. Particularmente el proyecto 1989-90 ha previsto un sistema de penas bastante adecuado a los principios que rigen la política criminal moderna. Sistema que analizaremos a continuación, no sin antes adelantar que desde el proyecto de octubre de 1984, el legislador nacional mostró preocupación por la estructuración y actualización de nuestro catálogo de sanciones. Pero como afirma Volkmer de Castilho, el problema de la pena no puede plantearse únicamente en términos técnicos, ya que en esencia es sin problema político, "diríase de política criminal". Mas el objetivo de la política criminal no se circunscribe a la protección jurídico-penal de la sociedad. Comprende la creación y la transformación de las normas jurídicas, de las estructuras oficiales de control social (Policía, Ministerio Público, Tribunales, Sistemas de Ejecución Penal) y a las situaciones objetivas de necesidad (pobreza, desempleo) y a los fenómenos de discriminación (opinión pública sobre la delincuencia). Ahora, la Reforma Penal del Gobierno se reduce a la creación y transformación de las normas. todo lo demás permanece intocable"<sup>21</sup>. Este también puede ser el talón de Aquiles del nuevo catálogo de penas que propone el proyecto peruano de 1989-90.

### **(p. 69) 3. La función de la pena**

Pese a ser un problema fundamental de la doctrina tradicional y contemporánea<sup>22</sup>, el "qué" o el "para qué" de la pena ha motivado poco la reflexión de nuestros juristas. Es así que en las primeras publicaciones sobre el Código de 1924, se otorga escasa importancia a la función de la pena; pese a que las características e innovaciones que contenía hacían necesario un pronunciamiento al respecto. Además, por la sensible influencia que ejercían las corrientes positivistas entre los autores de la época. Cornejo, por ejemplo, se limita a reconocer en la pena funciones de retribución y de defensa social<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ob, cit., p. 636. Por nuestra parte ya en 1985 insistimos en la necesidad de dotar al trabajo reformista de un marco teórico-político y empírico mínimo. Cfr. Víctor Prado. Reforma Penal en el Perú Ob. cit., ps. 275 y ss.

<sup>21</sup> Elia Wiecko Volkmer de Castilho. Teorias atuais da pena o projeto de reforma penal brasileiro, en Revista da Faculdade de Direito-UFDP. No. 22, 1985, p. 200.

<sup>22</sup> Sobre la problemática de la pena véase : Luigi Ferrajoli. El Derecho Penal Mínimo (ps. 25 y ss); Alessandro Baratta. Viejas y Nuevas estrategias en la legitimación del Derecho Penal (ps. 77 y ss.). Ambos ensayos en Poder y Control No. 0, 1986; Juan Bustos Ramírez. Estado Actual de la Teoría de la Pena, en Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal. Temis, Bogotá, 1982, os. 151 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Angel Gustavo Cornejo. Parte General del derecho Penal. Tomo Primero. Imprenta de Domingo Miranda. Lima, 1936, p. 125.

Por su parte Hague entiende que ella sólo debe cumplir una función preventivo especial<sup>24</sup>. Otros autores como Alarcon y Espinoza omiten manifestarse sobre el tema<sup>25</sup>.

Esa escasa inquietud por el papel y sentido de la pena se mantiene entre los autores contemporáneos. Para Bramont Arias la pena es en esencia retribución, pero tiene la función, en un plano individual (preventivo especial/ o colectivo (preventivo general), de evitar futuros delitos<sup>26</sup>. Hurtado Pozo, siguiendo a Ross, entiende que en los debates se han confundido los fines con la justificación de la pena. Y que la pena puede tener varios fines, lo cual, en su concepto, es lo más conveniente para una política criminal que aspire a ser eficaz. En cuanto a la justificación, reconoce como insustituible la exigencia de culpabilidad; esto es, acepta una razón retribucionista<sup>27</sup>. Finalmente Peña Cabrera adopta dos criterios contradictorios. (p. 70) Primero, en su "Tratado" asume que la pp-na posee pluralidad funcional con base retribucionista<sup>28</sup> y, luego, en otra publicación, parafraseando los razonamientos de Bustos Ramírez<sup>29</sup>, plantea que la pena es una expresión política de auconstatación del Estado", concediéndole como única función "la protección de bienes jurídicos"<sup>30</sup>.

Todo lo expuesto, pues, nos permite sostener que en el país no ha habido un debate amplio acerca de la función de la pena, y que los juristas nacionales se han ido alineando individualmente hacia planteamientos de corte ecléctico semejantes a los que proponen las llamadas "teorías de la unión"<sup>31</sup>.

Ahora bien, a nivel legal nuestro derecho ha otorgado expresa e implícitamente varias funciones a la pena. No obstante siempre se ha arrastrado una clara connotación retribucionista. Este fue el caso del Código Penal de 1863 y el Código Penal de 1924<sup>32</sup>. Aunque en este último las influencias del positivismo y particularmente de la Zweckstrafe de von Liszt<sup>33</sup>, inclinaron también el modelo hacia la prevención especial<sup>34</sup>. Lo cual no obstaculizó luego el predominio de la prevención general intimidadora, en la mayoría de las modificaciones ocurridas en la ley penal con (p. 71) posterioridad a 1924<sup>35</sup>. Aún cuando en la Constitución del 1979 y en el Código de ejecución Penal del 1985 se postuló, siguiendo a sus fuentes hispánicas, como función principal de la pena la resocialización.

---

<sup>24</sup> Juan Luis Hague. Hacia un nuevo concepto de la responsabilidad criminal y de la pena. imprenta T. Scheuch. Lima, 1934, ps. 87 y ss.

<sup>25</sup> Cfr. Eloy Espinosa. Las Nuevas Orientaciones Penales del Código Penal Peruano de 1924, en Boletín de Criminología, No. 1, 1929, ps. 14 y ss.; Jorge Alarcón R. La Política Criminal en el Perú. Tip. Gutemberg. Arequipa, 1924, ps. 8 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. Luis Bramont Arias. Código Penal Anotado. Ed. El Ferrocarril. Lima, 1966, p. 80.

<sup>27</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General. 2a. Ed. EDDILI, Lima, 1987, p. 48 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal: Vol. 1. Parte General. 3a. éd. Sagitario, Lima, 1987, ps. 356 y 357.

<sup>29</sup> Cfr. Juan Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. éd. Ariel. Barcelona, 1984, p. 39 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. Raúl Peña Cabrera. La pena en la democracia capitalista y el sistema de sanciones en el Proyecto de Código Penal, en Debate Penal No. 1, 1987, ps. 8 y ss.

<sup>31</sup> Sobre los alcances de las "teorías de la Unión" véase: Francisco Muñoz Conde. introducción al Derecho Penal. Bosch. Barcelona. 1975, p. 35 y ss; Hans Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. Primero. Bosch. Barcelona, 1981, ps. 103 y ss; Paul Bockelmann-Klaus Volk. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Verlag C.H. Beck. München, 1987, p. 6. Günther Jakobs. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Walter de Gruyter. Berlín-New York, p. 20 y ss.

<sup>32</sup> En ese sentido José Hurtado Pozo. Die Freiheitsstrafe und ihre Sorrogate in Perú, en H.H. Jescheck. Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Deutschen und ausländischen Recht. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1985, ps. 1581 y ss. Del mismo: Aperçu de la politique criminelle du Pérou, en Archives de Politique Criminelle No. 2, 1977, p. 193 y ss.

<sup>33</sup> Según Von Liszt: "Como asunto de la pena aparece la actuación adecuada sobre la personalidad del delincuente. Así se situó en el primer término la idea de la prevención especial sin que tuviera que suprimirse la de la prevención general; y se puso frente a la pena retributiva la pena tutelar (Schutzstrafe) o pena de fin (Zweckstrafe)". Tratado de Derecho Penal. Tomo II. ed. Reus. 1927, p. 36.

<sup>34</sup> Maúrtua en su exposición de motivos reconoce expresamente la influencia de Von Liszt. Cfr. Código Penal. Edición Oficial. librería E. Moreno. Lima, 1924, p. 156.

<sup>35</sup> Véase a modo de ejemplo: Decreto ley 11078 del 58-1949; Decreto Ley 19910 del 30-1-1973; Decreto Legislativo 046 del 10-3-1981; Ley 24420 del 27-12-1985; Ley 24953 del 7-12-1988.

Estos vacíos teóricos y esta confusión que imperan en el derecho penal nacional también son perceptibles en los proyectos reformistas del Código Maúrtua. Es más, aún cuando este último con mayor prudencia omitió dedicar una disposición de su articulado a la función o funciones de la pena, los diferentes proyectos han creído conveniente definir las legalmente. Decisión que, dicho sea de paso, parece ser la predominante en el derecho extranjero<sup>36</sup>.

En los Proyectos de 1985 y 1986<sup>37</sup>, el legislador se decidió por una fórmula similar a la del artículo 12 del Código Colombiano de 1980<sup>38</sup>. Esto es, por una disposición que recuerda las tesis dialécticas de Roxin<sup>39</sup>. Según las cuales, la pena es operativamente tanto prevención general, como retribución o prevención especial. Según el artículo VIII del Título Preliminar del documento de 1986: "Las penas tienen función preventiva, protectora, retributiva y resocializadora..." Fernando Velásquez, comentando tal decisión del legislador peruano, reconocía que primaba en ella una "concepción mixta o teorías de la unión"<sup>40</sup>. Es de destacar (**p. 72**) que para otros juristas colombianos, como Fernández Carrasquilla y el desaparecido Reyes Echandía, la inclusión de una disposición similar a la del artículo VIII del Proyecto de 1986 resultó bastante acertado<sup>41</sup>.

Ahora bien, el proyecto de 1989-90 también se refiere expresamente a la función de la pena. Así la versión publicada en setiembre de 1989, declaraba en su artículo lo.: "La ley penal persigue la prevención de delitos y faltas como medio de protección de la sociedad. La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del agente". Cabe señalar que la inserción de este artículo se hizo sin conocimiento ni aprobación del plenario de la Comisión Revisora. Su inclusión, pues, fue iniciativa y responsabilidad del Ministerio de Justicia, que tuvo a su cargo la publicación del texto elaborado por los comisionados.

El numeral en cuestión ha sido tomado del artículo III del Proyecto que en 1982 presentó a las Cortes la bancada del Partido Comunista Español, como enmienda al proyecto oficial de 1980<sup>42</sup>. Este hecho es interesante, ya que el proyecto del 82 fue en realidad un trabajo elaborado por dos insignes juristas hispánicos, los profesores Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde<sup>43</sup>. El primero de los cuales ha desarrollado una concepción funcional de la pena bastante acomodada a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho<sup>44</sup>, y a la cual el propio Mir (**p. 73**) considera como prevención general positiva<sup>45</sup>. Justamente, el artículo III del proyecto del 82 es la consagración político criminal y normativa

---

<sup>36</sup> Cfr. C.P. Bolivia (1973) art. 25; C.P. Cuba (1987) art. 27; C.P. Colombia (1980) art. 12; Proyecto Alternativo Alemán (1966) art. 2; Proyecto Alternativo Español (1982) art. III. Otros Códigos como el portugués de 1982 (art. 72.1), el brasileño de 1984 (art. 59) y el alemán de 1975 (art. 46), se refieren a las funciones implícitamente al definir las reglas de determinación de la pena.

<sup>37</sup> Cfr. artículo VIII del Proyecto de agosto de 1985 y artículo VIII del Proyecto de abril de 1986.

<sup>38</sup> Según el artículo 12 del C.P. Colombiano: "la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

<sup>39</sup> Cfr. Claus Roxin. Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus. Madrid, 1976, ps. 20 y ss. Del mismo: Iniciación al Derecho Penal de Hoy. Universidad de Sevilla, 1981, ps. 46 y ss.

<sup>40</sup> Velásquez califica a dicho artículo como "Principio del carácter teleológico de las sanciones penales". Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. las normas rectoras del Proyecto de Código Penal Peruano de 1986, en Anuario del Derecho Penal 1988, p. 37. Bramont Arias al comentar los alcances del Proyecto de 1986 omite referirse de modo específico al artículo VIII del Título Preliminar. Cfr. Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 5. SP. Editores. Lima, 1988. ps. 17 y ss.

<sup>41</sup> En ese sentido Juan Fernández Carrasquilla. El nuevo Código Penal y sus principios rectores, en Nuevo Foro Penal No. 7, 1980, p. 127. Alfonso Reyes Echandía. Derecho Penal. Parte General. Temis. Bogotá, 1989, p. 251.

<sup>42</sup> Según el artículo III del Proyecto del 82: "Las leyes penales, tanto si establecen penas como medidas de seguridad, persiguen la prevención de delitos como medio de protección de la sociedad. La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del sujeto. Las medidas de seguridad requieren la concurrencia de peligrosidad criminal, manifestada por la comisión de un delito".

<sup>43</sup> Véase el texto completo y la exposición de motivos de dicho proyecto en Cuadernos de Política Criminal No. 18, 1982, ps. 609 y ss.

<sup>44</sup> Cfr. Santiago Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del Delito en el estado Social y Democrático de Derecho. 2a. edición. Bosch. Barcelona, 1982, p. 29 y ss.

<sup>45</sup> Idem. p. 31. Al respecto sostiene Mir: "Un Derecho Penal democrático ha de prevenir no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues, los aspectos que debe adoptar la prevención general en el derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho: junto al aspecto

de dicha concepción. Es más, la propia exposición de motivos del proyecto español señala que dicho artículo es "el punto de partida de la Política Criminal propia de un Estado Social y Democrático de Derecho"<sup>46</sup>.

Según Mir, la "doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la "conciencia social de la norma", confirmar la vigencia de la norma. Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no se trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo estas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales<sup>47</sup>. Si bien es cierto que en su esquematización el planteamiento de MIR es semejante al de Jakobs<sup>48</sup>, Hassemer<sup>49</sup> y al que en el siglo pasado (p. 74) proclamó medianamente Merkel<sup>50</sup>, es indudable que su desarrollo teórico es más coherente, democrático y completo. Para Mir la pena debe cumplir una función activa en el mantenimiento y fortalecimiento del consenso jurídico y de la seguridad de la ciudadanía. Pero además, la utilización de la pena por el Estado no puede alejarse de sus fuentes de legitimación constitucional; esto es, de las exigencias de la necesidad, bien jurídico real, humanidad, proporcionalidad y culpabilidad. Ya que desconocer tales límites implicaría usar la pena como instrumento estricto de autoritarismo y terror. Quizás la posición más cercana a su planteamiento sea la exigencia de formalización que sostiene Hassemer<sup>51</sup>. En ese sentido Mir declara que "en el modelo de Estado social y democrático de Derecho del cual arranca nuestro sistema político y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir (y sólo está legitimada para cumplir) una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos que atentan a estos bienes y no basar su contenido en una hipotética necesidad eticojurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico<sup>52</sup>. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de derecho, debería (p. 75) respetar una serie

---

de prevención intimidatoria (también llamada prevención general especial o negativa) debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también denominada prevención general positiva)

<sup>46</sup> Cfr. Proyecto 1982. Exposición de Motivos, en Cuadernos de Política Criminal No. 18, 1982, p. 611.

<sup>47</sup> Santiago Mir Puig. Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva, en Poder y Control No. 0, 1986, p. 50.

<sup>48</sup> Para Jakobs: "La función de la pena es el mantenimiento de la norma, como modelo orientador para la interacción social. El contenido de la pena es una contradicción de la negación de la supremacía de la norma a costa del infractor" (Aufgabe der Strafe ist die Erhaltung der Norm als Orientierungsmuster für sozialen Kontakt. Inhalt der Strafe ist ein Normbrechers erfolgreicher Widerspruch gegen die Desavouierung der Norm). Ob. cit. ps. 748.

<sup>49</sup> Cfr. Winfried Hassemer. Fines de la Pena en el derecho Penal de Orientación Científico-Social, en Derecho Penal y Ciencias Sociales. U. Autónoma de Barcelona. Bellaterra, 1982. Según este autor: "... la función de la pena es la prevención general positiva: la reacción estatal ante hechos punibles, la cual al mismo tiempo protege la conciencia social de la norma" (p. 137). Es de señalar además que Hassemer destaca el carácter formalizado de la pena como instrumento de control social. Esto es, sujeto a presupuestos y límites: "la pena como modo de sancionar formalizado está sometida a presupuestos y limitaciones a los que subordinados, o solo lo están parcialmente, las demás sanciones. la pena queda diferenciada y se amenaza y mide públicamente; debe mantenerse dentro de los límites del Derecho Penal del hecho y de la proporcionalidad; sólo puede ser impuesta por un procedimiento con innumerables garantías. En resumen: mediante la pena estatal no solo se realiza la lucha contra el delito, sino también la juricidad, la formalización del modo social de sancionar el delito" (p. 136). Véase también de Hassemer: Fundamentos del Derecho Penal: Bosch. Barcelona. 1984, p. 391 y ss.

<sup>50</sup> Según Merkel: "Las penas por su naturaleza general, fortalecen los preceptos y las obligaciones violados por medio de la acción delictuosa, y suponen una lucha contra los factores que se exteriorizan en esta acción contraria al deber como tal". A. Merkel. Derecho Penal. éd. La España Moderna. Madrid s/d, T. I, p. 252.

<sup>51</sup> Ver supra nota 49. Cfr. además: Satiago Mir Puig. Función Fundamentadora... Ob. cit. p. 54.

<sup>52</sup> Esta función protectora de bienes jurídicos es el punto de relación entre la tesis de Mir y la postulada por Bustos. Cfr. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal... Ob. cit. p. 39.

de límites, que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos"<sup>53</sup>.

El acento constitucional que el profesor de Barcelona imprime a su modelo preventivo general positivo, supera, ampliamente, las críticas que al funcionalismo de Jakobs hicieron Baratta y Muñoz Conde<sup>54</sup>. Mas aún, Bustos incluso reconoce que Mir ha logrado, como ningún otro, acomodar su concepción preventivo-positiva a su teoría del delito que se basa en la idea de motivación<sup>55</sup>.

Pero al margen de las bondades y coherencias de las tesis de Mir, la adopción formal de las mismas por el proyecto del 1989-90 merece un análisis más concreto y que se nutra de la experiencia penal nacional. Al respecto, es de recordar que en nuestro país la Constitución del 79 coloca al hombre por encima del grupo social. En ese sentido el artículo lo. declara abiertamente que "la persona humana es el fin supremo de la Sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla" Al respecto Rubio y Bernalles han criticado el excesivo individualismo de dicha disposición: "A nuestro juicio, dicen estos autores, debió hacerse una declaración inicial que no pusiera al individuo simplemente como centro de la Sociedad y del Estado, sino que le diera sus adecuadas dimensiones a la vez individuales y sociales, estableciendo que todos y cada uno de los derechos le pertenecen no sólo en cuanto individuo, sino también en cuanto miembro que actúa en el todo social, en sus diferentes facetas: sociales, políticas, etc."<sup>56</sup>. Quizás una descripción con esas características hubiera sido más compatible con la premisa funcional del artículo lo. del proyecto. Pero (p. 76) como no es así, es indudable que la fórmula de dicho artículo del proyecto se contraponen al carácter individualista de la Constitución. No es, pues, lo mismo que la pena se oriente hacia la promoción del sujeto que hacia la promoción de la sociedad. Esta distinción es más notoria aun en el artículo 234, cuyo segundo párrafo señala que "El régimen penitenciario, tiene por objeto (léase función) la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad de acuerdo con el Código de Ejecución Penal"<sup>57</sup>.

En España ocurre algo semejante<sup>58</sup>. Razón por la cual Bustos cuestiona la tesis de Mir, aduciendo que "la prominencia general sobre la especial (sic) implicaría hacer predominar una razón social por sobre el individuo, con lo cual podría ponerse en peligro las bases mismas de un Estado Social y Democrático de Derecho, cuyo pilar fundamental tiene que ser el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y su prominencia sobre el Estado, como sucede en el sistema establecido por la Constitución española"<sup>59</sup>. Una preocupación similar determinó que en la versión publicada en julio de 1990 los autores del proyecto modificaran el artículo lo. en los siguientes términos: "La ley penal persigue la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad. La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y la responsabilidad penal del agente"<sup>60</sup>. Según la exposición de motivos "la prevención general se complementa, así, con una prevención especial que sólo procede cuando se realizan acciones ti

---

<sup>53</sup> Santiago Mir Puig. Función de la Pena y Teoría del delito ... Ob. cit. p. 40. El propio Mir en clara alusión a los planteamientos de Jakobs ha señalado: "las diferentes objeciones mencionadas ... aconsejan rechazar las concepciones de la prevención fundamentadora o ampliadora de la intervención penal. (Función Fundamentadora ... Ob. cit., p. 57).

<sup>54</sup> Cfr. Alessandro Baratta. Integración-Prevención: "Una nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, en Doctrina Penal, 1985, p. 15 y ss; Francisco Muñoz Conde. La Norma Jurídica Penal. Crítica a la teoría sistémica del Derecho Penal y Control Social. F. Universitaria de Jérez. Jérez, 1985, p. 26 y ss.

<sup>55</sup> Juan Bustos Ramírez. Estado actual ... Ob. cit., ps. 178 y 179.

<sup>56</sup> M. Rubio y E. Bernalles. Constitución y Sociedad Política. Mesa Redonda Editores. Lima, 1985. p. 35. En términos semejantes Alberto Ruiz Eldredge. La Constitución Comentada 1979. éd. Atlántida. Lima, 1980, p. 30 y ss.

<sup>57</sup> Esta disposición concuerda con el artículo I del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal que señala: "La ejecución de las penas y medidas privativas de libertad dictada por el Órgano Jurisdiccional, tienen por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad". Ambas normas consagran pues como función de la pena, la prevención especial.

<sup>58</sup> Cfr. art. 25.2 de la Constitución Española de 1978 y art. lo. de la ley Orgánica General Penitenciaria de 1979. Por ello Mir busca explicar la resocialización a que alude el artículo constitucional mencionado, en el respeto democrático de la minoría (delincuente) y una necesidad de que el Estado ofrezca al condenado posibilidades para su reinserción social. Cfr. Función de la Pena... Ob. cit. p. 34 y ss.

<sup>59</sup> J. Bustos Ramírez. estado Actual... Ob. cit. p. 179.

<sup>60</sup> Cfr. Proyecto del Código Penal de Julio de 1990, art. 1.

omisiones que dañan o arriesgan intereses que la colectividad demanda proteger, y siempre que el actor sea también responsable penalmente"<sup>61</sup>.

**(p. 77)** Pero fuera de sus contradicciones formales, el artículo 1o. resulta incoherente con la praxis legislativa que impera en nuestro sistema. Esta se caracteriza por utilizar la pena como medio exclusivo de intimidación y exceso. Esto es, con base exclusiva en la prevención general negativa. En el Perú, pues, la violación de los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad, etc. es una constante de la producción y modificación de las leyes penales.

En el Perú la pena es de momento autoconstatación de un Estado autoritario y represivo, donde la criminalización se basa más en "razones de Estado" que en bienes jurídicos. Sobre todo si las exigencias de responsabilidad son fácilmente superadas por la objetividad del resultado, cuando así lo demanda la presión social. En todo caso, la inclusión del artículo 1o. puede servir como base legitimadora de las críticas al Sistema. De modo que las denuncias de sus excesos puedan suscitar mayores reflexiones al legislador y generen mayor conciencia social sobre los abusos que pueden cometerse mediante el derecho penal.

En un estudio que realizamos recientemente, pudimos constatar con estupor que del total de leyes penales emitidas entre 1979 y 1989, un 70% tenían problemas de constitucionalidad por desconocer los principios antes citados. Y que un 50% del total de leyes del periodo agravaron las penas y prohibían la concesión de toda clase de beneficios<sup>62</sup>. Por consiguiente, pues, la experiencia nos obliga a dudar de la "función" del mencionado artículo 1o. del Proyecto de 1989-90.

#### **4. El sistema de penas en el Código Maúrtua y su desarrollo**

El Código de 1924 adoptó un sistema dualista de penas y medidas de seguridad<sup>63</sup>. Como todos los Códigos de ideología liberal de la época, el Código Maúrtua privilegió a la pena privativa de libertad con cuatro modalidades: internamiento, penitenciaria, **(p. 78)** prisión y relegación<sup>64</sup>. Pero también el legislador incorporó otras sanciones que por aquel entonces eran bastante novedosas. Este fue el caso de la pena de multa, la cual se asimiló al sistema sueco de la dagsbot (días-multa), dejando de lado la multa tasada del Código de 1863. Por último el Código del 24 mantuvo la pena de inhabilitación con las mismas características hispánicas del código derogado<sup>65</sup>.

Ahora bien, la distribución poco equitativa de las penas de multa e inhabilitación en la Parte Especial del Código<sup>66</sup>, unida a la constante actitud criminalizadora del Estado, determinaron que ambas sanciones perdieran con el tiempo autonomía aplicativa y quedaran relegadas a un mero papel accesorio o secundario. Es más, con posterioridad a 1924 el sistema innovador de los días-multa fue desplazado por opciones porcentuales<sup>67</sup> o de "sueldos mínimos vitales"<sup>68</sup>.

La ejecución de las distintas penas privativas de libertad fue organizada en base al régimen auburniano<sup>69</sup>. Sin embargo, las limitaciones del medio en infraestructura carcelaria impidieron el

---

<sup>61</sup> Cfr. Proyecto de Julio de 1990. Exposición de Motivos p. 10.

<sup>62</sup> Cfr. Diagnóstico Integral del Sistema Judicial Penal en el Perú. CDIJ. Lima, 1989. p. 36 y ss.

<sup>63</sup> Como ha destacado Hurtado Pozo, la concepción dualista del Código de 1924 fue consecuencia de la recepción de los proyectos suizos. Los cuales perfeccionaron los planteamientos de Stoos. Cfr. José Hurtado Pozo. Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Perú, en Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im Deutschen und Ausländischen Recht. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden, 1985, p. 1583 y 1584.

<sup>64</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. Die Freiheitsstrafe ... Ob. cit., p. 1585 y ss.

<sup>65</sup> Sobre las características de la pena de multa y de inhabilitación en el Código Maúrtua véase: Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Vol. 1. Parte General. Editorial Sagitario. Lima, 1986, p. 379 y ss.

<sup>66</sup> Un cuadro en que se detalla la distribución de la pena de multa en el Código del 24 puede verse en Vidor Prado Saldarriaga. El Sistema de Días Multa en el derecho Penal Peruano. ILANUD. San José. 1984, p. 23 y ss.

<sup>67</sup> En ese sentido la ley 16185 del 28 de junio de 1966 (Art. 13). Cabe señalar también que mucho antes el Decreto ley 11005 del 28 de marzo de 1949 había incorporado una multa tasada (Art. 5).

<sup>68</sup> Han adoptado ese sistema el Decreto Ley 22095 del 21 de febrero de 1978 (Art. 61); el Decreto Legislativo 46 del 10 de marzo de 1981 (art. 10) y el Decreto Legislativo 1 23 del 12 de junio de 1981 (art. 1 al 4). Por su parte el artículo 283-F del Código Penal también se refiere a "ingresos mínimos vitales" como forma de aplicación de la pena pecuniaria.

<sup>69</sup> Cfr. Alejandro Solís Espinoza. Ciencia Penitenciaria. 3ra. edic. Ed. Imprenta Desa. Lima, 1986, p. 246.

desarrollo ejecutivo de tales sanciones, razón por la cual en 1969 el Decreto Ley 1 7581 estableció como único régimen penitenciario el denominado sistema progresivo técnico<sup>70</sup>. Modelo que también siguió luego el Código de Ejecución Penal de 1985<sup>71</sup>. Estas **(p. 78)** variaciones generaron que la clasificación cuatripartita de penas privativas de libertad contenida en el código Maúrtua, perdiera utilidad y justificación práctica.

En lo que atañe a los substitutivos de las penas privativas de libertad, el legislador nacional consideró, en primer término, el trabajo comunitario para los casos de prisión convertida por no pago de una pena de multa<sup>72</sup>. En segundo término, nuestro país fue uno de los primeros, en Latinoamérica, en incorporar la condena condicional según el modelo franco-belga del *surcis*<sup>73</sup>. Finalmente, Maúrtua previó la liberación condicional para flexibilizar la ejecución de las penas privativas de libertad<sup>74</sup>. Lamentablemente, el afán preventivo general de las modificaciones posteriores a 1924 fue bloqueando, poco a poco, el funcionamiento de tan importantes medidas. Por ejemplo en 1939, la ley 9014 limitó la condena condicional a los delitos culposos y, sin ninguna lógica, a las infracciones cometidas por inimputables peligrosos<sup>75</sup>. Estas sin embargo no fueron las únicas modificaciones. Así, por ejemplo, la rehabilitación se vio modificada con la promulgación en 1940 del actual Código de Procedimientos Penales y, 45 años después, la liberación condicional pasó a ser regulada por el Código de Ejecución Penal<sup>76</sup>.

De esta manera, el sistema de penas y de medidas complementarias previstas en el código de 1924, ha sido cambiado profundamente; convirtiéndose en muchos aspectos en obsoleto o innecesario. Por consiguiente, era necesario reformarlo prioritariamente para adecuarlo a las demandas del presente.

**(p. 80)** Es así que desde el Proyecto de 1984, la reforma penal se orientó predominantemente hacia la elaboración de un nuevo sistema de penas. Una revisión panorámica de los distintos proyectos reformistas nos permite señalar las características comunes siguientes:

- a) abolición de la pena de muerte;
- b) eliminación de las penas indeterminadas;
- c) unificación de las penas privativas de libertad;
- d) ampliación de la pena de multa en base al modelo de los días-multa;
- e) mantenimiento de la pena de inhabilitación en términos semejantes a los del código de 1924;
- f) incorporación de nuevas penas como la prestación de servicios a la comunidad y la de limitación de días libres;
- g) ampliación de la condena condicional e inclusión de otras medidas semejantes como la reserva de fallo condenatorio, la exención o conversión de penas.

Como se puede apreciar en la reforma prima el criterio del reduccionismo penal vía la despenalización. Esto significa que el legislador reconoce que la pena privativa de libertad es aún una "amarga necesidad", pero que en esencia es negativa. Por tanto, su utilización debe limitarse al máximo. Esta tendencia limitadora de la pena privativa de libertad se viene imponiendo en la legislación extranjera

---

<sup>70</sup> Cfr. H.H.A. Cooper. Comentario sobre la nueva legislación penitenciaria en el Perú. UNMSM Lima, 1972, p. 31 y ss.

<sup>71</sup> Cfr. Alejandro Solís Espinoza. Ciencia Penitenciaria. Ob. cit. p. 252 y ss.

<sup>72</sup> Según Maúrtua la prestación de trabajo se haría " en una obra del estado o de instituciones de utilidad pública. En estos casos la coerción se aplicaría únicamente a la labor diurna, dejando libre al penado durante la noche". Código Penal. edición Oficial. Imprenta Moreno. Lima, 1924, p. 100.

<sup>73</sup> Sobre la condena condicional en nuestro país véase: José Hurtado Pozo. La Condena Condicional, en Derecho No. 31, 1973, p. 64 y ss.

<sup>74</sup> Al respecto Maúrtua sostuvo en la exposición de motivos: "La liberación condicional trasforma la pena a término fijo en una pena a tiempo indeterminado. Es un medio precioso de individualización y sirve además para preparar al condenado a una plena readaptación a la vida libre y honesta". Código Penal. Edición Oficial. Ob. cit., p. 162.

<sup>75</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. La Condena Condicional. Ob. cit. p. 70 y ss.

<sup>76</sup> Cfr. arts. 339 a 344 del Código de Procedimientos Penales y arts. 55 a 59 del Código de Ejecución Penal.

desde la aparición del Proyecto Alternativo alemán de 1966<sup>77</sup>. En Latinoamérica, el Código Penal Tipo introdujo las primeras medidas de reduccionismo penal<sup>78</sup>.

Si bien es cierto que una opción político criminal como la que parece inspirar la reforma del sistema de penas es bastante saludable, no es menos cierto que la misma contradice abiertamente la clásica vocación represiva de nuestro sistema punitivo. Esta circunstancia nos hace dudar sobre la aplicación y alcances futuros de las propuestas reduccionistas. Por ahora el Proyecto de 1989-90 (p. 81) ha excluido de las mismas a los delitos de narcotráfico y terrorismo<sup>79</sup>; pero nada asegura que la lista pueda ser posteriormente aumentada. Existe entonces el riesgo que el cambio pueda quedar a un nivel meramente declarativo<sup>80</sup>. No es de olvidar que la excesiva burocratización y la corrupción funcional han hecho fracasar la aplicación de medidas alternativas a las penas privativas de libertad<sup>81</sup>.

## 5. El catálogo de penas en el Proyecto 1989

El Proyecto ha considerado tres clases de penas: privativa de libertad, limitativas de derechos y multa (art. 33). La penas limitativas de derechos comprenden a su vez tres tipos de sanciones: prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación (art. 35).

Tanto la organización como la calificación de las distintas penas ha sido inspirada en el código penal brasileño de 1984 (arts. 32 y 43).

Con relación al catálogo punitivo del proyecto de 1986 (art. 49), el legislador ha suprimido la pena de expatriación. Decisión correcta por constituir la expatriación una pena contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, el art. 22.5 del Pacto de San José señala que "Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo". Esta disposición fue ratificada por nuestra Constitución<sup>82</sup>, por tanto tiene plena validez<sup>83</sup>.

En lo que respecta a medidas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración, el proyecto del 1989-90 es bastante innovador y muy superior a sus antecesores. Ya que conjuntamente con la condena condicional y la conversión de penas, medidas contenidas en el Proyecto de 1986<sup>84</sup>, la nueva propuesta incorpora la reserva de fallo condenatorio y la exención de pena (arts. 65 y 71). Estas últimas medidas tienen por modelo el Proyecto español de 1983 (art. 74) y el Código Portugués de 1982 (art. 75.1).

Ahora bien, complementando el sistema de penas del proyecto 1989-90 es necesario destacar tres importantes decisiones legislativas. En primer término la adopción de un nuevo sistema para el computo de la detención preventiva en la pena impuesta (art. 52). Lo trascendente de esta innovación estriba en que se faculta al juez para considerar el doble de días de detención en la pena impuesta, cuando la reclusión preventiva se prolonga por más de un año<sup>85</sup>.

En segundo lugar, el proyecto ha incorporado la co-culpabilidad, la diferencia cultural y los intereses de la víctima como premisas que orienten al juez en la fundamentación y determinación de la pena (art.

---

<sup>77</sup> Cfr. Claus Roxin. La Reforma del Derecho Penal, en *Iniciación al Derecho Penal de Hoy*. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1981, p. 69 y ss. Ver arts. 40 y ss. del Proyecto Alternativo Alemán.

<sup>78</sup> Ese fue el caso de la "Conversión de Sanciones" prevista en los arts. 80 y 81 del Código Penal Tipo.

<sup>79</sup> En ese sentido la segunda de las Disposiciones Transitorias y Finales de la versión de julio de 1990.

<sup>80</sup> Esta actitud de limitar la esfera de aplicación de beneficios a la criminalidad mayoritaria, so pretexto de su "excesiva peligrosidad" es injustificada y contradictoria. Más aún, hipócrita en lo ideológico, si se tiene en cuenta que los beneficios penales se suelen también ofrecer a la misma "criminalidad peligrosa" vía el "derecho penal premial". Sobre las arbitrariedades del simbolismo penal vease: Helga Cremer-Schäfer y Heinz Steinert. *Symbolische und Instrumentelle Funktionen des Strafrechts*, en *Neue Kriminalpolitik*. No. 3, 1989, p. 26 y ss.

<sup>81</sup> Empíricamente esto ha sido comprobado por Alejandro Solís Espinoza en la concesión de los beneficios penitenciarios a los de las cárceles del país. Cfr. CDIJ. Diagnóstico Integral del Sistema Judicial Penal en el Perú. CDIJ. Lima, 1989, p. 329.

<sup>82</sup> Cfr. Daniel O'Donnell. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. comisión Andina de Juristas. 1ra. Ed. Lima, 1988, p. 210 y ss.

<sup>83</sup> Cfr. la Decimosexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979.

<sup>84</sup> Cfr. Proyecto de abril de 1986, arts. 64 y 69 y 72 a 75.

<sup>85</sup> Esta disposición ha sido tomada del Proyecto Argentino de 1987, presentado por los diputados Nestor Perl y Oscar Sappiano (Art. 23). Véase el Proyecto citado en *Revista de Derecho VOX-JURIS* No. 1, 1989, p. 245 y ss.

SO.). Es indudable que tales criterios permiten una dosificación penal más adecuada a las características particulares del hecho y de su autor<sup>86</sup>. Además un reconocimiento expreso de la culpabilidad es muy justo y oportuno en la actual coyuntura de crisis socio-económico que sufre nuestra población. Como enfatiza Zaffaroni: "Reprochar con la misma intensidad a personas que ocupan situaciones de privilegio y a otras que se hallan en situación de extrema pobreza es una clara violación al principio de igualdad correctamente entendido, que no significa tratar a todos por igual, sino tratar igual a quienes se encuentran en igual situación. la carga del reproche que debe restársela a quien padece de una carencia social, debe cargarla la sociedad que motiva esa conciencia y no el carenciado que no puede proveer a su superación (p. 83). Este es el fenómeno que en las últimas décadas se denomina co-culpabilidad, pero cuyos antecedentes se remontan al pensamiento penal pre-revolucionario francés y a las sentencias de Magnaud (sic). No puede olvidarse que la co-culpabilidad es la forma de introducir un mínimo de justicia en el ámbito de la cuantificación penal. En consecuencia, es de primordial importancia, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, la introducción de esta variable en forma que el reproche de culpabilidad pueda fundarse en un dato real y no en una mera ficción jurídica, que no hace más que encubrir el privilegio,"<sup>87</sup>.

Y en tercer lugar, el legislador eliminó las disposiciones relativas a la reincidencia y habitualidad. Rezagos positivistas que habían logrado pasar del Código del 24 a los proyectos de 1984, 1985 y 1986, y que motivaron duras críticas por su abierta contradicción con el postulado constitucional del non bis in idem<sup>88</sup>.

En líneas generales el sistema de penas del proyecto de 1989 es una alternativa muy esperanzadora, sobre todo para racionalizar mejor la respuesta penal a los delitos de escasa y mediana gravedad. Por ello al igual que Pereira Dos Santos, al comentar las penas del Código brasileño que tanto ha influenciado en el proyecto peruano, debemos "Alabar, por todo, las innovaciones que esta nueva Parte General de Código Penal nos presenta, y el espíritu despenalizador que la recorre. Alabamos y aplaudimos la determinación de obviar la contaminación y promiscuidad del medio carcelario..."<sup>89</sup>.

El cuadro siguiente esquematiza las distintas penas contenidas por el Código de Maúrtua, los Proyectos oficiales de 1986 y 1989, y el Proyecto del Profesor Hurtado.

#### **(p. 85) 6. La pena privativa de libertad**

Como ha sostenido García Méndez, la pena privativa de libertad no sólo está en crisis, sino que ha perdido legitimidad. Ha fracasado como instrumento de control social. Ya sea ejecutándola en las mejores condiciones posibles (países europeos) o en las peores condiciones (países latinoamericanos), los resultados han sido siempre negativos. Nuestro país no ha sido la excepción a tan nefasto y paradójico destino. Es más, la prisión en el Perú se ha convertido en el indicador más degradante en las carencias sociales y políticas de nuestro tiempo<sup>90</sup>.

No se equivoca Hurtado cuando sostiene que la promulgación del Código de 1863 y la construcción de la Penitenciaría Central de Lima, han sido los más serios esfuerzos desplegados por el Estado para organizar un sistema penitenciario eficiente<sup>91</sup>. Ya que de aquel entonces a la fecha la situación de nuestras cárceles ha ido deteriorándose de modo permanente, sin que ningún gobierno ¡raya aplicado medidas adecuadas para superar los problemas que le afectan. Razón por la cual en distintas épocas los estudiosos nacionales como Modesto Villavicencio, Marino Lahura, Altmann Smythe y Vega Santa

---

<sup>86</sup> Fuente de esta decisión también lo es el Proyecto Argentino de 1987 (Art. 46, incs. 1 y 4).

<sup>87</sup> Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe Final). Depalma. Buenos Aires, 1986, p. 59 y 61.

<sup>88</sup> En la exposición de motivos se menciona que "carece de lógica, humanidad y sentido jurídico del incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de uno o más condenas precedentes, por lo demás, debidamente ejecutadas. Dentro de este razonamiento, castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos precedentes cuyas consecuencias penales ya ha satisfecho. conlleva una violación del principio non bis in idem (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito)". Proyecto de abril de 1990 ps. 17 y 18.

<sup>89</sup> Gérson Pereira dos Santos. Inovações do Código Penal. Editora Saraiva. Sao Paulo, 1988, p. 90.

<sup>90</sup>

<sup>91</sup>

Gadea han demandado con insistencia una reforma total de la ejecución penal<sup>92</sup>. Sin embargo, las escasas transformaciones practicadas (**p. 86**) siempre quedaron en un plano formal o se vieron frustradas por la desidia burocrática o la crisis financiera del Estado. Este es el caso de los proyectos de reforma penitenciaria auspiciados por el Sector Justicia, en los inicios de la década de los años 80<sup>93</sup>.

En la actualidad y pese a existir un Código de Ejecución Penal inspirado en la ideología del tratamiento y el humanismo, la pena privativa de libertad se ejecuta en ambientes donde reina la anarquía, la promiscuidad, la explotación, la enfermedad y el hambre. Realidad tan cruel que convierte en sádica ironía las aspiraciones de reinserción social proclamadas en el artículo 234 de la Constitución y en el artículo 1 del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal.

Otro hecho que caracteriza a las cárceles del país, es que ellas están hacinadas por "presos sin condena", los cuales suman alrededor de más del 70% de la población penal nacional<sup>94</sup>.

Ahora bien, la situación que impera en nuestro medio carcelario no es muy diferente de la que se constata en otros países<sup>95</sup>. Por ejemplo, en España, de donde hemos recepcionado los artículos 234 de la Constitución y 1 del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, la realidad es muy semejante. Razón por la cual Muñoz Conde sostenía que: "El establecimiento penitenciario tradicional tal como hoy existe y tal como en parte se concibe en la Ley General Penitenciaria..., no es, desde luego, el lugar idóneo para la terapia social y el tratamiento. Más bien sucede lo contrario, fomenta la delincuencia y produce la desocialización de las personas que en ellos entran"<sup>96</sup>.

**(p. 87)** No obstante y pese a la proclamada crisis de la prisión, en el derecho extranjero se suele aceptar con resignación que la pena privativa de libertad es todavía necesaria. Y que, por tanto, aún queda cárcel para rato. Sin embargo, la alternativa del presente debe situar a la prisión como última ratio y promover todas las medidas posibles de reduccionismo penal. En ese sentido Baratta, luego de enfatizar el fracaso de la pena privativa de libertad y de los centros penitenciarios, asume como objetivo mediato su abolición y como objetivo inmediato bloquear en lo posible su aplicación. Según el profesor italiano: "Derribar los muros de la cárcel tiene para la nueva criminología el mismo significado pragmático que el derribar los muros del manicomio para la nueva psiquiatría. Múltiples y políticamente diferentes son las fases de acercamiento a este objetivo. Ellas están constituidas por la ampliación de las formas de suspensión condicional y de la libertad condicional, de la introducción de formas de ejecución de la pena de detención en régimen de semilibertad, de los experimentos valorosos y de extensión de sistemas de permisos, a una reevaluación en todo sentido del trabajo carcelario"<sup>97</sup>.

Es de reconocer que tal ha sido el temperamento del Proyecto de 1989-90, en torno a la pena privativa de libertad. Al menos, así lo dice su exposición de motivos<sup>98</sup>, pero establecer como máximo de la pena 25 años desde mucho de un consecuente afán jincitador de la prisión.

En todo caso el límite propuesto es menor a los 30 años que establecían los documentos de 1984 y 1985<sup>99</sup>. Cabe señalar que sólo el proyecto alternativo que presentó el profesor Hurtado, consideró un

---

<sup>92</sup>

<sup>93</sup> Cfr. Felipe Osterling Parodi. En Justicia Col. Lima, p. 49 y ss.

<sup>94</sup> Cfr. José María Salcedo. Prisiones Peruanas... Ob. cit., p. 60 y ss; Instituto Nacional Penitenciario. Anuario Estadístico Penitenciario. Oficina de Estadística. Lima, 1988, p. 21 y ss.

<sup>95</sup> Sobre las características y problemas de los sistemas penales latinoamericanos véase: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe Final). Editorial Depalma. Buenos Aires, 1986.

<sup>96</sup> Francisco Muñoz Conde. La prisión como problema: Resocialización versus desocialización, en Derecho Penal y Control social. Ob. cit., p. 16. En términos semejantes se expresa Roberto Bergalli. Los Rostros Ideológicos de la Falsía Resocializadora: El Debate en España, en Doctrina Penal, 1986, p. 584 y ss.

<sup>97</sup> Alessandro Baratta. Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la Producción de las Relaciones Sociales de desigualdad, en Nuevo Foro Penal No. 15, 1982, p. 747.

<sup>98</sup> "La Comisión revisora, a pesar de reconocer la potencia criminogena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad" (Exposición de Motivos. Proyecto Revisado de Julio de 1990, p. 12).

<sup>99</sup> Cfr. Proyecto de octubre de 1984, art. 48; Proyecto de agosto de 1985, art. 51.

límite máximo de 20 años. Propuesta que sin ser lo **(p. 88)** ideal era más adecuada a los principios de humanidad y de proporcionalidad<sup>100</sup>. Ya que como señala un informe del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: "No puede sostenerse que una privación de libertad tenga los fines prescritos en la Convención Americana cuando está claro que provoca un deterioro psíquico irreversible. Simplemente, pasado cierto límite, se convertirá en una forma de inutilizar a una persona, es decir, una pena física o corporal. No sería tolerable ante la opinión pública que el deterioro se lo provoque mediante neurosis eléctrica de tejido nervioso, pero es más disimulado cuando lo provoca mediante una institucionalización deteriorante. Creemos que no es necesario insistir en lo que estos límites altos significan desde el punto de vista de los Derechos Humanos, luego de esta reflexión (sic). Como resultado de lo expuesto recomendamos el establecimiento de límites máximos de privación de libertad que no excedan de aproximadamente veinte años"<sup>101</sup>. En todo caso, como plantea Zaffaroni es menester que en la parte especial el legislador no fije de modo tasado penas de 25 años. Sino que siempre permita un margen de individualización al juez, por ejemplo sancionar los delitos graves (homicidios calificados) con un mínimo de 15 años y con un máximo de 25 años de privación de libertad<sup>102</sup>. En síntesis, pues, lo único trascendente del Proyecto 1989-90, en lo que a pena privativa de libertad se refiere, es la unificación. Decisión legislativa reclamado por la doctrina y puesta en práctica desde los Proyectos precedentes<sup>103</sup>.

### **(p. 89) 7. La pena de multa**

Según Hurtado: "La multa, pena pecuniaria, consistente en la obligación de pagar cierta suma de dinero, para reprimir la comisión de una infracción, ocupa un lugar preponderante en el arsenal punitivo de los países europeos. Dos causas han condicionado su desarrollo. La primera, de naturaleza social, es la prosperidad económica alcanzada por las llamadas sociedades de consumo. La segunda es más bien ideológica: La firme convicción de los penalistas de anular los efectos nefastos de las penas cortas de libertad"<sup>104</sup>.

La pena de multa posee una larga tradición en el derecho penal nacional. Es así que ya en la Ley de Imprenta de 1823 se establecían penas pecuniarias tasadas y porcentuales en los artículos 18 y 19. El Código de Santa Cruz (arts. 83 a 85) y el Código de 1863 (art. 53)<sup>105</sup> también la incluyeron en sus catálogos de sanciones. Y como se ha señalado anteriormente, el derecho penal nacional fue de los primeros en introducir en Latinoamérica el práctico sistema de días-multa. Sistema ideado por el sueco Johan Thyrem con antecedentes en el Código Brasileño de 1830<sup>106</sup>, y que es el que actualmente predomina en la legislación extranjera<sup>107</sup>. El legislador peruano lo incluyó inicialmente en el Proyecto de

---

<sup>100</sup> Cfr. Proyecto Hurtado de 1989, art. 36: "la pena privativa de la libertad tendrá una duración mínima de dos días y máxima de veinte años".

<sup>101</sup> Instituto Interamericano de derechos Humanos. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final). Ob. cit., ps. 69 y 70. Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. Comentarios al Proyecto... Ob. cit., p. 34.

<sup>102</sup> Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. La Parte General del Proyecto de Código Penal, en Política Criminal. Presupuestos Científicos... Ob. cit. p. 46. la Parte Especial del Proyecto Revisado de julio de 1990 se ha inclinado por tal sugerencia para la represión cae los homicidios calificados (Véase arts. 108 y 109).

<sup>103</sup> Sólo el Proyecto de Miembro de 1984 mantuvo la pluralidad de penas privativas de libertad. En dicho documento se consideraron dos sanciones: el internamiento (art. 17) y la prisión (art. 18).

<sup>104</sup> José Hurtado Pozo. L'amende, en *Revue Pénale Suisse*,. Tome 102, 1985, Fasc. 1, p. 105.

<sup>105</sup> Cfr. Víctor Prado Saldarriaga. El sistema de Días-Multa ... Ob. cit. p. 6.

<sup>106</sup> Según Manzanares Samaniego: "Con la concepción escandinava disponemos de una multa en la que no se mezclan la antijuricidad y la culpabilidad, por una parte, y el desahogo material del reo, por otra. la cuantía de la multa se convierte en resultado de los actos distintos se realicen o no, en diversos momentos procesales. En el Primero, al que corresponde la verdadera medida de la Pena, se fija el número de cuotas, con el mismo criterio que si una privación de libertad se tratase. En el segundo -donde solo se busca ya la igualdad de incidencia real sobre sujetos económicos desiguales- la cuota se individualiza atendiendo en sentido amplio, a esos particulares condicionamientos patrimoniales" (José Luis Manzanares Samaniego. Las penas patrimoniales en la propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, en *Documentación Jurídica* No. 37140, 1983. Vol 1, p. 234).

<sup>107</sup> La aplicación de los días multa conoce dos modalidades. la de cuotas diarias y que es la que rige en el Código Peruano de 1924 (art. 20), en el Código Penal Tipo para Latinoamérica, (art. 45) y en el Código Brasileño de 1984 (art. 49). la otra modalidad es la de cuotas semanales, quincenales o mensuales, con montos mínimos y máximos que es utilizada por el Proyecto Alternativo Alemán (art. 49) y Proyectos españoles de 1980 (art. 55) y de 1983 (art. 45). El Código Penal Austríaco combina ambos estilos (art. 19).

1916 (arts. 22 al 26) y lo mantuvo luego en el Código de 1924 (arts. 20-25) (**p. 90**). Al respecto Maurtua sostuvo que "La organización de la pena de multa en el proyecto es excelente. La principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que extrañaba cuando se imponía el pago en cantidad determinada a personas de diferente condición económica. El proyecto establece que la multa corresponde a la renta probable del condenado desde dos días hasta tres meses. Se considera como renta lo que obtuviere el condenado cada día por bienes, empleo, industria o trabajo. No se obligará al condenado a pagar la multa de una sola vez con gran quebranto de sus necesidades o de las de su familia. El juez fijará un plazo prudencial para el pago y podría autorizar también a realizarlo por partes"<sup>108</sup>. Cabe señalar que el abandono de la fuente helvético en este tema fue una decisión acertada<sup>109</sup>.

Ahora bien, al margen de sus bondades político-penales y técnicas la pena de multa no ha cumplido un rol importante en el país. Varios factores han determinado este fracaso. Pero el principal se relaciona con la baja renta per-capita de nuestra población y con el galopante proceso inflacionario, consecuencias negativas del subdesarrollo y de la crisis económica que cíclicamente agobia a la sociedad peruana, y que restan idoneidad y eficacia a la pena pecuniaria. En este sentido, se afirma que " un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de penas y fomentar las penas privativas de libertad"<sup>110</sup>.

Asimismo se ha señalado la escasa inclinación de los jueces nacionales a aplicar penas de multa, por entender que dicha sanción es de naturaleza leve<sup>111</sup>. También ha coadyuvado a que esta pena sea relegada, su distribución poco equitativa en la penalización legal de los delitos y la ampliación de la condena condicional hasta dos años de pena privativa de libertad. Esto último ha determinado que la pena de multa pierda funcionalidad como alternativa al control de las penas cortas privativas de libertad.

**(p. 91)** Finalmente, lo reducido de sus límites legales, no más de noventa días-multa, ha motivado que en su afán represivo el legislador incorpore otras formas de aplicación de la sanción pecuniaria, como la porcentual para el delito de contrabando<sup>112</sup> y la de los sueldos mínimos vitales para los delitos económicos y de narcotráfico<sup>113</sup>. Esta actitud del legislador era a todas luces innecesaria, ya que el párrafo inicial del artículo 20 permitía que la ley estableciera límites más severos sin desnaturalizar el procedimiento de los días-multa.

La reforma penal ha mantenido en lo esencial las características de la pena de multa contenidas en el código de 1924. En todo caso, las diferencias que se perciben entre el derecho vigente y el proyectado se relacionan con los límites de la pena (los cuales son generalmente ampliados en cada Proyecto), con la definición de porcentajes mínimos cuando el delincuente no posee otra renta que la derivada de su trabajo, con el señalamiento de plazos para el cobro de la multa, con la posibilidad de que penas privativas de libertad puedan ser convertidas en penas de multa y con nuevas alternativas que incluyen la utilización de la vía ejecutiva para los casos de no pago de la multa<sup>114</sup>. Es de destacar que varias de estas innovaciones tiene por fuente al Código Penal Tipo para Latinoamérica (arts. 45, 48, 80).

En el Proyecto de 1989-90, la pena de multa aparece regulada en los artículos 46 a 50. El artículo 46 define la sanción como una obligación de pagar al Estado una suma de dinero que debe ser señalada en base al sistema días-multa<sup>115</sup>. Esto es, multiplicando el número de días por la cuota promedio de renta del condenado en un día la cual se define sobre la base de los ingresos y egresos (**p. 92**) (cargas

---

<sup>108</sup> Código Penal. Versión oficial. Op. cit., p. 159.

<sup>109</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. l'amende. Ob. cit., p. 75 y ss.

<sup>110</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Ob. cit., p. 77; Edgar Saavedra Rojas. Las Penas Pecuniarias, en Derecho Penal y Criminología No. 21, 1983, p. 319.

<sup>111</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. Die Freiheitsstrafe un ihre Surrogate... Ob. cit., p. 1600.

<sup>112</sup> Cfr. Ley 24939, art. 12.

<sup>113</sup> Cfr. D. Leg. 123, arts. 1 al 4; D.L. 22095 (Mod. D. leg. 122), art. 61.

<sup>114</sup> Cfr. Proyecto de octubre de 1984, arts. 49 a 52; Proyecto de agosto de 1985, arts. 62, 65, 67, 68; Proyecto de abril de 1986, arts. 61, 66, 67.

<sup>115</sup> Sobre la operatividad de este sistema véase Nota No. 1 06; José Hurtado Pozo. l'amende. Ob. cit., p. 84ss.

de familia, manutención, etc.) que este posee<sup>116</sup>. Tratándose de un procesado que sólo tiene como renta su salario, el Proyecto estatuye que el monto de la multa debe fijarse en base a dicho salario y en una proporción que no represente ni menos del 25 por ciento ni más del 50 por ciento del salario (art. 47). Esta decisión nos parece más equitativa que la prevista en el art. 20 in fine del Código vigente. Sin embargo, el Proyecto no se plantea, al menos de modo expreso, el caso del desocupado. Creemos que dicho vacío puede resolverse en base al salario mínimo vital y a los márgenes que señala el art. 40. Tanto el Proyecto 1985 como el de 1986 consideraron también iguales porcentajes del salario del condenado<sup>117</sup>. El Proyecto Hurtado estableció que el importe de la multa debería partir, en todo caso, del salario mínimo vital. Según el artículo 37 de dicha propuesta, el monto de la multa no debería ser ni menos del 20 % ni mayor a 10 veces dicho salario mínimo. una fórmula semejante adopta el Código brasileño (art. 49, 1).

Ahora bien, el artículo 46 del Proyecto 1989-90 destina la multa a un fondo de asistencia para las víctimas del delito y de los procesados absueltos. Esto es, a un fin de resarcimiento que debe ser regulado legalmente. De momento estos fondos son administrados por el Consejo local del Patronato (arts. 403 y 404 del C.P.) y rara vez benefician a los damnificados por el delito.

El Proyecto que comentamos reduce sensiblemente los límites de la pena de multa. El artículo 48 señala como mínimo lo días-multa y como máximo 365 días-multa. Como se recordará el Proyecto de 1986 fijaba en 30 y 3,000 días multa los márgenes inferior y superior de la pena<sup>118</sup>. No obstante, es de señalar que se prevé que la ley pueda establecer márgenes distintos. Por ejemplo, para reprimir delitos económicos o narcotráfico. lo que no está del todo (**p. 93**) claro es si pueden establecerse otras formas de multa (sueldos mínimos vitales), pensamos que ello es posible pero no es lo técnico.

En lo que concierne al pago de la multa, el proyecto dispone que debe ejecutarse dentro de los diez días siguientes de pronunciada la sentencia (entendemos que el legislador se refiere a una resolución firme). Asimismo que de modo especial y cuando las circunstancias lo justifiquen, se podrá autorizar el pago en cuotas mensuales. El problema aquí es hasta cuando podría prolongarse dicho pago mensual. Y teniendo en cuenta el proceso inflacionario que vive el país, cómo definir el monto de las cuotas, de manera que la pena no pierda su sentido represivo ni que sea desnaturalizada. Al respecto nada ha previsto el Proyecto<sup>119</sup>.

En otros países tales dificultades han sido allanadas con sumo pragmatismo. Por ejemplo el Código brasileño señala que "O valor da multa será atualizado quando da execuao, pelos indices de correao monetaria" (art. 49, 2). Y el Código portugués resuelve que el pago en cuotas no puede exceder de dos años (art. 46). Entre nosotros, el Proyecto Hurtado parece inclinarse hacia vías similares: "De acuerdo a la situación personal del condenado, el juez podrá autorizar el pago en cuotas mensuales. En este caso, el juez podrá fijar un plazo mayor a tres meses. El monto de la multa será siempre actualizada de acuerdo a la tasa de interés vigente" (Art. 38). Según el párrafo inicial del artículo propuesto por Hurtado, el plazo límite sería de tres años. Nos parece que en base al planteamiento precitado, pero limitando el periodo de pago en cuotas a dos años, el vacío del actual proyecto sería superado.

Otro aspecto novedoso del Proyecto de 1989-90, es el tratamiento que reserva para quien no paga la multa (art. 49). En primer lugar, es de destacar que el proyecto ha eliminado la conversión de la multa no pagada en caso de insolvencia del condenado, lo cual implica evitar una "prisión por deudas"<sup>120</sup>. Sin embargo, la alternativa en estos casos es la conversión de la pena pecuniaria en jornadas de prestación de servicios a la comunidad. Esta opción es bastante frecuente en el derecho extranjero y

---

<sup>116</sup> Al respecto es interesante la alternativa que ofrece el artículo 18.4 del C.P. Austríaco. Y que posibilita que el monto de la multa pueda ser reajustado, si cambia la situación económica del condenado, de modo que ya no puede pagarla. Sin embargo, la Ley excluye de esta opción al condenado que provoca dolosamente su insolvencia. El Proyecto español del 83 plantea una opción semejante (art. 47).

<sup>117</sup> Cfr. Proyecto de agosto de 1985, art. 62; Proyecto de abril de 1986, art. 61.

<sup>118</sup> Cfr. Proyecto de abril de 1986, art. 61 in fine. En el Código de 1924, el límite máximo era de 90 días. El Código brasileño contempla como máximo de la pena los trescientos días multa (art. 46.1).

<sup>119</sup> El Proyecto de octubre de 1984 sin señalar un límite expreso, mencionaba que el beneficio del pago en partes de la multa, podía ser revocado si mejoraba la situación económica del condenado (art. 50, 2°. Pf). En los otros proyectos tampoco se especifica plazo límite para el pago en partes de la multa.

<sup>120</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. la Condena Condicional, en Derecho No. 31, 1973, ps. 66 y 67; Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Sistemas Penales y Derechos Humanos ... Ob. cit., p. 77 y 78.

mucho más justa que la planteada por el artículo 24 del actual código<sup>121</sup>.

La versión del Proyecto publicada en setiembre de 1989 establecía que la sustitución se haría en proporción de un día-multa por una jornada de prestación de servicios. Por su parte el Proyecto Hurtado señalaba un día-multa por 4 horas de prestación de servicios a la comunidad (art. 38, 3 pf.). Pero la versión del Proyecto publicada en el Diario Oficial "El Peruano", en julio de 1990, ha superado ambos porcentajes al señalar que una jornada de servicios equivale a 7 días de multa (art. 49, 2o. pf.).

Tratándose de un condenado renuente o contumaz al pago de la multa, el Proyecto 1989-90 planteaba la conversión en prisión y la obtención del pago por vía ejecutiva. La conversión se haría a razón de un día de prisión por cada día-multa (art. 49 ab initio). Criterio similar sostenía el Proyecto de 1986 (art. 66). Ahora bien, tal alternativa viola el principio del "Non bis in idem". Ya que se somete al condenado a una doble sanción: privación de libertad y multa. Esta situación fue inicialmente advertida por la propuesta Hurtado, la cual optó por diferenciar situaciones. Tratándose de un solvente moroso se aplicaría la vía ejecutiva (art. 38 in fine). Y en el caso del solvente contumaz al pago se aplicaría la conversión en prisión (art. 39). Por su parte la versión revisada de julio de 1990 sin diferenciar razones del no pago se decidió por plantear una vía doble: "Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado" (art. 49 ab initio). **(p. 95)** Esta decisión al incluir al solvente moroso puede resultar también equivalente a una prisión por deudas, la que se considera contraria a los postulados humanistas<sup>122</sup>.

En cuanto a los alcances de la condena condicional, el proyecto no ha considerado a la multa (art. 60). Sólo la propuesta Hurtado considera a la pena pecuniaria como susceptible de tal beneficio (art. 58).

Para culminar es de mencionarse que la pena de multa puede sustituir a una pena privativa de libertad no mayor de tres años. Lógicamente cuando no ha sido posible aplicar otro beneficio (Condena Condicional o reserva de fallo). En este supuesto regirá la equivalencia de un día-multa por cada día de privación de libertad sustituida (art. 37). Como se ha mencionado anteriormente la conmutación de la pena privativa de libertad por multa fue tomada del Código Penal Tipo para Latinoamérica (art. 80). Esta disposición, aun cuando sea subsidiaria, refleja con claridad la función de la pena pecuniaria para el bloqueo de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración. Tendencia que con estilo propio introdujeron los Proyectos alemanes de 1962 (art. 53) y el Alternativo de 1966 (art. 50).

## **8. Las penas limitativas de derechos**

En principio, todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. La pena privativa de libertad y la multa limitan el ejercicio de los derechos de libertad y de propiedad. No obstante, cuando se habla de penas "limitativas" las sanciones aludidas son las que no afectan la libertad, sino otros derechos como el del ejercicio profesional o de la participación en la vida política del país. En ese sentido, el prototipo de las penas limitativas de derechos es la inhabilitación. Así lo entendían, por ejemplo, los proyectos españoles de 1980 (art. 44) y de 1983 (art. 38). No obstante, en muchos otros Códigos tales penas son calificadas de accesorias<sup>123</sup>. **(p. 96)**

Únicamente la reforma penal brasileña introdujo un cambio en la estructura sistemática y en el rol funcional de tales sanciones. Es así que tanto en el proyecto de 1983 (art. 43) como en el código de 1984 (art. 32), las "penas restrictivas de directos" incluyeron conjuntamente con la inhabilitación otras medidas punitivas: la "prestação de servicios 5 comunidades y la "limitação de fin de semana". Luego el legislador peruano, vía el Proyecto de 1985, incorporó en nuestra reforma tales innovaciones (art. 56). Las mismas que se han mantenido en los proyectos de 1986 (art. 55) y de 1989 (art. 35).

Ahora bien, con las nuevas penas limitativas de derechos el codificador brasileño procuraba reforzar el arsenal de medidas alternativas a las sanciones privativas de libertad de corta duración. Decisión que ha sido acogida con entusiasmo por los especialistas<sup>124</sup>. Según Ariel Doti: "Son notables las

---

<sup>121</sup> Cfr. José Hurtado Pozo. *l'amende*, Ob. cit., p. 98 y ss. Los proyectos de agosto de 1985 (art. 67, 2°. Pf) y de abril de 1986 (art. 66, 2°. Pf) contenían disposiciones similares. En el proyecto de octubre de 1984 la conversión era facultativa (art. 51).

<sup>122</sup> Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Sistemas Penales y Derechos Humanos ...* Ob. cit., p. 78.

<sup>123</sup> Así por ejemplo en el Código Penal Portugués, Arts. 65 a 69; y, en el Código Penal Austríaco, art. 27.

<sup>124</sup> En ese sentido: Francolino Neto. *Penas restrictivas de Direitos na Reforma Penal*, en Bahía Forense Vol. 25, 1985, p. 55 y ss; Valdir Sznick. *A Pena de Trabalho e suas características*, en Justicia Vol. 130, 1985, p. 65 y ss;

perspectivas que ahora se abren en cuanto a las penas restrictivas de derechos y a la pena de multa. En cuanto a las primeras, la prestación de trabajo en favor de la comunidad, la interdicción de derechos y la limitación del fin de semana, traducen los intereses de defensa social y las exigencias de la comunidad jurídica que desde hace muchos años viene sustentando la necesidad de adopción de alternativas para la pena privativa de la libertad cuando el hecho fue de menor gravedad, o las condiciones personales de su autor así lo recomiendan. Tales penas, por tanto, son necesarias y suficientes para prevenir y suprimir el crimen y no trazan la marca de degradación social como ocurre con la prisión. Todo lo contrario, identificándose con el sentido democrático de la pena criminal moderna, las restricciones de derecho contribuyen decisivamente para que no se margine al condenado y para que la sanción penal sea también utilitaria"<sup>125</sup>.

Un criterio político-criminal, semejante al desarrollado por la reforma brasileña, fue asumido por el legislador nacional quien, incluso **(p. 97)**, concedió a las penas limitativas de derechos la posibilidad de sustituir penas privativas de libertad de hasta tres años (Proyecto de 1989-90, art. 36). En Brasil, tal facultad conmutativa sólo es posible para el caso de delitos culposos (art. 44 in fine de C.P.B.).

A pesar que es positiva su inclusión en el Proyecto de 1989-90, las penas de prestación de servicios a la comunidad (art. 38) y de limitación de días libres (art. 39) tienen en realidad un futuro incierto. En lo esencial, porque el legislador se ha limitado sólo a la descripción de las características y extensión de cada una de ellas. Dejando a la normatividad especial o administrativa lo referente a su organización y ejecución. Por tanto de promulgarse el Proyecto el efecto inmediato de las nuevas penas sería casi nulo, quedando únicamente la posibilidad de que ellas puedan servir para la concesión de otras medidas como la reserva del fallo condenatorio (art. 66, inc. 2º). Esto último sólo en la medida de la frecuencia que el legislador otorgue a aquellas sanciones en la represión legal de los delitos. Cosa que de momento es todavía poco transparente. En Brasil, esta situación no se dio porque paralelamente a la reforma del Código Penal ocurría la del Código de Ejecución Penal. Y justamente en esta normatividad de ejecución se fijaron los procedimientos de aplicación y supervisión de las penas de servicios a la comunidad y de limitación de fin de semana.

### **8.1. La inhabilitación**

Se ha discutido mucho acerca de la naturaleza jurídica de la inhabilitación. Para algunos se trata de una pena, y para otros de una medida de seguridad<sup>126</sup>. No obstante, en nuestro medio, ha sido siempre calificada como pena<sup>127</sup>. Posición que ha sido mantenida también durante todo el proceso de reforma<sup>128</sup>. **(p. 98)**

Es indudable que el privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos es en esencia una alternativa punitiva, que no puede ni debe ser dejada de lado, particularmente cuando el delito cometido comporta un abuso ostensible de un derecho o facultad o atribución (por ejemplo, en los casos de delitos contra los deberes de función o profesión)<sup>129</sup>. En tal sentido, pues, no le negamos utilidad político-criminal a la pena de inhabilitación. Lo que sí resulta discutible, es la oportunidad y los alcances materiales de dicha sanción. En el Perú, se presenta en relación con las denominadas "inhabilitación absoluta" o "inhabilitación perpetua" o con la "inhabilitación accesoria" de penas privativas de libertad. Clasificación de origen hispánico y que prevalece en el Código vigente (arts. 27 a 36) y en los Proyectos de 1984, 1985 y 1986<sup>130</sup>.

---

Gerson Pereira dos Santos. *Inovacoes do Código Penal*. Ob. cit., 87 y ss; José Henrique Pierangelli. *Las Penas y su Ejecución en el Nuevo Código Penal*, en *Debate Penal* No. 5, 1988, p. 383 y ss.

<sup>125</sup> Rene Ariel Doti. *A Crise da execução penal e o papel do Ministério Público*, en *Justicia* Vol. 129, 1985, p. 53.

<sup>126</sup> Cfr. José Luis Manzanares Samaniego. *Las Inhabilitaciones y Suspensiones en el Proyecto de Código Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1981, ps. 41-46.

<sup>127</sup> Cfr. Raúl Peña Cabrera. *Tratado de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 383 y ss. Incluso en el Proyecto de corte positivista de 1927 la inhabilitación aparece en el catálogo de penas del artículo 26; aunque el artículo 284 permitía que la inhabilitación sea accesoria a una medida de seguridad.

<sup>128</sup> Cfr. Proyecto de octubre, de 1984. arts. 47 y 54; Proyecto de agosto de 1985, arts. 57 a 60; Proyecto de abril de 1986, arts. 56 a 60; Proyecto de setiembre de 1989, arts. 40 a 44.

<sup>129</sup> Así el artículo 43 del Proyecto de 1989 y el artículo 44 del Proyecto de 1990.

<sup>130</sup> Cfr. Proyecto de agosto de 1985, art. 58; Proyecto de abril de 1986, art. 57.

Va contra todo principio humanista condenar a un hombre a una especie de "muerte civil", al imponerle una incapacidad total y de por vida para el ejercicio de sus principales derechos económicos, sociales, familiares y políticos. De otro lado, es absurdo pretender la reinserción social de una persona en tales condiciones. Pero no sólo eso, también el Estado, vía la inhabilitación, suele apropiarse de las pensiones y emolumentos del inhabilitado. Lo cual, en el presente, carece de toda ética y constitucionalidad. En todos estos supuestos la inhabilitación asume un rol infamante que no se acomoda al temperamento de nuestro tiempo<sup>131</sup>.

Pues bien, todos esos defectos y despropósitos acompañan a la inhabilitación como componente de nuestro sistema de sanciones. Ante esto, el Proyecto de 1989-90 adecua y limita los alcances de dicha pena a los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho, particularmente a los postulados de necesidad, proporcionalidad y resocialización.

La intención del legislador ha sido, por tanto, reorientar la inhabilitación de modo que sea funcional a su utilidad preventiva. Reconociendo, tal como lo hace Manzanares Samaniego, que el **(p. 99)** valor intimidatorio de la inhabilitación corre parejo con el retributivo: "muy variable en la privación de cargos públicos, generalmente nulo en la esfera electoral, e importante en el ejercicio profesional. Carecen por completo estas sanciones de eficacia correctora o resocializadora. Es en el área del aseguramiento donde las inhabilitaciones o suspensiones pueden desarrollar un gran papel; eso sí, limitado a las sanciones que afectan el ejercicio profesional, incluido aquí, en su caso, el cargo público. Nada se obtiene con indiscriminadas privaciones o incapacitaciones. Lo importante es apartar al peligroso de aquella concreta plataforma profesional que puede instrumentalizarse para delinquir"<sup>132</sup>. Para tal efecto nada mejor que una inhabilitación especial y temporal. Sólo excepcionalmente cabe aplicar una inhabilitación accesoria.

La inhabilitación en el Proyecto de 1989-90 se encuentra regulada en los artículos 41 a 45. El primero de ellos define que incapacidades o suspensiones que pueden imponerse al condenado a título de inhabilitación. Será el juez quien en la sentencia defina la que particularmente se ajusta al delito cometido por el agente. En líneas generales el Proyecto señala las mismas limitaciones contenidas ya en el Proyecto de 1986 (art. 56), modificando únicamente el supuesto referente a la "Cancelación de los despachos de Clase Militar y Títulos, y de Condecoraciones, asimismo la anulación de su legajo en el Escalafón respectivo cuando se trate de Miembros de las Fuerzas Armadas o Fuerzas Policiales"(inc. 80.). El cual considerábamos era infamante y desproporcionado. Razón que nos hizo proponer el texto sustitutorio que ahora figura en el inciso octavo del proyecto 89: "Pérdida de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones, cuando hubieran servido para la realización del delito". En cuanto a la extensión de la pena, el Proyecto de 1989-90 establece que la inhabilitación tiene un mínimo de seis meses y un máximo de cinco años (art. 41). En el Proyecto de 1986 dicha pena podía ser indeterminada o fija hasta 10 años (art. 59). Por su parte el Proyecto Hurtado señala que la duración de la inhabilitación fluctúa entre los tres meses (art. 43) y los 10 años (art. 47) y que también opera como medida de seguridad. Este último Proyecto trata de las incapacidades que produce la inhabilitación en artículos diferentes, lo cual perjudica la claridad, sentido y límites de la sanción<sup>133</sup>.

Una decisión correcta del Proyecto 1989-90 ha sido la eliminación de la desacreditada interdicción civil<sup>134</sup>. Este mismo Proyecto reserva la inhabilitación accesoria para dos casos: cuando el delito cometido ha supuesto en su modus operandi la infracción de un deber o abuso de una atribución o facultad especiales (art.44), y cuando se trata de delitos culposos de tránsito (art. 45). Entendemos que ambos supuestos eran necesarios, dado que el artículo 36 no precisa que las penas limitativas de derechos pueden imponerse accesoriamente. Ahora bien, nos preocupa la extensión y ejecución de la

---

<sup>131</sup> Cfr. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América latina. Ob. cit., p. 79 y ss.

<sup>132</sup> José Luis Manzanares Samaniego. Las inhabilitaciones y suspensiones en el Proyecto de Código Penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1981, p. 44 y 45.

<sup>133</sup> Cfr. arts. 41, 47, 74 y 75 del Proyecto Hurtado de 1989.

<sup>134</sup> Actitud similar tuvo lugar en la reforma española de 1983. Los argumentos técnicos y políticos que avalan dicha decisión han sido claramente expuestos por Fermín Morales Prats (Fundamento Político-Criminal de la Supresión de la Pena de Interdicción Civil, en Revista Jurídica de Catalunya No. 1, 1986, p. 155 y ss.). Según este autor: "la pena de interdicción como sanción operativo con carácter general suponía revestir a la reacción penal de tintes moralistas, y en última instancia a través de la misma se pretendía vehiculizar un ficticio reproche moral de la colectividad en la órbita familiar y patrimonio del condenado" (p. 177).

inhabilitación accesoria. Como se recordará en el código del 1924 se señalaba que si la inhabilitación era "impuesta como accesoria de las penas privativas de la libertad, su tiempo comenzará a correr desde el día de la liberación definitiva del condenado (art. 30). Este criterio hace que la inhabilitación no sea una pena accesoria sino una verdadera pena principal, y que perjudicará la rehabilitación del condenado.

Tal como aparece la inhabilitación accesoria en el Proyecto 1989-90, no cabe duda que ella se cumple en el mismo tiempo que la pena privativa de libertad que opere como sanción principal. En primer lugar, porque siendo "accesoria" le corresponde el destino de la "principal", sin que pueda extenderse más o tener lugar luego de ésta. Segundo, porque en el actual ordenamiento penitenciario el interno conserva intactos sus derechos, salvo los que le sean limitados judicialmente, lo que sólo ocurre vía una pena de inhabilitación accesoria (arts. 1 y 2 del Código de Ejecución Penal). Y **(p. 101)** tercero, porque sólo operando durante la ejecución de la pena principal la inhabilitación accesoria será coherente con la voluntad de hacer inmediata la rehabilitación del condenado al cumplimiento de la sanción, que denota el Proyecto de 1989-90 (art. 73).

Pero, ¿qué ocurrirá en los casos de liberación condicional? La alternativa es simple. En esos casos, la liberación también deberá abarcar a la pena de inhabilitación accesoria y se extinguirá al cumplirse el periodo de prueba. El Proyecto Hurtado asume medianamente una posición semejante (art. 75).

Para culminar, es importante anotar que cierto sector de la doctrina latinoamericana a raíz de las duras experiencias de Argentina, Chile y Brasil demandan que la pena de inhabilitación sea prolongada en los casos de delitos contra la humanidad (desapariciones, ejecuciones extrajudiciales, tortura, etc.) o de graves usurpaciones del poder (golpes de Estado), Y que además, a los autores de tales ilícitos no se les conceda indulto o amnistía<sup>135</sup>. En nuestro medio esta tendencia ha sido expuesta en el proyecto del senador Delgado Barreto sobre delitos de función<sup>136</sup>.

## **8.2. Prestación de servicios a la comunidad**

En lo esencial, como lo admite García Valdez la prestación de servicios a la comunidad no es otra cosa que una variante especial del trabajo correccional en libertad<sup>137</sup>. Actualmente, esta sanción está bastante difundida en la legislación penal extranjera. Reconociéndosele como pena independiente<sup>138</sup>, alternativa a la **(p. 102)** pena privativa de libertad<sup>139</sup>, o regla específica en los regímenes de probatio o condena condicional<sup>140</sup>.

Sus ventajas son destacadas con bastante amplitud por la doctrina. En particular se realza su capacidad resocializadora y su carencia de efectos estigmatizantes<sup>141</sup>. No obstante, también se han formulado duras críticas, siendo quizá las más frecuentes, de un lado, aquellas que sostienen la ineficiencia e improductividad de los servicios o trabajos prestados por provenir de personas improvisadas. Y, de otro lado, aquellas que señalan que el trabajo del condenado puede ser una forma de competencia negativa para las fuentes de trabajo del ciudadano libre<sup>142</sup>. En este sentido, Nuvolone cuestiona las exigencias logísticas y el sentido infamante de dicho trabajo comunitario. Según este autor: "Otra limitación de la libertad es el servicio laboral en beneficio de la comunidad, que en algunos países va acoplado a medidas de tipo probatio, pero que podría en otros casos ser sustitutivo de la detención. Aunque se resolvieran todos los problemas ligados a la organización de semejante servicio

---

<sup>135</sup> Cfr. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Ob. cit., p. 80 y 81.

<sup>136</sup> Cfr. Proyecto de Ley sobre delitos de función, aprobado por unanimidad en el Senado de la República el 12 de setiembre de 1986 (arts. 1 al 4 y 7).

<sup>137</sup> Cfr. Carlos García Valdez. Alternativas Legales a la privación de libertad clásica, en Psicología Social y Sistema Penal. Alianza Editorial. Madrid, 1986, p. 354 y ss.; Secretaria de las Naciones Unidas. Alternativas a la Reclusión, en Revista Internacional de Política Criminal No. 36, 1980. p. 16 y 17; Adela Asúa Batarrita. El trabajo al servicio de la comunidad como alternativa a otras penas, en Estudios de Deusto. Fasc. No. 73, Tomo 1, 1984, p. 307 y ss.

<sup>138</sup> Así en el Código Penal Brasileño, arts. 43 y 44.

<sup>139</sup> Así en el Código Penal Portugués, art. 60 y en el Proyecto Alternativo Español de 1982, art. 101 bis. Sobre la prestación de servicios en este último proyecto véase: Adela Asua Batarrita. El trabajo ... Ob. cit. p. 321 y ss.

<sup>140</sup> Así en el Proyecto Alternativo Alemán de 1966, art. 41, inc. 2.3.

<sup>141</sup> Cfr. Valdir Sznick. A pena de trabalho e suas características, en justicia No. 130, 1985, p. 69.

<sup>142</sup> Cfr. Valdir Sznick. A Pena... Ob. cit., p. 70.

laboral en un país como el nuestro, quedaría un hecho por discutir: terminaría quizás por ser más castigo que la breve detención, en cuanto expondría al trabajador forzado al conocimiento por parte de todos aquellos que en caso contrario nada llegarían a saber de su condena. Por otra parte, el trabajo forzado incluso en tiempos muy lejanos, fue una primitiva forma de pena. El hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a este carácter originario y lógicamente irreductible"<sup>143</sup>.

En el Perú, encontramos escasos antecedentes de la prestación de servicios a la comunidad. Quizás el más cercano puede ser el trabajo que en obras del Estado o de instituciones de utilidad **(p. 103)** social, consideró el Código Maúrtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una pena de multa (art. 24). Medida que, como se sabe, no puede ser aplicada por la falta de recursos y de la organización requeridos<sup>144</sup>. También es de destacar la propuesta que sobre la inclusión del servicio comunitario como alternativa a las penas privativas de libertad, formuló en 1976 SMALL en una investigación sobre la realidad penitenciaria del país.

Ahora bien, en el Proyecto de 1989-90 la prestación de servicios a la comunidad aparece como pena independiente (art. 38) y como medida alternativa de la prisión o de la multa (arts. 49 y 58). En el proyecto Hurtado, figura sólo como sustitutivo (arts. 38 y 45).

Como **pena directa** la prestación de servicios a la comunidad consiste en el cumplimiento de jornadas semanales, dedicadas al desarrollo de servicios o tareas gratuitas en apoyo a centros asistenciales, sanitarios o educativos. Las jornadas tendrán lugar los días sábados y domingos con un total de diez horas. Sin embargo, el condenado puede pedir que los servicios asignados tengan lugar también en otros días de la semana.

El Proyecto estatuye además que los trabajos impuestos se adecuen, en lo posible, a las aptitudes personales del condenado; esto es a su nivel técnico, edad, sexo, capacidad física, etc. Por tanto, pueden imponerse tareas manuales, intelectuales o artísticas.

En cuanto a su extensión, la prestación de servicios a la comunidad tiene un mínimo de diez y un máximo de ciento cincuentiséis jornadas semanales. Límites muy semejantes a los inicialmente previstos en los Proyectos de 1985 y de 1986, que establecían entre doce y ciento cuarenticuatro fines de semana. Cabe señalar que en el Proyecto Hurtado, se contempla la remisión de parte de la pena si el condenado cumple óptimamente sus servicios (art. 46). Nos parece que esta opción debería incorporarse al Proyecto 1989-90. **(p. 104)**

Tratándose de **pena sustitutiva**, la prestación de servicios opera conmutando las penas privativas de libertad hasta tres años y siempre que no fuere posible conceder al condenado una reserva de fallo o una condena condicional (art. 58). En estos casos, la conversión opera en razón de un día de pena privativa de libertad por una jornada de prestación de servicios. Esto significa que la pena de prestación de servicios podría llegar a extenderse en estos casos hasta un total de 1,095 jornadas semanales. Criterio absurdo que llevaría a que dicha pena se prolongara ejecutivamente por más de 25 años calendarios. Y que además resulta incoherente con el art. 59 del mismo Proyecto, que señala que de revocarse la pena conmutada se debe abonar al condenado 7 días de privación de libertad por cada jornada de servicio cumplida antes de la revocación. Para salvar esta contradicción también se debería observar dicha proporción (7 días de privación de libertad por una jornada de servicios) en el momento de la conmutación.

En fin, entendemos que para no desnaturalizar la función sustitutiva no desocializadora de la prestación de servicios, los términos de la conversión deben variar. De modo que en ningún supuesto la prestación de servicios convertida exceda los límites del artículo 38. O mejor aún, que en el artículo 57 se señale que el límite de conversión es de 156 jornadas semanales y que cronológicamente alcanzan los 3 años a razón de 7 días de privación de libertad por una jornada de prestación de servicios.

Tal como aparece regulada la prestación de servicios a la comunidad no cabe duda que responde a la impronta brasileña. Por tanto sus características son fundamentalmente las mismas que nos define Valdir Snick. Para el jurista de Sao Paulo dicha pena se caracteriza en razón de :

---

<sup>143</sup> Pietro Nuvolone. las Medidas Alternativas a la Pena Detentiva, en revista Jurídica de Cataluña. Año LXXIX. No. Extra, 1980, p. 267.

<sup>144</sup> En los últimos 30 años dicha medida no ha sido aplicada. Cabe señalar, sin embargo, como otro antecedente indirecto, al trabajo en obras públicas que debían cumplir los condenados en aplicación de la ley 4891 sobre Vagancia (Art. 5).

"1°. **Naturaleza.** La naturaleza jurídica de la prestación de servicios comunitarios es la misma que posee la pena pecuniaria, o sea patrimonial.

2°. **Especie.** La especie de la prestación de trabajo es de naturaleza pública o sea trabajo público o de interés social o de interés de la comunidad.

3°. **Tiempo libre.** Es realizado sin perjudicar las actividades laborales o estudiantiles; y es realizado en el horario de **(p. 105)** trabajo más conveniente con la capacidad del condenado. Inclusive en los feriados y fines de semana aunque ello no coincida con el que realicen los restantes condenados.

4°. **Local.** Los locales donde el trabajo puede ser realizado es bastante amplio: puede ser prestado junto a entidades asistenciales que trabajen con niños, huérfanos o incapaces... instituciones de asistencia hospitalaria..."<sup>145</sup>.

En términos semejantes, se pronuncian Pierangelli <sup>146</sup> y Neto<sup>147</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que en Brasil es competencia del juez de Ejecución Penal determinar donde se prestará el servicio, así como los días y el horario en que tendrá lugar el mismo. Y además, que la institución donde se ejecutan los servicios debe informar al juez de Ejecución Penal sobre la asistencia y rendimiento laboral del condenado mencionando incluso si este fue autor de alguna falta disciplinaria (ley No. 7.210/84, arts. 149 y 150). Algo semejante podría organizarse en el país, modificando el Código de Ejecución Penal.

Como se mencionó anteriormente la prestación de servicios a la comunidad tiene un futuro incierto en el Perú. La crisis en que vivimos, la discriminación social frente al condenado y la desocupación aun para los no delincuentes tornan obscuro el panorama. Sin embargo, estamos a favor de su inclusión, aunque de momento sólo formal, de esta pena. Esto es en razón a que estamos convencidos que todo lo que pueda significar un límite a la prisión debe ser intentado. Posición que en 1976 demandó también el Consejo de Europa, al recomendar a los países que lo integran la necesidad de estudiar "las ventajas del servicio en favor de la comunidad, y además, en particular, las posibilidades dadas al delincuente de expiar su pena realizando servicios a la comunidad; y que la **(p. 106)** comunidad contribuya aceptando su participación en el trabajo voluntario"<sup>148</sup>.

Por último, no está demás recordar que el trabajo comunitario no está en contra de los convenios de la OIT<sup>149</sup>, ni tampoco de los principales instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos <sup>150</sup>.

### **8.3. Limitación de días libres**

El arresto de fin de semana es una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada. El condenado sólo internado en un centro carcelario por periodos breves que tienen lugar los días sábados, domingos o feriados. Según, Sainz Cantero<sup>151</sup> y García Valdez<sup>152</sup> dicha sanción puede funcionar como pena independiente o como sustituto de la aplicación de penas de prisión de corta duración. La primera

---

<sup>145</sup> Valdir Sznick. A Pena ... Ob. cit., p. 69.

<sup>146</sup> José Henrique Pierangelli. Las Penas y su Ejecución en el Nuevo Código Penal. Ob. cit., p. 385.

<sup>147</sup> Francolino Neto. Penas Restrictivas de Direitos na Reforma Penal. Ob. cit., p. 60 y 61.

<sup>148</sup> Resolución No.10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 9 de marzo de 1976. En términos semejantes se pronunció el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente de 1980 (Resolución No. 8 del 3 de setiembre de 1980).

<sup>149</sup> Cfr. Convenio No. 29 de la OIT Sobre el Trabajo Forzoso de 1930, Art. 2, inc. 2-b.

<sup>150</sup> En ese sentido Daniel O'Donnell. Protección Internacional de los Derechos Humanos. Comisión Andina de Juristas. 1 era. Ed. Lima, 1988., p. 111 y ss.

<sup>151</sup> José A. Sainz Cantero. La sustitución de la pena de privación de libertad, en Estudios Penales y Criminológicos No. ti, 1978, p. 235 y 236.

<sup>152</sup> Carlos García Váldez. Alternativas legales a la privación de libertad clásica. Ob. cit., p. 352 y 353.

modalidad rige en los proyectos españoles de 1980 y 1983, y la segunda ha sido incorporada en la legislación belga desde mediados de los años 60 y por el Código Portugués de 1982<sup>153</sup>.

Pese a ser una pena privativa de libertad de corta duración, la doctrina le asigna también una función preventivo especial. Fundamentalmente porque "no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo"<sup>154</sup>. Sin embargo, aunque **(p. 107)** su organización práctica preocupa a muchos<sup>155</sup>.

Ahora bien, en el Perú lo más semejante al arresto de fin de semana es la semi-libertad. Beneficio penitenciario consistente en permitir a los internos que han cumplido un tercio o la mitad de su pena de trabajar fuera del establecimiento carcelario, debiendo retornar a éste luego de su jornada laboral (art. 54 Código de Ejecución Penal). El Proyecto Hurtado considera el arresto de fin de semana como medio de cumplimiento de la pena privativa de libertad, consecuencia del no pago de una multa (art. 39).

Sin embargo, la pena de limitación de días libres no es ni un arresto de fin de semana, ni una variante de lo que la legislación italiana o portuguesa conocen como semi-detención<sup>156</sup>. Se trata de un modelo diferente: desarrollado por el legislador brasileño en el sentido que no impone el internamiento breve del condenado en un centro penal, sino su asistencia obligatoria los fines de semana, por horas, a un establecimiento adecuado donde él recibirá cursos y conferencias o participará en otras actividades educativas. Cabe agregar que, en el Brasil, la limitación de fin de semana opera como pena restrictiva de derechos y sólo en sustitución de penas privativas de libertad (arts. 44 y 48). Ariel Dotti ha sostenido además que "A pesar de las manifestaciones de escepticismo que envuelven esa forma alternativa de reacción penal (así como también ocurre con la resistencia a la prisión albergue), es indiscutible su importancia. Se parte de la idea elemental de que es preferible al sufrimiento de una pena corta de prisión -donde no es recomendable la sustitución por la pena de multa- el régimen de esta naturaleza, en lugar de la detención continuada. La retribución no **(p. 108)** desaparece y los objetivos de la prevención son mucho más eficientes".

En Latinoamérica una pena con características<sup>157</sup> semejantes es la denominada "libertad bajo tratamiento" prevista por el artículo 37 del Código Penal del Estado de Veracruz<sup>158</sup>.

El artículo 39 del Proyecto peruano de 1989-90 recoge pues, en gran medida, este modelo pero mejorándolo con miras a lograr un efecto preventivo especial más directo. Al menos formalmente eso se deduce del párrafo segundo del dicho numeral y que establece que, durante la permanencia del condenado en el "establecimiento adecuado", "recibirá orientaciones tendientes a su rehabilitación".

El texto del artículo de proyecto peruano hace, pues, obligatorias las charlas y cursillos educativos. Superando así las críticas que la doctrina formuló al código brasileño donde la fórmula legal señala que el sometimiento del condenado a tales actividades formativas es de carácter facultativo. Lo cual en caso de no aplicarse ninguna acción pedagógica convertiría a la limitación de fin de semana en una detención ociosa. Al respecto Francolino Neto se ha pronunciado en los siguientes términos: "La permanencia constituye norma obligatoria. ' En cambio serle administrados cursos o conferencias al condenado, o atribuírsele actividades educativas son simples facultades. El verbo 'poder' dirige la acción, cuando debería la acción ser dirigida por el verbo deber, evitando así que el condenado

---

<sup>153</sup> Cfr. Proyecto Español de 1980 (Arts. 38 y 42); Proyecto Español de 1983 (Arts. 34 y 36); circulares del Ministerio de Justicia Belga del 15 de febrero de 1963 y del 10 de junio de 1965; Código Penal Portugués (Art. 44).

<sup>154</sup> En ese sentido Enrique Gimbernat Ordeig. El sistema de penas en el futuro Código Penal, en *Doctrina Penal*, 1979, p. 582.

<sup>155</sup> Así Santiago Mir Puig, quien ha sostenido: "Hasta el momento la doctrina y la opinión pública han acogido con recelo esta institución. Su misma designación suele resultar ya algo chocante, en cuanto asocia el término "arresto", de sentido punitivo, a una expresión normalmente festiva como la de "fin de semana", que semánticamente parece contradecir la seriedad de la figura. Mas tampoco parece fácil una organización eficiente y conveniente de la ejecución del arresto de fin de semana" (El Sistema de Sanciones en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, en *Documentación jurídica* No. 37/40, 1983, Vol. 1. ps. 192 y 193).

<sup>156</sup> Cfr. Art. 53 del Ordenamiento Penitenciario Italiano y Art. 45 del Código Penal Portugués.

<sup>157</sup> Francolino Neto. *Penas Restrictivas de Direitos na Reforma Penal*. Ob. cit., p.61.

<sup>158</sup> En Brasil existen Centros especiales llamados Casa do Albergado.

comparezca en la casa de Albergue, quedando allí ocupado en los más insípidos y corruptos quehaceres, perjudiciales al interés del sistema criminal"<sup>159</sup>.

Como en el derecho brasileño el Proyecto 1989-90 define la limitación de días libres como una estancia del condenado los días sábados, domingos y feriados en un establecimiento no carcelario (160). Sin embargo, en la propuesta peruana, cada periodo semanal comprende entre diez y dieciséis horas. En Brasil en cambio el **(p. 109)** espacio de permanencia es de cinco horas diarias. La pena en el proyecto se extiende entre 10 y 156 jornadas de limitación. Lo que significa que en su extremo máximo la pena puede alcanzar un total de 2,496 horas de permanencia discontinuo en los establecimientos organizados para tal efecto. Estos últimos bien pueden ser institutos pedagógicos o técnicos, y sus actividades y control podrían encomendarse a un Patronato, debiendo, en todo caso, funcionar bajo la supervisión del juez de Ejecución Penal.

En Brasil, corresponde a la "Casa do Albergado" recibir a los condenados a penas de limitación de fin de semana (art. 93 de la ley 7.210184). Y al "juiz da Execuao Penal" designar el local donde se cumplirá la pena, la determinación del horario de cumplimiento y el control de la ejecución a través de informes circunstanciados que le serán remitidos por la Dirección de la Casa de Albergue (arts. 151 y 153 de la Ley 7.210184).

En el Proyecto 1989-90 se establece también que la limitación de días libres puede ser aplicada en sustitución de una pena privativa de libertad no mayor de tres años, y a la cual no es posible someter a los regímenes de la condena condicional o de la reserva de fallo condenatorio (art. 58). No obstante, también el marco de equivalencias para la conversión resulta desproporcionado e incoherente con el sentido de la pena de limitación de días libres. Ya que como en el caso del trabajo comunitario, el legislador señala que por cada día de pena privativa de libertad corresponde una jornada de limitación. Reiteramos, pues, las críticas y alternativas que sostuvimos anteriormente (161).

A nuestro entender, la pena de limitación de días libres es de las nuevas sanciones la que menos dificultades de implementación deberá tener. Nos referimos a lo logística. Podría, incluso, operar con personal excedente del Ministerio de Educación y en algún centro escolar del Estado. Sin embargo, lo que no ha de ser sencillo es su reglamentación y los criterios que deben guiar al juez al momento de imponerla. Por ejemplo, qué tipo de cursos tendrían prioridad, qué grado de instrucción debe tener el penado para acceder **(p. 110)** a esta pena y no a una de trabajo comunitario, en caso de que ambas aparezcan legalmente como sanciones paralelas. En Brasil, de momento tampoco se han resuelto satisfactoria-mente estos problemas.

Finalmente cabe señalar que en la versión publicada en setiembre de 1989 existía un vacío legal, en relación a que se debería hacer con el condenado que no asista a las sesiones educativas o a los servicios comunitarios. El Proyecto, mencionado, sólo tenía en cuenta el caso de no cumplimiento cuando la limitación de días libres o la prestación de servicios a la comunidad, operaban como penas sustitutivas de una privativa de libertad no mayor de tres años (art. 58). En tal situación la conversión inicial se revocaba, debiendo cumplirse la privación de libertad (art. 59). la versión revisada de julio de 1990 colma esta omisión. El artículo 40 señala que: "si el condenado no cumple injustificadamente con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días libres aplicadas como penas autónomas, dichas sanciones se convertirán en privativa de libertad, previo apercibimiento judicial, conforme a las equivalencias establecidas en los artículos 58 y 59".

---

159 Ver comentarios a la pena de Prestación de Servicios a la Comunidad.