

§ 23 Penas

I. Penas privativas de libertad. 1. Introducción. 2. Clases. a. Pena privativa de libertad temporal. b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua. II. Penas restrictivas de libertad. 1. Denominación y carácter jurídico. 2. Antecedentes y derecho comparado. 3. Política criminal. 4. Expulsión de extranjeros. III. Penas limitativas de derechos. 1. Antecedentes. 2. Denominación y concepto. 3. Política criminal. a. Introducción. b. Regulación. c. Condiciones político administrativas de aplicación. 4. Clases. a. Pena de prestación de servicios a la comunidad. a.1. Generalidades. a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación. a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios. a.1.3. Evaluación. a.1.4. Prestación de servicios y limitación de derechos. a.2. Características. a.2.1. Contenido de la prestación. a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación. a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación. a.2.4. Consentimiento del condenado. a.2.5. Duración y modo de cumplimiento. a.2.6. Gratuidad de la prestación. a.3. Aplicación práctica. b. Pena de limitación de días libres. b.1. Generalidades. b.2. Concepto y denominación. b.3. Naturaleza jurídica. b.4. Antecedentes y fuente legal. b.5. Finalidad político criminal. b.6. Características. b.6.1. Destinatario. b.6.2. Contenido de la pena. b.6.3. Horario y duración de la pena. b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento. b.7. Ejecución. c. Pena de inhabilitación. c.1. Generalidades. c.2. Clases de inhabilitación. c.3. Incapacidades impuestas al condenado. c.4. Inhabilitación principal y accesoria. c.5. Duración de la inhabilitación. c.6. Modo de ejecución de la pena. c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación. IV. Pena de Multa. 1. Realidad socio-económica. 2. Evolución legislativa. 3. Dominio de aplicación de la multa. 4. Reglamentación de la multa. a. Fijación de la multa según la capacidad económica del delincuente. b. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad. b.1. Trabajos legislativos. b.2. Ventajas del sistema. b.3. Inconvenientes. 5. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población. V. Pena de vigilancia electrónica personal.

I. Penas privativas de libertad

1. Introducción

La idea del hombre y de su dignidad promovida por la Ilustración condicionó la evolución de la regulación y aplicación de las sanciones penales en particular de las penas privativas de libertad. Surge la necesidad ineludible de racionalizar la pena con el objeto de establecer un sistema punitivo acorde con el principio de humanidad y basado en la proporcionalidad entre delito y pena. En la encrucijada de los siglos XVIII y XIX una nueva legislación define al poder de castigar como una función general de la sociedad que se ejerce de la misma manera sobre sus miembros y en la que todos están igualmente representados¹⁷. 2568

La pena privativa de la libertad tiene un origen humanista, en la medida que su aplicación tuvo por objeto suprimir y erradicar las penas corporales. Este sentido humanitario estuvo acompañado del interés del Estado por regular, en beneficio del mercado de trabajo, la mano de obra marginal y desocupada. El efecto resocializador buscado era disciplinar a los campesinos y marginales para que trabajen en las fábricas¹⁸. 2569

Sin embargo, desde su origen fue muy cuestionada debido a los efectos negativos que tenía su aplicación. Las diferentes técnicas elaboradas para materializar sus supuestos fines positivos no dieron los resultados esperados. Su evolución pone de manifiesto su constante fracaso. Aún en los países altamente desarrollados y con medios para dotarse de los establecimientos y el personal necesarios, su aplicación es deficiente y se le utiliza como instrumento de una política criminal simbólica, efectista. En tal sentido, 2570

¹⁷ HURTADO POZO, 2007, p. 107.

¹⁸ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 176.

la crisis de la pena privativa de libertad se profundiza a tal punto que, en criterio de algunos autores, ésta pierde legitimidad por ser ineficaz e influir negativamente sobre los detenidos¹⁹.

- 2571 Los efectos perniciosos de la ejecución de las penas privativas de libertad constituyen un claro indicador de las carencias sociales y políticas que identifican su realidad. Los esfuerzos realizados para mejorar su regulación no han tenido los efectos esperados. A título de ejemplo, basta señalar que la promulgación del CP de 1863 y la construcción de una Penitenciaría Central en Lima no constituyeron pasos decisivos en la instauración de un sistema racional y eficaz de ejecución de penas, a pesar de que quizás fueron los más serios esfuerzos desplegados por el Estado peruano para organizar un sistema penitenciario eficiente²⁰.
- 2572 Lo acontecido con los establecimientos penales, en los años venideros se distingue por el desinterés y la improvisación coyuntural, lo cual ha determinado el deterioro e insuficiencia de su infraestructura, la ausencia de tratamiento especializado y las altas cuotas de reincidencia. Otro hecho que grafica esta situación crítica en nuestro país es el hacinamiento producido por el gran número de “presos sin condena” o de personas condenadas a penas privativas de libertad de larga duración o de cadena perpetua²¹.
- 2573 En la actualidad, pese a la regulación moderna del sistema penas y a la reglamentación humanista de la ejecución de penas, su cumplimiento tiene lugar en locales insalubres en los que reinan la anarquía, la promiscuidad, la explotación y el hambre. Realidad cruel que contradice la finalidad de reinserción social prevista en el art. 140, inc. 22, Const. y el art. II del CEP.
- 2574 Según una encuesta realizada en setiembre de 2008, la tasa nacional de sobrepoblación carcelaria era de 189 % y la de hacinamiento de 64 %, en consecuencia, los establecimientos penales no pueden albergar más detenidos y son inapropiados para reinsertarlos a la sociedad²².
- 2575 Éste es el resultado de la falta de voluntad política de los diversos gobiernos para implementar y desarrollar las condiciones materiales y personales para la ejecución de las penas privativas de libertad. Las denuncias y las

¹⁹ GARCÍA MÉNDEZ, 1986. En ese mismo sentido, JESCHECK, 1981b, p. 156 ss.

²⁰ HURTADO POZO, 1985, p. 1581; VEGA, 1973, p. 178 ss., MODESTO, 1927, p. 1 ss.

²¹ UGAZ, 1995, p. 85 ss.

²² MANZANO, 2009, p. 3 ss.

propuestas de reforma no han producido un cambio esencial en su aplicación²³.

La situación que impera en nuestro medio carcelario también se ha presentado en otros países latinoamericanos o europeos²⁴. Es el caso, por ejemplo de España, cuyo sistema penitenciario ha inspirado al nuestro. En este país, se ha afirmado que la cárcel tradicional, tal como existe y está regulada en la Ley General Penitenciaria, no es el local adecuado para la terapia social y el tratamiento. Por el contrario, “fomenta la delincuencia y desocializa a los detenidos”²⁵.

No obstante, las deficiencias inherentes a la pena privativa de libertad, agravadas por la manera como es aplicada, ésta sigue siendo el tipo de sanción penal predominante tanto en nuestro país como en el extranjero. Se la acepta como un “mal menor” por ser considerada como insustituible. Sin embargo, se hacen esfuerzos para reemplazarla (p. ej., en los países desarrollados, por la pena pecuniaria) o, al menos, circunscribir su aplicación a las formas de criminalidad más grave y violenta. Buscándose, por tanto, un “crecimiento cero de la prisión” y convertirla en el último recurso punitivo²⁶. Reconociéndose que ésta, en sociedades como la nuestra, “continúa siendo la sanción adecuada para reprimir la criminalidad más grave”²⁷.

Esta tendencia a disminuir sensiblemente la importancia de la pena privativa de libertad se percibe sobre todo en la lucha contra la pequeña y mediana delincuencia²⁸. En el derecho foráneo, un paso decisivo en este sentido fue dado al elaborarse el Proyecto alternativo de CP alemán de 1966 (§ 36), en el que se suprimieron las penas privativas de libertad inferiores a seis meses²⁹ y fueron substituidas por las llamadas penas intermedias o alternativas (forma de sanción penal intermedia entre la pena privativa de libertad no efectiva y la efectiva)³⁰. Las razones que han llevado a reducir al máximo posible su utilización son de diverso orden. Así, se cuestiona

²³ MODESTO, 1927, p. 6 ss.; LAHURA, 1942, p. 43 ss.; ALTMANN, 1962, p. 53 ss.; VEGA, 1973, p. 190 ss.

²⁴ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1986.

²⁵ MUÑOZ CONDE, 1985, p. 116. En términos semejantes, BERGALLI, 1986, p. 584 ss.

²⁶ DE LA CUESTA, 1993, p. 321.

²⁷ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 691.

²⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 70 II b; ROXIN, 2006a, § 4 N. 30 ss.

²⁹ ARROYO, 1981, p. 309 ss.

³⁰ Sobre el contenido de esta noción, JUNGER-TAS, 1994, p. 1 ss.; HUBER, 1994, p. 161.

su presunta función resocializadora o de protección y los altos costos que requiere su aplicación.

2. Clases

- 2579 En la versión original del Código, el legislador innovó de manera importante la regulación de la pena privativa de libertad. Suprimió las categorías de penitenciaria, relegación y prisión, previstas en el CP de 1924. Así, abandonó los tradicionales criterios con que se las caracterizaba: la significación moral negativa que representaban, la duración prevista y la gravedad de las condiciones de ejecución. Paralelamente, incorporó la pena privativa de libertad de cadena perpetua junto a la pena privativa de libertad temporal (art. 29).
- 2580 La reforma de 1991 constituyó una victoria de los partidarios de la función resocializadora de la pena privativa de libertad, ya que se buscaba, precisamente, evitar la estigmatización, sobre todo, de los condenados a la pena de reclusión. La ejecución de la pena privativa de libertad debía depender sólo de las calidades personales del detenido y de las necesidades propias para progresar en su reintegración social³¹.
- 2581 La pena privativa de libertad supone la restricción de la libertad ambulatoria del condenado. Se restringe coactivamente su libertad de movimiento mediante el internamiento de éste en un establecimiento penal³².
- 2582 La duración de la pena privativa de libertad se encuentra regulada en el art. 29. Esta disposición fue derogada incorrectamente mediante el art. 4 de la Ley N° 27569, del 29 de noviembre de 2001, al confirmar la exclusión del DLeg N° 895³³, la cual ya había sido decretada, ese mismo año, por una sentencia del Tribunal Constitucional³⁴. Sin embargo fue posteriormente restablecida por el DLeg N° 982, del 22 de julio de 2007.

a. *Pena privativa de libertad temporal*

- 2583 La pena privativa de libertad temporal tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. En los Proyectos de 1984 y de 1985 su duración máxima fue fijada en 30 años³⁵. Sólo en el Proyecto Alternativo de

³¹ MIR PUIG, 1996, p. 705.

³² GARCÍA CAVERO, 2008, p. 691.

³³ ÁVALOS, 2006, p. 106 ss.

³⁴ STC del 15 de noviembre de 2001, Exp. N° 005-2001-AI/TC.

³⁵ Proyecto de octubre de 1984, art. 48; Proyecto de agosto de 1985, art. 51.

1989 se propuso reducir dicho límite a 20 años³⁶. Originalmente, su límite máximo estaba fijado en 25 años. El máximo actual de 35 años fue introducido en 1998 por el DLeg N° 895. Este límite, luego de continuas modificaciones, fue reestablecido por el DLeg N° 982, el año 2007.

Se ha cuestionado el elevado tiempo del límite máximo fijado en la ley por 2584 el promedio de vida existente en nuestro país y las condiciones en que son ejecutadas las penas. En efecto, el carácter temporal de la privación de la libertad desaparece cuando se impone una sanción por tantos años de duración. Esta constatación se confirma al tenerse en cuenta la frecuencia con que el legislador, simbólicamente, recurre a penas severas para reprimir un gran número de delitos. Al llevarse al extremo el criterio retributivo, el sistema deviene irracional e inhumano.

También es criticable el mínimo de dos días establecido para la pena pri- 2585 vativa de libertad temporal, pues resulta incoherente con la tendencia predominante dirigida a evitar la imposición y aplicación efectiva de penas privativas de libertad de corta duración, al considerarse tanto que éstas carecen de efectividad preventivo-general y especial, como promueven la estigmatización social. En el Proyecto de la Comisión Revisora Especial de 2008/2009, llamado Anteproyecto de CP de CP 2009, se ha elevado el mínimo de la pena privativa de libertad a dos años pero se ha mantenido el máximo en 35 años³⁷.

Sin embargo, algunos autores reconocen utilidad político criminal a las pe- 2586 nas privativas de libertad de corta duración, estimando que pueden cumplir con los fines de prevención general y especial³⁸. Se afirma que no deben ser desechadas de plano, toda vez que pueden resultar útiles en la medida que se respete el principio de la proporcionalidad y, respecto de su imposición a ciertos delincuentes, se podría restablecer la vigencia de la norma. Así mismo, pueden influenciar eficazmente a las personas socialmente integradas³⁹.

Cabe destacar que los jueces nacionales, sobre todo respecto a los autores de 2587 delitos de corrupción administrativa o de altos funcionarios del Estado, se muestran poco favorables a la aplicación de penas privativas de libertad cor-

³⁶ Proyecto Hurtado de 1989, art. 36: "La pena privativa de la libertad tendrá una duración mínima de dos días y máxima de veinte años".

³⁷ Conforme se desprende del art. 29.

³⁸ VILLA, 2008, p. 489.

³⁹ ÁVALOS, 2006, p. 105.

tas, prefiriendo recurrir a medidas de suspensión de la ejecución de la pena. Esto crea en la colectividad una sensación negativa de impunidad material.

b. Pena privativa de libertad de cadena perpetua

- 2588 La pena privativa de libertad de cadena perpetua es la pena más grave en nuestro sistema y tiene una duración indeterminada. Fue incorporada el año 1992 en el Código, siendo concebida como una privación de libertad de por vida.
- 2589 La terminología utilizada por el legislador nacional para denominarla difiere de la empleada en otros sistemas legales. Así, en el CP francés se la denomina “réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité” (art. 131, inc. 1); en el CP alemán, “lebenslange Freiheitsstrafe” (§ 38); en el CP italiano, “l’ergastolo” (art. 22); y en el CP suizo, “l’internement à vie” (art. 64, inc. 1).
- 2590 Teóricamente, esta pena dura a partir de la imposición de la condena tanto tiempo como su destinatario viva. Por tanto, la principal forma de extinción de su ejecución sería la muerte del condenado (art. 85, inc. 1). Siendo esto así, la causal de extinción de la ejecución de la pena prevista en el art. 85, inc. 2 (el cumplimiento de la pena) sería inaplicable. Inicialmente, nuestro legislador sólo la previó para las formas agravadas de terrorismo (DL N° 25475, del 06 de mayo de 1992, art. 3, inc. a). Luego, amplió su aplicación a los delitos de traición a la patria (DL N° 25659, del 16 de mayo de 1992), lavado de dinero (Ley N° 26223, del 02 de agosto de 1992), apología del terrorismo cometido por docentes (DL N° 25880, del 26 de noviembre de 1992), violación de menores agravada (Ley N° 26293, del 14 de febrero de 1994), a los actos de terrorismo cometidos por personas que se hayan acogido a la ley de arrepentimiento (Ley N° 26508, del 20 de julio de 1996), robo agravado y secuestro calificado por daños graves en el cuerpo o la salud o muerte (Ley N° 26630, del 21 de junio de 1996). Paulatinamente, y como reacción simbólica ante situaciones que aumentaban la inseguridad ciudadana, ha perdido su carácter excepcional y se ha convertido en un medio de lucha contra la criminalidad común⁴⁰.
- 2591 La expansión del ámbito de aplicación de la cadena perpetua también es cuestionable por los efectos negativos respecto a las futuras víctimas. En caso de secuestro, el autor puede ser incitado a pensar que más le conviene

⁴⁰ ÁVALOS, 2006, p. 100.

que el secuestrado fallezca para no ser identificado. Aún más, si se comparan la pena y la forma de regulación establecida en la citada Ley N° 26630 con las del delito de asesinato, se constata la incoherencia de la regulación. Si el secuestrador mata dolosamente a su víctima para ocultar su delito⁴¹, merecería una pena privativa de libertad no menor de quince años. Pero si la víctima muere “durante el secuestro o a consecuencia de dicho acto”, aun debido al azar, la pena aplicable sería la cadena perpetua.

En ocasión de la revisión de las disposiciones represoras del terrorismo, el Tribunal Constitucional rechazó la indeterminación de la pena por considerarla inconstitucional y, al mismo tiempo, buscó superar esta dificultad previendo que, periódicamente, debería comprobarse si procedía la excarcelación mediante beneficios penitenciarios⁴². De acuerdo con este criterio, se estableció, en el art. 4 del DLeg N° 921, del 18 de enero de 2003, un procedimiento para el otorgamiento de dichos beneficios a condición de que el condenado hubiese cumplido 35 años de la pena impuesta⁴³. 2592

Tanto la decisión del Tribunal Constitucional como su implementación legislativa han sido fuertemente criticadas por algunos autores. Al respecto, un sector de la doctrina nacional estima que dicha decisión es ambigua, contradictoria y poco conforme con los principios establecidos por el mismo tribunal. Se sostiene, correctamente, que la pena de cadena perpetua sólo dejará de ser inconstitucional cuando pierda su carácter de perpetua. Para lo cual se debe establecer como obligación que se otorguen, sin restricciones, los beneficios penitenciarios previstos para las demás penas privativas de libertad; siendo obligación del juez, tanto de revisar la sentencia periódicamente como de excarcelar al detenido. Por consiguiente, no basta prever la simple probabilidad de conceder restrictivamente ciertos beneficios penitenciarios⁴⁴. Sin embargo, la solución, conforme a la Constitución y a una política criminal racional, es la derogatoria de la pena de cadena perpetua. 2593

Esta no fue la orientación del Proyecto de la Comisión Revisora Especial de 2008/2009, en la medida en que adoptó la solución del Tribunal Constitucional haciendo sólo un cambio de terminología: en lugar de pena privativa de libertad perpetua, se habla de pena privativa de libertad in- 2594

⁴¹ HURTADO POZO, 1994.

⁴² STC del 4 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC.

⁴³ Art. 59-A del CEP.

⁴⁴ MEINI, 2009a, p. 332 ss.

determinada. Según el art. 29 de dicho Proyecto: “La pena privativa de la libertad puede ser temporal o indeterminada. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 (dos) años y una máxima de 35 (treinta y cinco) años. En el segundo caso, no será menor de 35 (treinta y cinco) años”.

II. Penas restrictivas de libertad

1. Denominación y carácter jurídico

- 2595 Bajo el rótulo general de “penas restrictivas de libertad”, el legislador previó en el actual Código las penas de expatriación de nacionales -hoy derogada- y expulsión de extranjeros. Con esta denominación, demasiado vaga, se trató de abarcar la característica común a ambas penas: limitación a la libertad de residir, permanecer y desplazarse por el territorio nacional.
- 2596 Toda pena, en realidad, implica una restricción a la libertad. En el caso de las penas de expatriación y de expulsión se trata, más precisamente, de una restricción a la libertad de residencia o establecimiento en sentido amplio, prevista en el art. 2, inc. 11, Const. Esta libertad se manifiesta de modo diverso en las posibilidades de ingresar, permanecer, residir, transitar y reingresar en el territorio nacional. Todas estas manifestaciones son igualmente restringidas por la privación de la libertad.
- 2597 Sin embargo, no afectan el mismo aspecto de la libertad de movimiento. Si bien las penas privativas de libertad limitan ciertamente la libertad de residencia o establecimiento, sus efectos recaen en todas las personas sin distinción de nacionalidad. Este último aspecto de la libertad está sujeto a las restricciones de la ley de extranjería tratándose de los extranjeros (DLeg N° 703, del 05 de noviembre de 1991).
- 2598 De acuerdo a cómo fueron reguladas la expatriación y la expulsión en el Código, es indudable que tienen el carácter jurídico de penas. No sólo por el criterio sistemático de estar previstas en el catálogo de penas (art. 28) y por su denominación, sino también por sus presupuestos. Su finalidad es evitar que el condenado vuelva a cometer un nuevo delito en el territorio nacional. Se trata de penas conjuntas a una pena privativa de libertad, en los casos previstos en la parte especial del Código, y de ejecución diferida hasta el cumplimiento de esta última.

2. Antecedentes y derecho comparado

En la legislación penal anterior al Código vigente, la pena de expatriación ya 2599 estaba prevista en el CP de 1924 para los delitos de traición a la patria (art. 289) y rebelión (art. 302). La pena de expulsión fue prevista para los extranjeros que cometieran el delito de tráfico ilícito de drogas (DL N° 22095, art. 63). Desacreditadas como penas inútiles, ilegítimas e impracticables, no fueron tomadas en cuenta en los proyectos de setiembre y octubre de 1984. Por el contrario, en los proyectos de 1985 y 1986, fueron consideradas bajo la denominación común de “expatriación” (arts. 55 y 49 respectivamente). En ambos proyectos esta sanción era definida como “la expulsión del territorio de la República con prohibición de regresar a él durante el tiempo de la condena”. No obstante que la duración de la pena fue fijada en límites prudentes (6 meses a 3 años), los autores de los Proyectos de 1989 y 1990 la descartaron de manera absoluta del sistema de penas. Extrañamente, estas penas fueron reintroducidas, con las características actuales, en el Proyecto de enero de 1991. Sin mayor explicación sobre la utilidad político criminal de su aplicación, el legislador se limitó a regularlas dentro del capítulo relativo a los tipos de pena⁴⁵.

De esta manera, el legislador nacional se alejó de la tendencia predomi- 2600 nante en el derecho extranjero. La expatriación de nacionales está simplemente descartada en los principales ordenamientos penales europeos. Si bien el PIDCP no proscribe de manera absoluta la privación del derecho a entrar en su propio país (art. 12, inc. 4)⁴⁶, la expatriación de los nacionales resulta del todo incompatible con el respeto irrestricto de su derecho a la libertad de residencia y establecimiento. La expulsión del nacional de su propio territorio, tiene las mismas consecuencias jurídicas que la supresión de la nacionalidad e implica atentar contra el núcleo básico de los derechos fundamentales. Impedir que un nacional viva en el territorio de su país de origen implica anular la posibilidad de que desarrolle normalmente su personalidad. De manera más categórica, la CADH, en su art. 22, inc. 5, expresa claramente: “nadie puede ser expulsado del territorio de un Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo”.

⁴⁵ Exposición de Motivos del Código. Referencia a las clases de penas, punto séptimo.

⁴⁶ El pacto sólo prohíbe la privación arbitraria de esta libertad.

2601 De ahí que resulte explicable que los ordenamientos penales en general sólo prevean como posible la expulsión de extranjeros. Así, en el CP francés de 1994, la expulsión de extranjeros (*interdiction de territoire*) está prevista como pena, de manera definitiva o por 10 años como máximo (art. 131, inc. 30). Sin embargo, su aplicación es limitada, pues no puede ser impuesta al extranjero que tenga residencia regular (de 15 años o más) o habite en Francia desde antes de los 10 años de edad, sea padre o madre de un niño francés o esté casado, antes de la comisión del delito, 6 meses o más con un persona de nacionalidad francesa. En España, la expulsión de extranjeros fue regulada como pena sustitutiva de la pena privativa de libertad menor de 6 meses, si el extranjero es ilegal, y como sucedánea de una pena privativa de libertad de 6 meses o más, una vez que se haya cumplido las tres cuartas partes de la pena (art. 89, inc. 1). En Italia (art. 215, inc. 4) y Portugal (art. 96) la expulsión es considerada como una medida de seguridad.

3. Política criminal

2602 La rápida revisión que venimos de hacer del panorama legislativo internacional nos permite mostrar la desacertada decisión del legislador de haber incluido estas penas dentro del actual Código. El mérito de la innovación verificable en otros ámbitos se desdibuja completamente con la regulación de las llamadas penas restrictivas de libertad. Sin razón, el legislador decidió a último momento incorporar la pena de expatriación de nacionales. Tampoco puede ser justificada su previsión por el hecho de disponer que su aplicación “sólo procede en delitos graves”⁴⁷.

2603 El carácter cuestionable de estas penas no sólo está vinculado a su legitimidad constitucional, sino a su inutilidad práctica. A pesar de las presuntas ventajas económicas (su aplicación no es costosa) y preventivas (la anulación de la posibilidad de reincidencia) que puedan señalarse, es difícil comprender qué sentido tiene con relación a su dependencia de la pena privativa de libertad. Resulta difícil conciliar la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad con la aplicación de penas marcadamente desocializadoras como la expulsión o expatriación. Por tales razones, aunque tardíamente, el Congreso de la República propuso, mediante dos Proyectos de ley unificados, suprimir la pena de expatriación (Proyecto de Ley N° 2102/2007-CR, del 5 de febrero de 2008, y Proyecto de Ley N° 244972007-C, del 27 de mayo de 2008). En la exposición de motivos se jus-

⁴⁷ Exposición de Motivos del Código, p. 9.

tificaba esta propuesta afirmando que: “La pena de expatriación, si bien se encuentra contemplada en el Código, deviene en incompatible con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con rango constitucional. Es decir, la pena de expatriación es para el derecho peruano, una pena inconstitucional”. Fue así que mediante la Ley N° 29460, del 27 de noviembre de 2009, se eliminó la pena de expatriación de nacionales. Desafortunadamente no se ha hecho lo mismo en relación con la pena de expulsión. En el Anteproyecto de CP de 2009 se propone excluirla del catálogo punitivo nacional (art. 28).

4. Expulsión de extranjeros

Es una pena conjunta a la pena privativa de libertad que se impone a los condenados extranjeros. Su ejecución es diferida en la medida que se aplica subsecuentemente a la ejecución de una pena privativa de libertad. Consiste, pues, en la expulsión forzosa de condenado y en la prohibición permanente de reingresar al territorio nacional. 2604

Constituye por tanto una restricción absoluta a la libertad ambulatoria del condenado dentro del territorio nacional. Es diferente a la expulsión motivada por infracciones a la ley de extranjería, que es una medida administrativa. Tampoco es una medida de seguridad. 2605

Tratándose de una pena de duración perpetua (o indeterminada) su aplicación no tiene como finalidad la defensa o protección del orden jurídico. La aplicación de la pena privativa de libertad, a la que está asociada de manera complementaria, no tendría tampoco una finalidad de prevención especial; puesto que los objetivos de reeducación, readaptación y reinserción no tendrían sentido si es que deben ser ejecutables mediante la imposición de una pena y en un contexto diferente. Mediante esta pena, el Estado se salvaguarda de la presencia de extranjeros “indeseables” en su territorio. 2606

Resulta cuestionable que su imposición se aplique, inexorablemente, una vez cumplida la pena privativa de libertad, y que su duración sea de carácter perpetuo. Respecto a la primera cuestión, el Código no presenta la misma flexibilidad que con respecto a la imposición y ejecución de otras penas. La pena de expulsión no puede, por ejemplo, ser sustituida por otras penas. Tampoco es concebida como una pena alternativa a otra en los supuestos específicos de la parte especial. No cabe tampoco la reserva del fallo ni la suspensión de su ejecución. Y, finalmente, no es posible la exención de su 2607

imposición. El juez, en este sentido, no tiene la necesaria libertad para individualizar la pena.

- 2608 Con relación a su duración, la inexistencia de límites máximos va más allá de lo previsto en la legislación foránea. Esto es desproporcionado sobre todo porque puede tratarse de extranjeros que residen en el país durante un periodo más o menos largo, que tienen vínculos sociales, familiares, o económicos bien establecidos. En este caso, la expulsión constituye una pena marcadamente desocializadora, con potenciales efectos negativos incluso en el país de origen del condenado.
- 2609 Si bien es cierto el legislador ha previsto esta pena, como lo hizo anteriormente, sólo para determinados delitos como el tráfico ilícito de drogas (art. 303), el contrabando y la defraudación de rentas de aduana (art. 12 de la Ley N° 28008), su legitimidad, en tales condiciones, resulta cuestionable. El Estado no persigue en este caso más objetivo utilitario que el alejar físicamente al condenado de su territorio por razones de pura prevención especial negativa. Una manera de atenuar los excesos provenientes de la severidad de esta pena es la firma de Convenios bilaterales con otros países, por los que se dé al condenado la posibilidad de elegir el lugar de cumplimiento de la pena privativa de libertad y que bien puede ser su país de origen. De esta manera, los efectos infamantes y desocializadores de la expulsión podrían ser fuertemente atenuados.

III. Penas limitativas de derechos

1. Antecedentes

- 2610 Las penas limitativas de derechos comprenden las penas de prestación de servicios a la comunidad, de limitación de días libres y de inhabilitación (art. 31). Las dos primeras son nuevas en nuestro sistema penal. El CP de 1924 sólo preveía la inhabilitación (art. 27). La fuente de nuestra regulación es el CP brasileño de 1984⁴⁸.
- 2611 En los Proyectos de 1985 y 1986, la inhabilitación (art. 55) y la prestación de servicios a la comunidad (art. 56) fueron reguladas entre “las penas restrictivas de derechos”. En el Proyecto de 1989, se creó la sección denomi-

⁴⁸ El art. 43 del CP brasileño establece que “As penas restritivas de direitos são: I. prestação de serviços à comunidades; II. Interdição temporaria de direitos; III. Limitação de fim de semana”.

nada “penas limitativas de derechos” y en la que se estatuyó, además de las dos ya mencionadas, la limitación de días libres (art. 35). Esta solución fue mantenida en el Proyecto de 1990 (art. 35) y se previó en el actual Código.

2. Denominación y concepto

La denominación escogida no da debida cuenta del contenido de la sección 2612 citada⁴⁹, por ello, con el objeto de esclarecer la índole de las tres penas en cuestión, se las debe confrontar con las penas autónomas de privación y de restricción de la libertad, que afectan ámbitos existenciales cualitativamente distintos⁵⁰. Empero, no hay una frontera clara, la privación o la restricción de la libertad (de movimiento), mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos. Por consiguiente, denominar a algunas de ellas como penas limitativas de derechos resulta tautológico. Mediante la denominación escogida, el legislador no alude a la restricción de la libertad de movimiento, sino a la restricción de derechos vinculados con el ejercicio de funciones, atribuciones o capacidades especiales del condenado, así como también a su disposición del tiempo libre. En razón de ello se ha dicho que las “penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos”⁵¹. 2613

Definir de manera positiva la categoría “penas limitativas de derechos” es 2614 muy difícil por la amplitud, vaguedad y disimilitud de los derechos afectados por las tres penas previstas en el art. 31. No basta afirmar, por ejemplo, en razón a que el prototipo de las penas limitativas de derechos es la inhabilitación⁵², que son penas que afectan los derechos vinculados al ejercicio profesional o la participación en la vida política del país.

⁴⁹ En este sentido, Magalhaes Noronha define la pena restrictiva de derecho como la “inibição temporária de um ou mais direitos do condenado, imposta em substituição e cuja espécie escolhida tem relação direta com a infração cometida”. Cfr. MAGALHAES, 1987, p. 233.

⁵⁰ El legislador español también establece esta diferencia al crear en el CP español de 1995 una sección dedicada a las “penas privativas de derechos”. Criterio que ha sido igualmente señalado por la doctrina. Cfr. en este sentido, VAELLO, 1997, p. 33; MIR PUIG, 1996, p. 722. Sin embargo, en el art. 32 del CP español de 1995 se habla de penas “privativas de libertad, privativas de otros derechos y de multa”.

⁵¹ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 693.

⁵² PRADO, 2000, p. 78. En el mismo sentido, Peña Cabrera sostiene que estas penas se caracterizan “porque limitan al delincuente del goce de ciertos derechos civiles y políticos o del ejercicio de una arte profesión, v. gr., la inhabilitación”, Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 502.

- 2615 Del mismo modo es insatisfactorio sostener que las penas restrictivas de derechos se distinguen de las penas privativas de libertad porque éstas se ejecutan materialmente sobre la persona del condenado, mientras que aquéllas sólo privan al condenado de ciertos derechos, limitando su capacidad jurídica⁵³.
- 2616 En buena cuenta, sólo puede darse una definición negativa, en el sentido que estas penas no afectan directamente los derechos a la vida, a la libertad y al patrimonio⁵⁴. Sin embargo, esta definición no comprende del todo a la pena de limitación de días libres, la que puede ser también considerada como una forma de restricción de la libertad de movimiento⁵⁵.

3. Política criminal

a. Introducción

- 2617 La introducción de dos nuevas penas y la ampliación de los alcances de la inhabilitación, como tipos de penas limitativas de derechos, se orientan a disminuir la importancia de la pena privativa de libertad. Al respecto, los redactores de la ley afirmaron que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”⁵⁶.
- 2618 Además de esta ventaja de orden financiero, se deben agregar otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en la vida social (disminución de los riesgos de desocialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los llamados delincuentes residuales (racionalización en el tratamiento de la criminalidad).
- 2619 En este sentido, sostenemos que estas penas contribuyen a evitar que se margine al condenado y que la sanción penal sea también utilitaria⁵⁷, en la medida en que es más adecuado a la sociedad, a la víctima y al propio

⁵³ ALVES, 1985, p. 145 ss.

⁵⁴ En el mismo sentido, TAMARIT, 1996, p. 341.

⁵⁵ Cfr. SILVA FRANCO, 1986, p. 133.

⁵⁶ Exposición de Motivos del Código Penal, p. 8.

⁵⁷ DOTI, 1985, p. 53.

sentenciado cumplir con estas penas alternativas, antes que padecer un encierro de corta duración⁵⁸.

El desarrollo de estas penas, como alternativas a la privación de libertad, se inició en los EEUU y en Inglaterra en la década de los setenta. Su inserción en los países europeos fue favorecida por la Resolución 76 (10) sobre “*les mesures pénales de substitution aux peines privatives de liberté*” del Consejo de Europa⁵⁹. Esta resolución señalaba que es necesario estudiar alternativas nuevas a las penas privativas de libertad, en la perspectiva de su eventual integración a las legislaciones. Así mismo, destacaba la importancia de determinar las ventajas del trabajo de interés general. Así, en 1969, Alemania reformó su sistema de sanciones, limitando el alcance de las penas de corta duración e introduciendo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad a nivel del derecho penal juvenil. Francia adoptó esta sanción en 1983, incorporándola a su CP (art. 43-3-1). Italia, reformó su sistema de sanciones, estableciendo igualmente sanciones sustitutivas mediante la Ley N° 689/1981. Portugal lo hizo en el marco de la reforma del CP de 1982. 2620

Estas experiencias en los países desarrollados han arrojado en general un balance positivo, pero el afianzamiento de un sistema penal sustentado en la restricción de otros derechos (no privativos de la libertad) está lógicamente sujeto a diversas condiciones. La concreción de una política penal en este ámbito está condicionada no sólo por previsiones legislativas, sino por la manera como funciona el sistema de control penal. 2621

b. Regulación

Según el texto original del art. 32 “las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del art. 31 (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres), se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a tres años”. De esta manera, el legislador amplía la función de estas penas, en la medida en que, como en el CP brasileño⁶⁰, 2622

⁵⁸ VILLA, 2008, p.489.

⁵⁹ Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 09 de marzo de 1976, sobre medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cfr. CONSEJO DE EUROPA, 1992, p. 208.

⁶⁰ En efecto, el art. 44 del CP brasileño establece que: “As penas restritivas de direitos são autónomas e substituem as penas privativas de liberdade...”. Este criterio era asumido

éstas sean autónomas. Ya que, por un lado, son aplicadas independientemente de que sean previstas en la Parte Especial del Código y, por otro, su característica es la de ser sustitutivas de la pena privativa de libertad⁶¹.

- 2623 En cuanto a la función y viabilidad de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres -como penas sustitutivas de la pena privativa de libertad-, cabe preguntarse si esta función es diferente de la prevista en el art. 52, que regula el sistema de conversiones en general o si, por el contrario, es complementaria. El art. 33, que remite al marco de equivalencias del art. 52 cuando estas penas sean sustitutivas, no aclara el problema. En efecto, cabe pensar *prima facie* que estas penas pueden sustituir la pena privativa de libertad, de acuerdo con el art. 32, pero también convertirla, según el art. 52.
- 2624 Para comprender esta dificultad es indispensable revisar los proyectos de reforma del código. La conversión de las penas privativas de libertad fue prevista desde el Proyecto de 1984 (art. 66), en que se incluía como pena susceptible de conversión la prestación de trabajo en beneficio del Estado. En los Proyectos de 1985 y 1986, a pesar de la influencia de la legislación brasileña, se mantuvo esta regulación. Lo mismo sucede en el Proyecto de 1989, en el que se dispuso que “las penas limitativas de derechos... pueden sustituir a la pena privativa de libertad cuando sea inferior a los tres años” (art. 36), manteniéndose así mismo el sistema de conversiones dentro de este límite (tres años). El Proyecto de enero de 1991, si bien no modificó la propuesta del Proyecto anterior, sin embargo, en el marco de las conversiones, redujo el límite superior de tres años a un año de pena privativa de libertad.
- 2625 De esta manera, se producía la situación paradójica de que, por un lado, estas penas podían sustituir penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayor requisito de aplicación que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro, servían también para convertir penas privativas de libertad no mayores de un año⁶². Esta incoherencia, por ejemplo, se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos del Código, cuando se señala que “el juzgador podrá convertir una pena privativa de libertad no mayor de tres años...”⁶³.

en el art. 36 del Proyecto de 1989 que prescribía: “Las penas limitativas de derechos son autónomas y pueden sustituir a la pena privativa de libertad...”

⁶¹ DOTI, 1988, p. 249.

⁶² En la actualidad, de acuerdo con la reforma reciente del art. 52, la conversión se aplica a penas no mayores de dos años de pena privativa de libertad.

⁶³ Exposición de Motivos, p. 9.

Las consecuencias de esta contradicción son diversas. Por ejemplo, que los jueces apliquen indiscriminadamente el art. 32, resultando inoperante el art. 52, por lo menos respecto a estas penas. Y como la aplicación del cuadro original de equivalencias del art. 52 daba lugar a penas limitativas de derechos desproporcionadas, podían presentarse dos efectos no deseados. Primero, las penas sustitutivas, al hacerse efectivas, serían sanciones más severas incluso que la pena privativa de libertad. Segundo, por ser imposible de controlar estas formas de sanción en un tiempo tan prolongado, se convertirían en simbólicas. Es decir, en uno u otro caso, resultaba posible el espejismo de un gran número de sanciones sustituidas, pero con efectos negativos como el desprestigio de las penas alternativas, la no modificación del comportamiento de los sancionados, etc.⁶⁴ Además, que los jueces las utilicen muy poco por no existir un marco legal de referencia que determine sus condiciones de aplicación.

Otra deficiencia de la regulación original de las penas limitativas de derechos consistía en la contradicción generada a la determinación de sus límites legales. Los arts. 34 y 35 establecían que las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres tendrían una “duración máxima” de 156 jornadas semanales (3 años). Sin embargo, la duración de estas penas como “sustitutivas” a la pena privativa de libertad podía alcanzar las 1095 jornadas semanales (21 años)⁶⁵. Este incoherente criterio fue establecido desde el Proyecto de 1989. En los Proyectos de 1985 y 1986 se atenuaba esta desproporción al regularse -en el cuadro de conversiones- que las penas sustitutivas debían computarse a razón de dos jornadas semanales por un día de privación de libertad. En Anteproyecto de CP de 2009, se eleva dicho estándar de sustitución a cinco años, en sus arts. 31 y 53.

c. Condiciones político administrativas de aplicación

En la evaluación de la viabilidad de las penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, no se puede caer en la visión simplista de sólo destacar los aspectos económicos. Esta percepción es contraproducente si es que no se consideran debidamente cuestiones tales como

⁶⁴ Este peligro está implícito en una reforma judicial que ponga énfasis, en el ámbito penal, en la producción cuantitativa de decisiones, descuidando por el contrario la calidad de las mismas.

⁶⁵ Este límite se explica por una simple operación matemática. El art. 52 original señalaba que para efectos de la conversión un día de pena privativa de libertad convertida equivalía a una jornada semanal de la pena a aplicar. Es decir, si el máximo de días de privación de libertad posible de convertir eran tres años (1095 días) y cada día de privación se transformaba en una jornada semanal, entonces el máximo de la pena sustitutiva alcanzaba 1095 jornadas semanales, las cuales divididas entre 52 semanas (que tiene un año) daban la cifra mencionada *ut supra*.

el costo real (por tanto, el ahorro real) de tales sanciones, la programación de su ejecución (estructura de un sistema de administración, control y supervisión) y los efectos globales de su aplicación en el sistema penal.

- 2629 Para reducir la exagerada importancia que el legislador dio al criterio económico, deberían también evaluarse la duración de las penas sustituidas, el tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, el número de procesos a que da lugar la revocación de la sustitución o conversión, los costos marginales de la detención, los costos de gestión de las penas limitativas, la intensidad de la supervisión en la ejecución de estas penas, los costos de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios⁶⁶.
- 2630 La implementación del sistema de ejecución de estas penas implica evaluar, por un lado, los factores internos o propios del sistema penal y, por otro, los factores externos o ambientales que influyen en el funcionamiento del sistema penal.
- 2631 A diferencia de las penas privativas de libertad, las penas limitativas de derechos requieren una mayor participación de las instituciones sociales y económicas. Un sistema penal abierto necesita, por ende, una proyección permanente hacia el ambiente externo. De la manera cómo interaccionen los actores del sistema penal con otras organizaciones del sistema económico y social, depende el éxito y el nivel de aceptación de las nuevas sanciones. En este sentido, el art. VI del CEP prevé “la participación de la sociedad, las instituciones y personas en el tratamiento... en las acciones de asistencia post-penitenciaria”, debe ser interpretado en forma amplia. Esto significa, en principio, involucrar a las entidades asistenciales, de educación, los municipios y otras instituciones públicas que pueden no sólo ser beneficiarias de la aplicación de las penas limitativas de derechos, sino que pueden igualmente contribuir al control en la ejecución de las mismas. De este modo, el sistema de ejecución penal tendría una mayor transparencia externa. Uno de los factores de éxito en la aplicación de estas sanciones es, precisamente, la creación de un “partenariat public-privé”. El cual, sin implicar una renuncia absoluta al rol del Estado en la ejecución de penas, permitirá otorgar mayores márgenes de control a la sociedad.
- 2632 La forma cómo debe concretarse este proceso de “socialización” en la ejecución de las penas limitativas de derechos, tendría que enmarcarse dentro los nuevos criterios de funcionamiento de la administración pública. Tendría

⁶⁶ JUNGER-TAS, 1994, p. 64 ss.

que superarse, por tanto, la visión vertical y paternalista implícita en el CEP. Según esta percepción, la Administración Penitenciaria asigna a las instituciones sociales la prestación de servicios en función de las necesidades de las mismas (art. 119) o gestiona la implementación de locales adecuados para la ejecución de la pena de limitación de días libres (art. 123), quedando la supervisión bajo su control absoluto (art. 121).

Se debe promover sinergias en la ejecución de ambas penas, para lograr, 2633 por ejemplo, que la “asignación” de servicios sea una prestación que tenga como contraprestación la implementación de los programas de ejecución de la pena de limitación de días libres. Así mismo, debe quebrarse el monopolio del control en la ejecución por parte de la Administración Penitenciaria, en favor de las instituciones sociales, quienes están en posibilidades de evaluar el cumplimiento de estas penas. Lo peor que puede ocurrir, burocratizando aún más el sistema de ejecución penal, es que se genere una nueva fuente de corrupción y se desprestigie socialmente estas nuevas penas cayéndose una vez más en el círculo vicioso del endurecimiento del sistema penal.

La aplicación de estas penas exige igualmente la conjunción de diferentes 2634 factores inherentes al sistema penal. La primera condición es el funcionamiento de un sistema de información fluido que permita al juez individualizar debidamente la pena a imponer. Fundamentalmente, porque la elección de una pena limitativa de derechos o la sustitución de una pena privativa de libertad requiere que aquél tenga un conocimiento previo de la personalidad del condenado y de las posibilidades de éxito.

La segunda condición concierne a la organización de la aplicación de estas 2635 penas. Las críticas a la ubicación de la ejecución de las penas limitativas de derechos en el CEP⁶⁷ dejarían de ser pertinentes si dicho código deja de ser comprendido sólo como un instrumento de regulación coercitiva de la vida en detención y se le considera como marco legal garantizador de los derechos de todo condenado⁶⁸.

Esta visión integradora es, además, compatible con “los procedimientos 2636 para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios” de la pena de prestación de servicios a la comunidad (art. 34); y para establecer “los procedimientos de supervisión y cumplimiento de la pena”,

⁶⁷ PRADO, 2000, p. 96 ss.

⁶⁸ TULKENS, 1987, p. 22; VAN VEEN, 1987, p. 35 ss.

tratándose de la pena de limitación de días libres (art. 35). Es, pues, esencial para el desarrollo de estas penas que sea una ley (en sentido formal) la que regule dichas funciones.

- 2637 Inicialmente esta condición fue obviada por la legislación nacional, la cual se limitó a dictar normas administrativas como la Res. Dir. N° 029-95-INPE-DGT, del 18 de abril de 1995, que estableció un Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos. De este modo, la legalidad en la ejecución penal fue relativizada y se dejó sin base material la aplicación de estas penas en tanto no se introdujeran normas más concretas. Es decir, se generaron riesgos de dos tipos: primero, que los derechos del condenado podían ser objeto de violación⁶⁹, por no esclarecerse las garantías propias a la ejecución de estas penas. Y, en segundo lugar, porque este vacío en la regulación causaba un déficit en la ejecución. Recién con la promulgación de la Ley N° 27030, del 29 de diciembre de 1998, y sus normas reglamentarias (el DS N° 005-2000-JUS⁷⁰, del 28 de junio de 2000; y el vigente DS N° 015-2003-JUS, del 11 de septiembre de 2003, por el cual se aprobó el Reglamento del CEP), tales limitaciones y riesgos fueron, en gran medida, superados.
- 2638 La tercera condición concierne a la organización del sistema de gestión, control y vigilancia de estas penas. Ciertamente en las circunstancias actuales, es difícil aceptar que sea la Administración Penitenciaria la encargada de organizar dicho sistema. Las carencias de recursos, autonomía y los serios problemas de corrupción que ella afronta⁷¹, conspiran contra el grado de credibilidad que puedan adquirir estas penas.

4. Clases

a. Pena de prestación de servicios a la comunidad

a.1. Generalidades

- 2639 Esta pena limitativa de derechos es expresión de una concepción alternativa al tradicional sistema de penas, caracterizada por su índole represiva y su

⁶⁹ TULKENS, 1987, p. 29.

⁷⁰ El DS N° 005-2000-JUS, del 28 de junio de 2000 (que reglamentó la Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, del 29 de diciembre de 1998), fue derogado por el art. 3 del DS N° 015-2003-JUS, del 11 de septiembre de 2003, por el cual se aprobó el reglamento del CEP.

⁷¹ PRADO, 2000, p. 97.

recurso a la pena privativa de la libertad. Sanciones como el trabajo comunitario exigen del condenado un compromiso activo, en lugar de la simple actitud de soportar las penas coercitivas estatales. En tal sentido, permiten que la comunidad perciba que el condenado hace esfuerzos para reintegrarse a la sociedad; por lo que es de admitir que su previsión y aplicación son apropiadas para lograr la reinserción del condenado⁷². Esto hace posible que sean previstas en muchas legislaciones modernas. Sin embargo, es de admitir que su aplicación efectiva depende de los recursos personales y materiales con que se cuenten⁷³.

La pena de prestación de servicios a la comunidad, como destaca la doctrina especializada, es una variante especial y renovada del trabajo correccional en libertad⁷⁴. En el derecho extranjero, se concede a esta modalidad punitiva hasta tres roles funcionales: primero, la de una pena autónoma y de conminación directa⁷⁵; segundo, la de pena sustitutiva de penas privativa de libertad⁷⁶ y, tercero, la de regla de conducta en los regímenes de *probation*⁷⁷. 2640

Su origen se encuentra en la superpoblación carcelaria existente en Inglaterra como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. Entre construir nuevos centros penitenciarios o reducir el número de detenidos, el legislador inglés, de manera pragmática, optó por la segunda solución. Así, mediante la *Criminal Justice Act* de 1972, estableció la *Community Service Order*, como alternativa a la pena privativa de libertad. Los argumentos favorables a su creación fueron más económicos que humanitarios. 2641

Históricamente, en nuestra legislación penal no hay antecedentes directos de esta clase de penas. Quizá lo más cercano a sus características actuales podría ser el trabajo que, en obras del Estado o de instituciones de utilidad social, incluyó el Código Maúrtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una multa (art. 24). En el Proyecto Hurtado, la pena de prestación de servicios a la comunidad figuró solamente como sanción sustitutiva (arts. 38 y 45). 2642

⁷² ROXIN, 2007, p. 86 ss.

⁷³ VILLA, 2008, p. 492.

⁷⁴ GARCÍA VALDÉZ, 1986, p. 354 ss.; ASÚA BATARRITA, 1984, p. 307 ss.

⁷⁵ Arts. 43 y 44 del CP brasileño de 1984.

⁷⁶ Art. 49 del CP español de 1995.

⁷⁷ Art. 41, incs. 2 y 3 del Proyecto Alternativo Alemán de 1966.

a.1.1. Concepto, antecedentes y denominación

- 2643 Según la regulación del Código, la pena de prestación de servicios a la comunidad constituye una pena, autónoma o de sustitución, consistente en la realización “obligatoria” por parte del condenado de trabajos gratuitos en favor de instituciones estatales o privadas de utilidad pública.
- 2644 El legislador peruano, siguiendo la orientación asumida en el CP brasileño de 1984, ha preferido denominarla pena de “prestación de servicios a la comunidad”. El art. 43 del CP brasileño habla de “prestação de serviços à comunidade”, a diferencia de la denominación adoptada en el CP portugués de 1982 “prestação de trabalho a favor da comunidade” (art. 60). En el ámbito anglosajón, se le llama “Community Service”. En el CP español de 1995, “trabajos en beneficio de la comunidad” (art. 33); y en Alemania se habla de “Die gemeinnützige Arbeit” (§ 10). Todas estas denominaciones dan a entender que esta pena está destinada a favorecer la comunidad. Por esto, se ha creído que sería mejor considerarla como un servicio.
- 2645 Esta clase de pena afecta la disposición del tiempo libre del condenado, el cual será ocupado en la realización de trabajos o servicios gratuitos en beneficio de la comunidad. Cabe señalar que, conforme a las normas internacionales, las penas de prestación de servicios comunitarios no contravienen los convenios de la OIT⁷⁸, ni tampoco los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁷⁹. En ese sentido, el art. 8 del DS N°, del 28 de junio de 2000, precisa que: “se considera prestación de servicios a la comunidad todo trabajo voluntario, gratuito, personal, de utilidad pública y respetuoso de la dignidad de la persona realizado en cumplimiento de una pena legalmente impuesta”.
- 2646 La pena de prestación de servicios a la comunidad no ha alcanzado, aún, un rol relevante en la praxis judicial, en la medida que se la emplea, sobre todo, para reprimir las faltas⁸⁰. Su aceptación social también es todavía limitada. En ese contexto, pues, otros factores coyunturales como la crisis del mercado laboral, la desconfianza social en el condenado y la alta tasa de empleo informal, limitan, de modo considerable, su desarrollo y utilidad. Al respecto, es interesante el enfoque y las expectativas de la Administración Penitenciaria sobre la situación actual de la prestación de servicios a la co-

⁷⁸ Convenio N° 29 de la OIT Sobre el Trabajo Forzoso de 1930, art. 2, inc. 2-b.

⁷⁹ O'DONNELL, 1988, p. 111 ss.

⁸⁰ PRADO, 1999, p. 347 ss.

munidad. Se afirma que la problemática en torno a la ejecución de las penas limitativas de derechos consiste en que, a pesar de que éstas tienen varios años de vigencia, no han impactado a la ciudadanía. Indica, además, que en algunos casos ciertos magistrados prefieren imponer penas privativas de libertad en lugar de prestación de servicios comunitarios.

Respecto a las entidades que reciben condenados a esta pena, se señala 2647 que discriminan en cuanto a las plazas que proveen, aun cuando existen convenios suscritos con el INPE. Así, pese a que algunos sentenciados son profesionales, médicos, abogados, contadores, u otros, las plazas que se suministran normalmente son para actividades menores como la limpieza de servicios públicos y baños, mantenimiento de jardines, faenas que estas personas son reacias de cumplir⁸¹.

Sin embargo, el futuro de la pena de prestación de servicios a la comuni- 2648 dad está asegurado en nuestra legislación. Efectivamente, el Proyecto de la Comisión Revisora Especial le da mayor espacio conminatorio al excluir la pena privativa de libertad para delitos leves y autorizar su aplicación sustitutiva en caso de delitos de mediana gravedad (arts. 29, 31 y 53). Esta posición legislativa, por lo demás, concuerda con las recomendaciones de diferentes organismos internacionales que, como el Consejo de Europa o Reforma Penal Internacional, vienen sosteniendo, desde hace décadas, que deben agotarse los esfuerzos por promover y evaluar “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 comunidad contribuya aceptando su participación en el trabajo voluntario”⁸².

a.1.2. Diferencias con otras formas de prestación de servicios

Ante todo, esta sanción no debe ser confundida con el trabajo realizado 2649 (por el condenado a una pena privativa de libertad) en el marco del tratamiento penitenciario. Se diferencian porque: a) la pena de prestación de servicios a la comunidad se realiza en el medio libre; el trabajo como forma de tratamiento se ejecuta necesariamente dentro del recinto penitenciario; b) las tareas cumplidas por el penado son gratuitas; las cumplidas por

⁸¹ VÁSQUEZ, 2007, p. 89 ss.

⁸² Resolución N° 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 09 de marzo de 1976, sobre medidas penales sustitutivas de las penas privativas de libertad, Cfr. CONSEJO DE EUROPA, 1992, p. 208. Citada también por GONZÁLEZ TASCÓN, 2007, p. 32.

la persona sujeta a tratamiento son remuneradas; c) la beneficiaria de los servicios prestados por el penado es la comunidad en general; en el caso del trabajo penitenciario, el destinatario de la prestación puede ser cualquier persona o institución (pública o privada); d) la pena de prestación de servicios a la comunidad está sujeta a horarios y límites de ejecución más restringidos que el trabajo penitenciario; e) el correcto cumplimiento de la pena de prestación de servicios a la comunidad genera únicamente como consecuencia su extinción, mientras que el trabajo penitenciario debidamente ejecutado hace posible el beneficio de la reducción de la pena privativa de libertad.

- 2650 También debe distinguirse de la reparación civil en favor de la víctima. Esta reparación es determinada conjuntamente con la pena (art. 92). Puede constituir, igualmente, una regla de conducta impuesta al suspenderse la ejecución de la pena o de reservarse el fallo condenatorio. La ejecución de la pena de prestación de servicios a la comunidad no exime al penado de la obligación de pagar la reparación civil.
- 2651 El trabajo al servicio de la comunidad no es igual al que realiza un condenado a pena privativa de libertad en uso del beneficio de la semilibertad. Las diferencias son las mismas que las señaladas con relación al trabajo penitenciario, salvo que el trabajo ejecutado en el marco de este beneficio sea efectuado fuera de la prisión.
- 2652 Finalmente, la pena de prestación de servicios a la comunidad se diferencia claramente de los servicios prestados por obligación cívica. Este sería el caso, del llamado servicio civil de graduandos. En el primer caso, se trata de cumplir una pena, en tanto que en el segundo caso se trata de asumir una carga administrativa.
- 2653 En buena cuenta hay que admitir que se trata de un trabajo forzado, que desde tiempos muy lejanos, fue impuesto como pena. Por esto, como dice Nuvolone⁸³ “el hecho de humanizarlo o de adornarlo con adjetivos socialmente adecuados, nada le quita a éste carácter originario y lógicamente irreductible”.
- 2654 Sus características esenciales son las mismas que destaca y describe Valdir Sznick⁸⁴ del modo siguiente: “1) Naturaleza: La naturaleza jurídica de la prestación de servicios comunitarios es la misma que posee la pena pecu-

⁸³ NUVOLONE, 1980, p. 267.

⁸⁴ SZNICK, 1985, p. 69.

niaria o 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 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 son numerosos: puede ser prestado junto a entidades asistenciales que trabajen con niños, huérfanos o incapaces, instituciones de asistencia hospitalaria”.

a.1.3. Evaluación

Como principales ventajas de esta pena, se suele resaltar su alta potencia- 2655
 lidad resocializadora y su nula efectividad estigmatizante⁸⁵. Y entre sus
 desventajas, se critica que los servicios o trabajos que prestan los con-
 denados adolecen de escasa eficiencia y productividad, ya que son reali-
 zados por personas improvisadas e inexpertas; así mismo que esta pena
 puede generar una competencia negativa en el mercado laboral del ciu-
 dadano libre⁸⁶.

Como toda institución nueva, la pena de prestación de servicios a la comu- 2656
 nidad no ha estado exenta de observaciones respecto de su legitimidad y de
 sus posibilidades de aplicación.

La primera de ellas cuestiona su naturaleza de pena, teniendo en cuenta la 2657
 circunstancia, unánimemente aceptada, de la necesidad del asentimiento
 del condenado. Sin embargo, el consentimiento del condenado es útil para
 evitar la crítica de inconstitucionalidad de los trabajos impuestos. Lo cual
 no implica que deje de ser necesario comprobar la culpabilidad del pro-
 cesado, todo lo contrario, además hace posible la realización de los fines
 de la pena. Así, esta sanción ejerce una función de prevención especial al
 familiarizar al condenado con determinados valores como la utilidad social
 de la prestación o la reparación del daño cometido, en la medida que es so-
 metido a un “training social”. De esta manera, se logra neutralizar o atenuar
 la perturbación social causada por el delito.

También se ha objetado la legitimidad de esta pena por considerarse injusta 2658
 la asignación de trabajos no remunerados a personas que han cometido un

⁸⁵ SZNICK, 1985, p. 69.

⁸⁶ SZNICK, 1985, p. 70.

delito, en un contexto en el que ciudadanos honrados tienen problemas de desempleo o de subempleo. Se trata, al decir de los críticos, no sólo de una competencia desleal respecto de las personas individuales, sino también con relación a las empresas del sector privado que deben competir con el Estado, receptor de mano de obra gratuita. En nuestro país, esta objeción puede adquirir más fuerza, teniendo en cuenta la precaria situación del mercado de trabajo. Sin embargo, este cuestionamiento no es sólido en la medida que los casos en que es impuesta son limitados, por lo que su influencia en el mercado libre del trabajo es ínfima. Además, si se admite, conforme al art. 45, cierta corresponsabilidad social por la comisión de delitos, la ejecución de las penas de prestación de servicios en favor de la comunidad es una carga que ésta debe asumir.

- 2659 Así mismo, se ha denunciado que esta pena tendría un carácter infamante porque se expone al condenado al público, llegándose a afirmar que “terminaría quizá 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”⁸⁷. Si bien es cierto que puede tener esa consecuencia, también es verdad que ella es propia a toda pena. En todo caso, dicho efecto puede ser limitado mediante una información discreta y sólo a los responsables de la institución donde se prestará el servicio. Además, su ejecución debe estar rodeada de garantías (proporcionalidad, respeto de la dignidad, prohibición de la arbitrariedad, entre otras).
- 2660 Con escepticismo, se señala la imposibilidad de aplicar esta pena de manera generalizada, en razón tanto de la capacidad laboral limitada de los condenados y de su personalidad, como de circunstancias de orden geográfico o estructural (dificultad de aplicar esta pena en los medios rurales o en lugares económicamente poco desarrollados).
- 2661 La personalidad del autor es ciertamente un criterio a tomar en cuenta por el juzgador en la elección de la pena, pero no debe prejuzgar de manera absoluta la imposibilidad de aplicarse a un círculo determinado de individuos. Es importante, por ende, la información necesaria sobre la aptitud del procesado para cumplir una eventual pena de prestación de servicios a la comunidad. No han faltado tampoco dudas sobre el nivel de acepta-

⁸⁷ NUVOLONE, 1980, p. 267.

ción social que pueda tener esta nueva pena. Los prejuicios sociales frente al delincuente, sobre todo respecto a determinado tipo de delitos, pueden constituir un obstáculo.

Como toda política pública, la programación e implementación de un instrumento político criminal requiere un plazo de prueba para insertarse en el sistema social. Si se dice que mediante la pena, en el sentido clásico, el Estado se apropió de la solución del conflicto generado por el delito, excluyendo a la víctima, la pena de prestación de servicios a la comunidad permite replantear la cuestión, restaurando la paz jurídica perturbada. 2662

El éxito de su aplicación depende de la gestión y control de su ejecución. Debe recurrirse a ella de manera prudente, sobre todo, si no existen programas administrativos mínimos adecuados ni la cobertura financiera suficiente para su total implementación. 2663

a.1.4. Prestación de servicios y limitación de derechos

La inclusión de la pena de prestación de servicios a la comunidad dentro de las llamadas penas limitativas de derechos deja un amplio margen a la interpretación, respecto a los derechos que resultan afectados por su aplicación. La cuestión no tendría mayores consecuencias prácticas, si no fuera por el hecho que su imposición y ejecución debe igualmente respetar los derechos no concernidos por la condena. 2664

Las consecuencias limitativas de su aplicación son de diverso orden. En principio, se limita el derecho a la libertad de trabajo (art. 2, inc. 15, Const.) mediante la imposición de una actividad laboral, en cuya elección, modo de cumplimiento, duración, forma de control, está excluida la voluntad del condenado. Su asentimiento está limitado a la aceptación de la pena y está condicionado por la amenaza de la aplicación de una pena privativa de libertad sustitutiva. El Código no contempla, por ejemplo, la posibilidad de que el condenado no ejecute la obligación de prestar el servicio o extinga el contrato. 2665

El hecho de que esta pena, por su propia índole, deba ser ejecutada sin beneficio pecuniario alguno para el condenado va contra el derecho a ser remunerado (art. 23, pf. 4, Const.), por lo que resulta indispensable su consentimiento. 2666

- 2667 También se limita el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso (art. 2, inc. 22, Const.), sobre todo si se tiene en cuenta que su ejecución se realiza fuera del horario de trabajo del condenado. De ahí que esta pena tenga normalmente lugar los fines de semana.
- 2668 Por último, la pena tiene otras repercusiones que conciernen otros derechos como los sociales y laborales (seguridad por enfermedad o accidente) o el de rechazar la prestación de servicios excepcionalmente peligrosos. Por esto es indispensable que la legislación sobre esta materia tenga mayor desarrollo debido a la parquedad con que se regula tanto en el Código como en el CEP.

a.2. Características

- 2669 Según el art. 34: “la pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas”.
- 2670 Los servicios serán asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de su trabajo habitual.
- 2671 El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándosele la jornada correspondiente.

a.2.1. Contenido de la prestación

- 2672 El Código no enumera las prestaciones que el condenado pueda cumplir, ni precisa el carácter de los trabajos que pueden serle asignados. Puede tratarse de servicios de mano de obra cualificada o no. Al respecto, se ha señalado que debe tratarse de trabajos que sean efectuados en interés de la comunidad social en general, o de una comunidad en particular y que no entren en competencia con las actividades ejercidas a título oneroso por los profesionales, respecto de los cuales no sería equitativo privarles de su sustento. Estas restricciones son, sin embargo, incompatibles con nuestro contexto social.
- 2673 El criterio decisivo deben ser las condiciones personales del potencial prestatario de la actividad y no la calidad de la prestación en abstracto. Por lo tanto, la determinación del trabajo se hará caso por caso, de acuerdo con las particulares circunstancias materiales y personales.

a.2.2. Instituciones beneficiarias de la prestación

La pena de prestación de servicios a la comunidad tiene una clara proyección social, de modo que debe beneficiar a una colectividad, sea estatal o no (de utilidad pública). En ningún caso debe ser utilizada en beneficio de particulares o de empresas privadas con fines lucrativos. Esta condición fue expresamente considerada en el art. 9 del DS N° 005-2000-JUS, a la fecha derogado. En el Código, se mencionan a título de ejemplo las entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos u otras instituciones similares, así como las obras públicas (art. 34). 2674

El funcionamiento de la pena requiere que se establezca, administrativamente, una lista de instituciones en las que se podría implementar programas de ejecución de esta pena. El servicio de programación y ejecución dispondría así de un instrumento de planificación que le permitiría asignar prestaciones con criterios amplios y objetivos. Se trataría, evidentemente, de un registro flexible y actualizable. 2675

Las instituciones beneficiarias no son únicamente receptoras de prestaciones, sino también garantes del cumplimiento de las mismas. Siendo imposible que el órgano de tratamiento penitenciario controle permanentemente a todos los condenados por esta pena, las instituciones beneficiarias deben informar del cumplimiento al órgano de ejecución. En este sentido, el DS N° 005-2000-JUS, estableció que era de competencia de las unidades receptoras⁸⁸ encargarse de llevar el registro y control laboral diario del penado, informando a la autoridad penitenciaria en caso de incumplimiento, así como de remitirle la constancia de trabajo, una vez cumplida la sentencia. A este efecto, la institución beneficiaria llevaría una hoja de control laboral en donde se consignan las fechas, horas de entrada y salida, la firma y la huella digital del condenado (arts. 22, 23 y 28). 2676

Faltan aún mecanismos de coordinación más directos y efectivos entre la administración penitenciaria y las instituciones beneficiarias. El DS N° 005-2000-JUS y el DS N° 022-2003-JUS⁸⁹ se limitaron a establecer la obligación de coordinar con las instituciones beneficiarias lo concerniente a sus necesidades para efecto de asignación de sentenciados. Dentro de este 2677

⁸⁸ Según el art. 2 de la Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, del 19 de diciembre de 1998.

⁸⁹ DS N° 022-2003-JUS, del 07 de noviembre de 2003, por el cual aprobó el reglamento para la ejecución y supervisión de penas de protección de servicios a la comunidad y de limitación de días libres a cargo de Municipalidades y la PNP.

marco cabría pensarse, por ejemplo, en la preparación de contratos de prestaciones que garanticen un mínimo de calidad en los trabajos realizados, y de las condiciones en que debe trabajar el condenado.

a.2.3. Elección de la pena y del contenido de la prestación

- 2678 El Código, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del juez la elección de la pena que debe sustituir a la privativa de libertad. La elección de esta pena como sustitutiva de la pena privativa de libertad no está sujeta a un sistema que la privilegie frente a otras penas de sustitución, como la limitación de días libres o la multa. Esto significa que es el juez quien debe evaluar, de acuerdo a criterios de oportunidad, la conveniencia de imponer esta pena y no otra. Sin embargo, tanto el Código como el CEP no señalan cómo el juzgador puede formar su decisión, asegurando así un mínimo de posibilidades de eficacia del efecto preventivo especial de la pena. El juez dispondrá únicamente de los datos personales del condenado.
- 2679 En nuestro país, a diferencia de otros países en los cuales el servicio de ejecución y control actúa como un órgano consultivo e informa sobre la conveniencia de la imposición de la pena, la elección de la pena es materia sólo judicial. El juez decide, en muchos casos, intuitivamente.
- 2680 En el art. 120, pf. 1, del CEP se precisa que “se tienen en cuenta las aptitudes, ocupación u oficio, edad y estado de salud del penado”. Así mismo, la prestación de servicios debe realizarse de preferencia en el lugar del domicilio del penado (art. 120, pf. 2). La aptitud del condenado debe por tanto ser interpretada de manera amplia, no sólo como la capacidad laboral para el cumplimiento del servicio, sino como el conjunto de condiciones personales que lo hacen apto para el cumplimiento de una prestación específica: experiencia laboral, edad, sexo, nivel de calificación, estado de salud, disponibilidad, etc.
- 2681 Este requisito, sin embargo, no es de aplicación estricta, ya que no siempre es posible adaptar la asignación de servicios a las condiciones personales del condenado. En este sentido, en el art. 34, pf. 2, se establece que la asignación de los servicios se hará “en lo posible”, conforme a las aptitudes del condenado. Por su parte, en el art. 121 del CEP, se señala que estas condiciones deben “tenerse en cuenta” y que debe realizarse una evaluación.
- 2682 El Órgano penitenciario también debe enfrentar algunas dificultades objetivas para ubicar de modo óptimo al condenado en una institución. Por

ejemplo, el citado art. 120 del CEP señala como una limitación el domicilio del condenado, en función de factores como gastos de desplazamiento, posibilidades de control, facilidades para el condenado. Además, en la elección de la prestación a cumplir por el condenado debe apreciarse el tipo de infracción cometida para no atribuirle un servicio que pueda dar ocasión a la reiteración. En efecto, a un condenado por delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o bajo la influencia de drogas no debe asignársele una prestación relacionada con esta actividad. Del mismo modo, el servidor público que comete un delito de comercialización de desechos sólidos, debe realizar labores cualitativamente diferente a su función anterior.

a.2.4. Consentimiento del condenado

El consentimiento del condenado es un requisito indispensable al momento de imponer la pena de prestación de servicios a la comunidad, muy a pesar de que la ley no lo prevea expresamente. Por tal razón, el art. 34 debe ser interpretado de conformidad con la Constitución y los convenios internacionales, sobre todo porque las disposiciones procesales y administrativas que complementan el art. 34, tampoco establecen reglas precisas sobre dicho requisito. 2683

En el art. 17 del citado DS N° 005-2000-JUS, por ejemplo, sólo establecía, con limitada claridad, que el consentimiento del condenado debía tomarse en cuenta para efectos complementarios, a fin que garantice el cumplimiento exitoso de la pena. Por tanto, el órgano de ejecución se limitaba únicamente a hacer cumplir lo ya dispuesto por el juez, sin considerar si éste obtuvo el consentimiento del condenado antes de decidir. 2684

Para completar el vacío detectado, hay que considerar, por ejemplo, la Convención 29 de la OIT de 1930, sobre el trabajo forzado y su abolición. Así mismo, la CADH y el PICDP. La primera convención define el trabajo forzado u obligatorio como todo trabajo de un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y con respecto al cual éste no se ha mostrado de acuerdo (art. 2, inc. 1). Sin embargo, en esta misma Convención se establece que este término no comprende todo trabajo o servicio exigido a un individuo como consecuencia de una condena pronunciada por una decisión judicial, a condición que este trabajo o servicio sea ejecutado bajo la vigilancia y el control de las autoridades públicas, y que dicho individuo no sea puesto a disposición de particulares, compañías o personas morales privadas (arts. 2, inc. 2, lit c). 2685

- 2686 Por su parte, tanto el PIDCP (art. 8, inc. 3, lit. c) como la CADH (art. 6, inc. 3) señalan que no constituye trabajo forzoso u obligatorio los trabajos o servicios que se exigen normalmente a una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por autoridad judicial competente.
- 2687 En la legislación extranjera y la doctrina, se ha considerado que el trabajo en favor de la comunidad deja de ser forzado u obligatorio desde el momento en que el condenado expresa su asentimiento. Pero hay más de ficción que de realidad en esta condición. La voluntad del condenado es más un eufemismo e influye poco frente a la amenaza de la pena privativa de libertad sustitutiva.
- 2688 La compatibilidad de esta pena con los instrumentos internacionales ha sido más o menos justificada con criterios de interpretación progresiva como el que formuló, en 1980, la CoEDH en el caso *Guzzard*. Interpretando la CEDH (que contiene una disposición similar a la CADH), la CoEDH señaló que ésta es un instrumento vivo que debe leerse “a la luz de las nociones corrientemente en vigor en los Estados democráticos”. La necesidad de buscar alternativas a la pena privativa de libertad, llevó al Comité Europeo a decir que “se puede considerar anormal que estas Convenciones elaboradas teniendo en cuenta diferentes abusos puedan frenar el desarrollo de medidas no privativas de libertad cuando éstas no implican excepciones específicas que autoricen el trabajo obligatorio ejecutado por personas que cumplen una pena privativa de libertad; parece necesario precisar que las Convenciones no deben oponerse a las medidas no privativas de la libertad como el servicio en favor de la comunidad”.
- 2689 En definitiva, el consentimiento del condenado permite adecuar mejor esta pena al fin preventivo especial que la orienta. Ya que siendo el trabajo una obligación personal, sólo ejecutable por el condenado, sería inconstitucional imponerlo mediante la fuerza física o la coacción. Así, el condenado debe ser consultado sólo respecto de la posibilidad de cumplir una prestación en favor de la comunidad, mas no sobre los detalles concretos de su ejecución (lugar de ejecución, duración de la pena). Estando dicha condición dentro de la competencia exclusiva del juzgador, mal podría el órgano de ejecución negociar su cumplimiento una vez dictada la sentencia. A la inversa, el juez no es el encargado de establecer las condiciones concretas de cumplimiento y, por tanto, no podría discutir con el condenado sobre las mismas.

Una vez que el condenado haya dado su consentimiento a la ejecución de un servicio en favor de la comunidad debe cumplirlo en las condiciones establecidas. En el Acta de Compromiso, que firma ante la autoridad penitenciaria, se compromete no sólo a ejecutar los servicios que le han sido asignados, sino también a respetar las normas internas de la institución donde va a ejecutar la prestación, así como las del órgano de ejecución. Difícilmente puede reconocérsele la facultad de revocar su consentimiento con posterioridad. 2690

Es de señalar, finalmente, que el consentimiento del condenado no es una confesión de culpabilidad ni tiende a la enmienda o arrepentimiento moral del condenado, es sólo una manifestación de voluntad de ejecutar la prestación del servicio. 2691

En razón a que resulta difícil imaginar que alguien pueda preferir la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad, es que Vass ha considerado que esta visión “voluntarista” es un “respetable mito” que en la práctica no tiene significación alguna. Debemos, sin embargo, matizar esta afirmación en consideración de nuestro sistema de sanciones. Es verdad que el condenado puede tener cierto margen de maniobra en el marco de la conversión de esta pena, al existir como penas de sustitución la multa o la limitación de días libres. 2692

Así por ejemplo, un condenado solvente puede ser más proclive a pagar una multa que a realizar prestaciones en favor de la comunidad o sufrir limitaciones de días libres. La mayor visibilidad social a la que se expone el condenado en este caso es un criterio decisivo. Empero, este “poder de negociación” del condenado es más limitado si es insolvente. En el mismo Código, se establece que al condenado que devenga insolvente por causas ajenas a su voluntad deberá sustituirse la multa por una pena limitativa de derechos (art. 56, pf. 2). 2693

La misma situación se da en los casos en los que la pena de prestación de servicios es prevista como pena autónoma y alternativa. Salvo el caso del delito de conducción en estado de ebriedad (art. 274), en que se le considera como pena acumulativa a la inhabilitación, en el resto de supuestos aparece como alternativa a la pena privativa de libertad o a la multa. En países como Brasil, Portugal o España, la pena de prestación de servicios a la comunidad es considerada únicamente como pena de conversión o sustitutiva (y no como pena autónoma), por lo que el problema del asentimiento del condenado es menos importante. 2694

a.2.5. Duración y modo de cumplimiento

- 2695 El art. 34, pf. 4, establece que esta pena tendrá una duración entre 10 a 156 jornadas semanales de diez horas cada una, y que debe cumplirse normalmente los sábados y domingos. Sólo de manera excepcional se puede autorizar su cumplimiento en los días útiles. Calculada en términos absolutos, la pena de prestación de servicios a la comunidad deberá cumplirse en un plazo máximo de tres años y podrá alcanzar hasta 1560 horas de prestaciones. Esta duración difiere ligeramente de la establecida en los Proyectos de 1985 y 1986. En éstos, la duración era entre 12 y 144 jornadas de ocho horas cada una, salvo en el caso de conversiones. De *lege ferenda* cabe recordar que en el Proyecto Hurtado, se consideró la remisión de parte de la pena de prestación de servicios a la comunidad impuesta al condenado, atendiendo a lo óptimo de su desempeño (art. 46).
- 2696 La legislación extranjera presenta una duración ostensiblemente menor. En Inglaterra, la “community service” puede durar hasta 240 horas como máximo para un delincuente mayor de 17 años. En Portugal, la pena no puede sobrepasar las 180 horas (art. 60, inc. 3). En Francia, se fija el baremo en 240 horas (art. 131, inc. 8). En Italia, el máximo de horas, tratándose de una conversión simple de una multa, es de 60 horas y, en caso de reemplazar simultáneamente varias multas, la duración puede ser de hasta 480 horas.
- 2697 La opción adoptada por el legislador nacional no parece ser la más adecuada a los fines que se persiguen con esta pena. Fijar el máximo de duración en 1560 horas de trabajo gratuito es excesivo y contraproducente. Si la pena de prestación de servicios a la comunidad está destinada a sustituir las penas privativas de libertad de corta duración, su alcance temporal debe mantenerse igualmente dentro de los límites de una pena limitativa de derechos de corta duración. Al igual que en la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no es directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. A su vez, la efectividad depende de la capacidad de gestión, control y vigilancia en su cumplimiento.
- 2698 La fijación en 10 horas de cada jornada semanal es demasiado rígida. Hubiera sido mejor fijar como márgenes horarios más flexibles, dentro de los cuales el juez pudiera decidir. Esto permitiría una mejor individualización de la pena. Los días en que debe cumplirse la prestación son, por regla general, los sábados y domingos. Sólo excepcionalmente, como se

ha señalado, podrá autorizarse el cumplimiento de esta pena durante los días útiles.

El DS N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997⁹⁰, mantuvo tácitamente dicho criterio al señalar que el trabajo puede realizarse “dentro de los 7 días de la semana” (art. 5, inc. 4). 2699

La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede aplicarse como sustitutiva de penas privativas de libertad no mayores de cuatro años (arts. 32 y 52). La equivalencia es de siete días de pena privativa de libertad por una jornada semanal de prestación de servicios. Esta equivalencia fue introducida mediante la Ley N° 27186, del 20 de octubre de 1999, ya que originalmente la conmutación procedía sólo respecto a penas privativas de libertad de hasta tres años. Un día de pena privativa de libertad equivalía a una jornada semanal de prestación de servicios, lo que daba resultados desproporcionados e incompatibles con los fines de estas penas. 2700

Mediante esta ley, no sólo se racionalizó el régimen de la sustitución, sino que se dio coherencia a los rangos fijados por el art. 53, para el supuesto de una revocación por incumplimiento injustificado de la pena convertida de prestación de servicios a la comunidad. En efecto, para estos casos, la citada disposición estatuye que el retorno a la pena privativa de libertad, originalmente impuesta, se haga descontando a los condenados siete días de privación de libertad por cada jornada de prestación de servicios a la comunidad cumplida antes de decretarse la revocación. 2701

a.2.6. Gratuidad de la prestación

Tratándose de una pena, los servicios realizados por el condenado son gratuitos. Sería inadmisibles que el delincuente obtuviese un beneficio institucionalmente aceptado a través del cumplimiento de una pena. A diferencia del trabajo penitenciario, en el que las labores del condenado son remuneradas, en la prestación de servicios a favor de la comunidad el contenido aflictivo se relaciona no sólo con la privación del tiempo libre, sino con el hecho de tener que ejecutar trabajos sin la obtención de una contraprestación. 2702

⁹⁰ El DS N° 011-97-JUS, del 29 de octubre de 1997 (Manual de procedimientos para la ejecución de las sentencias a penas limitativas de derechos), fue derogado por la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 27030, del 19 de diciembre de 1998.

- 2703 La compatibilidad de la pena de prestación de servicios a la comunidad con el postulado constitucional que prescribe que “nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución”, se funda en las consideraciones señaladas anteriormente con relación al consentimiento del condenado. Es decir, el asentimiento del condenado en cumplir la pena supone la aceptación de las condiciones de su ejecución, entre ellas, la de realizar el servicio sin ser remunerado. Por tanto, en la medida en que el condenado sea informado de esta característica de la pena y acepte, “se obliga” a realizar el trabajo sin retribución.
- 2704 La gratuidad de la prestación no implica que el condenado deba asumir el gasto por desplazamiento al lugar en que debe efectuar el servicio. El condenado sólo aporta gratuitamente su fuerza de trabajo. Lo contrario es contraproducente para la efectividad de la pena. El condenado podría argumentar la falta de medios para desplazarse a efecto de incumplir el servicio.

a.3. Aplicación práctica

- 2705 La aplicación de esta pena en nuestro país evoluciona favorablemente. En el periodo de 1994 a junio de 1997, las estadísticas muestran un primera fase de aplicación incipiente (1994: 34 penas), luego una fase de aparente consolidación (1995 y 1996: 117 y 177 penas, respectivamente) para finalmente percibirse una disminución de su nivel de aplicación (1997: 39 penas). Sin embargo, en la década siguiente las cifras reflejan un notable incremento tanto en el registro de unidades receptoras (2007: 998) como en penas aplicadas (2007: 2539).
- 2706 Las instituciones beneficiadas son principalmente los colegios y municipalidades. Los comedores populares, las asociaciones de madres, los centros de salud, la división de menores de la Policía Nacional, o los hospitales, se han beneficiado en menor proporción. Un primer balance sobre estos datos permite afirmar que se debe ampliar la lista de instituciones y desconcentrar las prestaciones.
- 2707 Las prestaciones que mayormente se asignan a los condenados son, por ejemplo, las de mantenimiento y de limpieza, jardinería, cocina. En menor medida, se cuentan labores de administración, de seguridad y guardianía, de auxiliar, albañilería, mecánica, etc. Un grupo mínimo está constituido por profesiones, como las de médico, ingeniero, abogado, trabajador social o profesor.

Cabe señalar, finalmente, que según la Directiva N° 04-2007-INPE, la organización, asignación y supervisión de la ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad corresponde a la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de derechos de la Oficina General de Tratamiento del INPE. 2708

b. Pena de limitación de días libres

b.1. Generalidades

En el derecho extranjero ha sido frecuente la regulación de penas privativas de libertad de ejecución fraccionada como el arresto de fin de semana. Esta modalidad punitiva determinaba el internamiento y la permanencia discontinua del condenado en un centro carcelario por períodos breves que tenían lugar los días sábados, domingos o feriados. Según la doctrina, esta sanción podía imponerse como pena autónoma para delitos leves o culposos y, también, como pena sustitutiva de las penas privativas de libertad de corta duración o las impuestas por el incumplimiento del pago de la pena de multa⁹¹. La primera modalidad fue seguida en el Proyecto de CP español de 1983 (arts. 34 y 36), la segunda, en el CP portugués de 1982 (art. 44) y en el CP colombiano de 2000 (art. 40). 2709

A pesar de constituir una privación de libertad, presenta efectos positivos. En especial porque “no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo”⁹². En la experiencia nacional, sólo en el Proyecto Alternativo se consideró la aplicación de una pena de arresto de fin de semana. Sin embargo, ella fue concebida como forma alterna de ejecución de la pena privativa de libertad que sustituía a una pena de multa no pagada (art. 39). 2710

El Código no reguló la pena de arresto de fin de semana. Siguiendo el CP brasileño de 1984, se incluyó la *pena de limitación de días libres*, cuya principal característica es ser ajena, en su diseño y organización, a todo régimen institucionalizado o cerrado propio de un centro penal. Por el contrario, su régimen de ejecución es flexible, variado y tiende a la autorregulación. 2711

b.2. Concepto y denominación

La pena de limitación de días libres restringe el derecho al tiempo libre, y consiste en obligar al condenado a permanecer entre 10 y 16 horas, los días sábados, domingos y feriados, en un establecimiento no carcelario. 2712

⁹¹ SAINZ CANTERO, 1978, p. 235 ss.; GARCÍA VALDÉZ, 1986, p. 352 ss.

⁹² GIMBERNAT, 1979, p. 582.

- 2713 Si bien en el Código se encuentra prevista como una pena limitativa de derechos (diferente, por tanto, de la pena privativa de libertad y de las restrictivas de libertad), lo cierto es que su aplicación restringe también la libertad ambulatoria del condenado. Por esto, se le considera a veces como una variante de la privación de libertad⁹³. De modo que para designar a esta pena, en la doctrina, se utilizan diversas denominaciones. Por ejemplo, “arresto de fin de semana”⁹⁴, “*prisão por dias livres*”⁹⁵, “*arresto saltuario*”⁹⁶, “*prisão de fim de semana*”⁹⁷. En el CP brasileño, se le llama *limitação de fim de semana*. Respecto a esta legislación, Da Costa, señala que el legislador ha seguido una técnica legislativa imperfecta, pues tanto esta pena como la prestación de servicios a la comunidad no tienen nada que ver con la restricción de derechos. Propone denominarla “pena alternativa”⁹⁸. Esta denominación es, sin embargo, inconveniente por ser demasiado general, ya que la multa u otras penas pueden considerarse también como penas alternativas.
- 2714 La formulación “limitación de días libres”, adoptada ya en el Proyecto de 1989 y mantenida en el Código vigente, es preferible a las demás. Con esta designación se comprende no sólo los fines de semana, sino también los días feriados.

b.3. Naturaleza jurídica

- 2715 Diferenciar esta pena de las demás es tarea ardua. Si se toma al pie de la letra la expresión utilizada para denominarla, se puede pensar que es una pena privativa de libertad de ejecución fraccionada⁹⁹. Esta falsa apariencia desaparece cuando se tiene en cuenta que es ejecutada en un centro que no debe ser un establecimiento carcelario. Por tanto, no debe ser confundida, por ejemplo, con el arresto de fin semana que regulaba el CP español de 1995¹⁰⁰, pues en su art. 37, inc. 2, se estableció que el cumplimiento de dicha

⁹³ En este sentido: PRADO, 2000, p. 90; MANTOVANI, 1980, p. 735; LOPEZ ROCHA, 1986, p. 38; FIGUEIREDO, 1985, p. 391.

⁹⁴ Esta es la denominación asumida tanto en el CP español de 1995 (art. 35) como en la doctrina en general.

⁹⁵ FIGUEIREDO, 1985, p. 390; GONÇALVES, 1996, p. 301.

⁹⁶ MANTOVANI, 1980, p. 735.

⁹⁷ FRAGOSO, 1986, p. 324.

⁹⁸ DA COSTA JR., 2007, p. 281.

⁹⁹ PRADO, 2000, p. 90.

¹⁰⁰ Identifican esta pena al arresto de fin de semana: PEÑA CABRERA, 1995, p. 517 ss.; BRAMONT ARIAS, 1995, p. 210. Por el contrario establece la distinción: PRADO, 2000, p. 92.

pena “tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el *establecimiento penitenciario* más próximo al domicilio del arrestado”¹⁰¹.

Esta pena es, a su vez, diferente de otras sanciones similares como la semidetención del CP portugués de 1982 (art. 45), la pena de localización permanente que preveía el CP español de 1995 (art. 37) o la prisión domiciliaria del CP colombiano de 2000 (art. 38). No es correcto, entonces, calificar a la pena de limitación de días libres como una forma de arresto¹⁰². También es erróneo, según nuestra ley, afirmar que dicha pena implica una privación de libertad “fraccionada, interrumpida o discontinua con el consiguiente ingreso de la persona a un centro carcelario”¹⁰³. A diferencia de la pena de prestación de servicios a la comunidad, la pena de limitación de días libres no puede ejecutarse durante los días útiles de la semana.

b.4. Antecedentes y fuente legal

Prevista por primera vez en el Proyecto de 1989 (art. 39), fue conservada, con ligeras modificaciones de forma, en el Proyecto de 1989; luego fue mantenida tanto en el Proyecto de 1990 (art. 39) como en el actual Código (art. 35).

El modelo seguido por el legislador es el previsto en el art. 48 del CP brasileño, en el que se estatuye que la “limitación de fin de semana consiste en la obligación de permanecer, los sábados y domingos, por cinco horas diarias, en casa del albergado o en otro establecimiento adecuado. Durante la permanencia se podrá suministrar al condenado cursos y conferencias o asignársele tareas educativas”.

Las diferencias con el modelo seguido radican en la duración de la pena por cada fin de semana (duración de diez a dieciséis horas por jornada), en los días en que puede ser aplicada (inclusión de los días feriados) y en el carácter imperativo y no potestativo de las actividades educativas a realizar durante su ejecución.

b.5. Finalidad político criminal

Se busca limitar los inconvenientes propios a la ejecución discontinua de la pena de limitación de días libres y superar los efectos derivados de la

¹⁰¹ Esta descripción de la pena determina que exista unanimidad en la doctrina española en catalogarla como una pena privativa de libertad de corta duración. Cfr. en este sentido: CEREZO, 1996, p. 21; SOBREMONTÉ, 1982, p. 562; PRATS, 1996, p. 33; GIMBERNAT, 1980, p. 182.

¹⁰² VILLA, 2008, p. 494.

¹⁰³ VELÁSQUEZ, 2009, p. 1054.

ejecución discontinua de la pena privativa de libertad¹⁰⁴. Así mismo, no desarraigar de su entorno social y familiar al condenado. De esta manera, el Estado interviene para lograr integrarlo socialmente. Por tanto, esta pena se encuentra conforme con los objetivos de prevención especial positiva reconocidos en la Constitución.

- 2721 No obstante, el éxito de su aplicación depende de diversos factores, como por ejemplo, la debida elección de sus destinatarios, la adecuada selección y administración de los cursos a impartir, la disponibilidad de locales idóneos para su ejecución, la existencia de personal docente debidamente preparado para esta tarea, su razonable duración y, claro está, el debido control que debe ejercer el órgano a cargo de su supervisión.

b.6. Características

b.6.1. Destinatario

- 2722 La pena de limitación de días libres está destinada a ser impuesta por la comisión de delitos de poca gravedad. En general, es recomendable aplicarla a delincuentes juveniles (entre dieciocho y veinticinco años). Puede ser impuesta también a delincuentes primarios, incursos en la comisión de determinados infracciones como los delitos de tráfico, contra la familia, contra el orden económico o infracciones cometidas con ocasión de manifestaciones deportivas.
- 2723 En el caso de los delitos de tráfico, la índole de la infracción se presta para que el condenado reciba orientaciones destinadas a evitar la comisión de futuras infracciones del mismo tipo. Tratándose del delito de omisión de asistencia familiar, su aplicación depende de que el condenado pueda pagar la pensión alimenticia y reciba orientaciones sobre sus responsabilidades familiares. Con relación a jóvenes violentos en los espectáculos deportivos, esta pena puede funcionar como una medida de seguridad.
- 2724 Según la escala de conversiones del art. 52, se puede aplicar esta pena en lugar de una pena privativa de libertad no mayor a cuatro años. El juzgador deberá tener en cuenta, aunque el Código no establezca expresamente este requisito, la personalidad del condenado a efectos de determinar si su aplicación resulta idónea desde la perspectiva de su finalidad político criminal. Es posible, por ejemplo, imponerla a un reincidente que acaba de cumplir una pena privativa de libertad y ha cometido un delito leve.

¹⁰⁴ SAINZ, 1978, p. 235 ss.; GARCÍA VALDÉZ, 1986, p. 352 ss.

Cabe anotar que para poder imponer esta pena a través de la conversión, 2725 debe comprobarse que no es posible imponer la reserva de fallo condenatorio o la suspensión de la ejecución de la pena.

b.6.2. Contenido de la pena

Su contenido no está determinado por el hecho de la permanencia física 2726 del condenado en un establecimiento cerrado, sino por su participación en actividades educativas. El condenado debe recibir orientaciones tendentes a su rehabilitación. Por esto, se le puede calificar como pena-tratamiento.

Tanto en el CEP (art. 122) como en las disposiciones complementarias, se 2727 repite lo establecido en el Código (art. 35). El sentenciado debe ser evaluado por los profesionales del equipo de tratamiento a efecto de determinar las orientaciones psicológicas o las tareas educativas que resulten pertinentes. Esta evaluación permitirá adaptar el tratamiento a las necesidades del condenado. La determinación de las tareas educativas debe contemplar programas de atención integral al condenado, por parte de la asistente social y del psicólogo. Este régimen fue ratificado por el derogado DS N° 005-2000-JUS (art. 16) y Ley N° 27030 (arts. 9, lit. e, 10 y 16¹⁰⁵).

La identificación de los programas educativos, así como la modalidad de 2728 enseñanza deben ser objeto de una discusión multidisciplinaria. Siendo los destinatarios personas adultas y que han cometido un delito, el contenido de la pena debe ser especializado. Las decisiones al respecto estarán ciertamente condicionadas por los costos y la duración promedio de la condena.

b.6.3. Horario y duración de la pena

Los horarios deben ser reglamentados de tal manera que faciliten su cum- 2729 plimiento efectivo. El Código se limita a señalar que las jornadas deben durar en general entre 10 y 16 horas. En el art. 5, inc. 4, del derogado DS N° 011-97-JUS, se estableció que la pena se cumpliría los días sábados, domingos y feriados “a razón de cinco horas diarias”. Si bien la Ley N° 27030 no hace mención expresa a los días del cumplimiento de esta pena, sí se ha hecho mención a que será el Jefe del Órgano Técnico quien deberá presentar

¹⁰⁵ El art. 16 de la citada Ley N° 27030, Ley de ejecución de las penas de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, fue introducido por el art. 2 de la Ley N° 27935, del 12 de febrero de 2003.

al sentenciado ante la correspondiente unidad receptora, mediante un oficio en la cual constará el horario que éste habrá de cumplir (art. 9, inc. d.2).

b.6.4. Lugar y modo de cumplimiento

- 2730 Las penas de limitación de días libres se deben cumplir en un establecimiento organizado con fines educativos y sin las características de un centro carcelario. Estos establecimientos estarán a cargo de la administración penitenciaria. En particular, bajo la dirección de la Oficina de Medio Libre y Penas Limitativas de Derechos de la Oficina General de Tratamiento del INPE, según se dispone en el art. 31 del Reglamento de Organización y Funciones del INPE (Res. Min. N° 040-2001-JUS, del 02 de febrero de 2001).
- 2731 A este órgano corresponde disponer la evaluación del sentenciado para la asignación de tareas educativas, así como el control de la asistencia del mismo. Para tal efecto, los condenados deben registrar su concurrencia en un libro de control y firmar y estampar su firma o huella digital en una planilla individual en la que se consigna la fecha y actividad realizada, así como la hora de entrada y salida (según se disponía en el art. 22 del DS N° 005-2000-JUS).
- 2732 Las normas complementarias no especifican cómo están constituidos los equipos encargados de orientar a los penados. El CEP sólo establece que los establecimientos de ejecución contarán con los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su rehabilitación (art. 123, *in fine*). Por su parte, el art. 4 del DS N° 011-97-JUS, y luego la Ley N° 27030, señalaron que especialistas en asistencia social y psicología serían los encargados de evaluar al sentenciado y emitir opinión sobre el tratamiento a aplicar, así como de brindarle atención integral.

b.7. Ejecución

- 2733 A pesar del relativo optimismo existente en la doctrina respecto a las posibilidades de aplicación de esta pena¹⁰⁶, la realidad nos muestra una situación diferente. De acuerdo con los datos estadísticos del INPE, ésta no ha sido aplicada en igual proporción que la prestación de servicios a la comunidad. Las razones que explican esta lamentable constatación son de

¹⁰⁶ PRADO, 2000, p. 94.

distinto orden. Sin embargo, entre ellas destacan la falta de establecimientos especializados y la apatía judicial por su aplicación.

Desde el punto de vista técnico-legislativo, la imposición de penas de limitación de días libres está sujeta a algunas dificultades. Entre ellas, la elección y determinación del *quantum* de la pena. Como ya lo señalamos, en el caso de pena de prestación de servicios a la comunidad, el juez no cuenta con ningún tipo de ayuda para decidir sobre el particular en la sentencia. Además, la decisión de aplicar una pena de limitación de días libres, como sustitutiva de penas privativas de la libertad, implica necesariamente un análisis de riesgo respecto a las probabilidades de reincidencia, que se adiciona a las exigencias y valoraciones propias de la individualización de la pena. El juez, en estos casos, debe tener en cuenta los siguientes indicadores de riesgo:

- El número e índole de los delitos anteriormente cometidos;
- El número de sentencias condenatorias a penas privativas de libertad;
- La edad en que el condenado cometió la primera infracción y en que sufrió la primera privación de libertad;
- El abuso de drogas y alcohol;
- La necesidad de una terapia contra el alcohol o la droga;
- El record laboral;
- La necesidad de educación¹⁰⁷.

Estos criterios permiten clasificar en categorías, de acuerdo con el nivel de riesgo, a los condenados e individualizar correctamente la pena de limitación de días libres que se aplique como pena sustitutiva. 2734

c. Pena de inhabilitación

c.1. Generalidades

Se discute mucho sobre la índole jurídica de la inhabilitación. Para algunos se trata de una pena y para otros de una medida de seguridad¹⁰⁸. En nuestra legislación, siempre ha sido considerada como una pena¹⁰⁹. 2735

¹⁰⁷ JUNGER-TAS, 1994, p. 46.

¹⁰⁸ MANZANARES, 1981, p. 41 ss.

¹⁰⁹ PEÑA CABRERA, 1995, p. 383 ss. Es de anotar que en el Proyecto de la Comisión Revisora Especial

- 2736 Privar a una persona del ejercicio de uno o varios derechos políticos, civiles o económicos; así como de funciones, profesiones, artes u oficios, tiene un sentido fuertemente punitivo, aunque menos grave que otras penas.
- 2737 En ese sentido, la inhabilitación impone la privación o suspensión del goce de uno o más derechos, pero de forma diferente a como se hace con la pena privativa de libertad o la pecuniaria¹¹⁰. Así por ejemplo, con la pena de inhabilitación se sancionan, sobre todo, actos que violan deberes especiales o que implican el abuso de posiciones de poder, de capacidades o de habilidades técnicas. Por ejemplo, en el caso de la comisión de delitos por funcionarios o servidores públicos, el art. 36, inc. 4, prevé la inhabilitación profesional, por la cual se incapacita para ejercer actividades de comercio, arte o industria¹¹¹.

c.2. Clases de inhabilitación

- 2738 La utilidad político criminal de la pena de inhabilitación es innegable, pero son discutibles su oportunidad y alcances. En particular, respecto a los sistemas que, como el peruano prevén, según el modelo español, las formas absoluta y perpetua. Las consecuencias graves y amplias de carácter retributivo que tiene sobre los derechos del condenado pueden tener efectos estigmatizadores e infamantes¹¹².
- 2739 Con el objeto de contrarrestar el carácter altamente represivo de esta pena, en el Código se reformó su estructura, previéndose las formas de inhabilitación especial y temporal, y los tipos de inhabilitación impuestas como pena principal o accesoria.

c.3. Incapacidades impuestas al condenado

- 2740 En el art. 36, se establece el tipo de inhabilitación que puede imponerse al condenado (incapacidades, suspensiones o restricciones):
- Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.

de 2008/2009, se incluye una nueva medida de seguridad denominada *restricción de derechos y facultades*; la misma que consiste en imponer, con fines de control y vigilancia, limitaciones o prohibiciones a imputables o imputables relativos que lo requieran según el art. 79.

¹¹⁰ ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR, 2000, p. 931 ss.; VELÁSQUEZ, 2009, p. 1061.

¹¹¹ GARCÍA CAVERO, 2008, p. 694.

¹¹² INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 1986, p. 79 ss.

- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia.
- Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero, profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia.
- Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego.
- Incapacidad definitiva para obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de libertad superior a cuatro años; medida que debe ser impuesta en forma obligatoria en la sentencia.
- Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.
- Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

Corresponde al juez seleccionar e imponer en la sentencia condenatoria el tipo de inhabilitación que resulte adecuada a las características del delito cometido y a la condición o *modus operandi* de su autor. Al respecto, es pertinente destacar que en el AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008¹¹³, se afirma que en “la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incs 3, 4 y 8 del art. 36, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que la pena debe quedar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena” 2741

¹¹³ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, F.J. 8.

c.4. Tipología: inhabilitación principal y accesoria

- 2742 En el art. 37 se estipula que la pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria. Es principal cuando la inhabilitación está prevista en el mismo tipo penal de la parte especial del Código (o en sus leyes penales complementarias o accesorias). Sobre esta problemática, el citado AP N° 2-2008/CJ-116¹¹⁴, añadió que, aún cuando algunos tipos legales (p. ej., los arts. 177, 181-B y 398), señalen que la inhabilitación conminada es accesoria, en realidad, por su propia ubicación sistemática, debe entenderse que es principal.
- 2743 El Código estatuye la pena de inhabilitación accesoria en dos casos. Primero, según el art. 39, cuando el delito cometido por el agente, el cual no teniendo previsto una pena de inhabilitación principal, representa por su naturaleza o modo de ejecución la infracción de un deber especial del autor o el manifiesto abuso de una atribución o facultad que aquél posee por razón de su cargo, profesión o industria. En segundo término, conforme al art. 40, estaremos frente a una pena de inhabilitación accesoria cuando el agente ha realizado un delito culposo de tránsito, previéndose la “suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo” (art. 36, inc. 7)¹¹⁵
- 2744 En la ES del 22 de enero de 1993, Exp. N° 1982-92-A Lima, por ejemplo, la inhabilitación accesoria fue aplicada de manera correcta. Se trata del caso de un padre, quien infringiendo los deberes especiales derivados de dicha condición familiar, atentó contra la libertad sexual de sus hijas. Los jueces argumentaron que “de la revisión de la sentencia recurrida se aprecia que el Colegiado no ha impuesto ninguna pena accesoria al encausado, no obstante que el art. 39 señala expresamente que es procedente la imposición de la pena de inhabilitación como accesoria, cuando el hecho punible cometido por el condenado constituye violación de un deber inherente a la patria potestad; que conforme a lo preceptuado por los arts. 418 y 419 del CC, los padres tienen el deber de cuidar la persona y bienes de sus menores hijos y el ejercicio de la patria potestad les es conferido conjuntamente a ambos, los mismos que se constituyen en los representantes legales de los

¹¹⁴ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, E.J. 7.

¹¹⁵ Sin embargo, en los casos de los delitos de homicidio culposo (art. 111) o de lesiones culposas (art. 124), se ha previsto la imposición de la pena de inhabilitación principal cuando éstos han sido cometidos mediante la conducción de vehículos bajo efectos del alcohol o drogas, o inobservando reglas técnicas de tránsito.

menores; que, con la actitud tomada por el acusado (...), cuya culpabilidad ha quedado acreditada, se ha vulnerado el referido deber y derecho de padre, por lo que se debe hacer acreedor a la pena accesoria de inhabilitación contemplada en el numeral anteriormente señalado”¹¹⁶.

También fue correcta la decisión adoptada en el caso de un delito culposo ocasionado al conducir un vehículo a motor sin respetar el deber objetivo de cuidado¹¹⁷. Se trató de la ES del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 2571-97, la cual afirmó que “conforme a lo establecido en el art. 40, la pena de inhabilitación puede imponerse como accesoria para la comisión de los delitos culposos de tránsito, por lo que no habiéndose aplicado al presente caso, y en concordancia con el art. 36 del mismo texto legal, cabe integrar la sentencia venida en grado y aplicar dicha pena accesoria” 2745

c.5. Duración de la inhabilitación

Conforme al art. 38, la duración de la pena de inhabilitación principal es de seis meses como mínimo y de cinco años como máximo. Sólo según el Proyecto de 1986, su duración era hasta 10 años (art. 59). En algunas leyes penales complementarias, se han establecido límites máximos superiores. Por ejemplo, en la Ley N° 27765, Ley penal contra el lavado de activos, su límite máximo es de hasta seis años (art. 4), y en el DLeg N° 813, Ley de delitos tributarios, es de hasta siete años (art. 6). 2746

En cuanto a la duración de la pena de inhabilitación accesoria, se ha planteado un problema interpretativo. El art. 39, *in fine*, sostiene que ésta se “extiende por igual tiempo que la pena principal”. Un sector de la doctrina ha entendido que la duración de esta pena depende de la duración de la pena privativa de libertad principal. Sin embargo, otro sector, ha rechazado este criterio por la incoherencia que supone el que la pena de inhabilitación accesoria, de menor rango, podría durar más que la pena de inhabilitación principal. 2747

Esta cuestión fue resuelta en el referido AP N° 2-2008/CJ-116¹¹⁸, precisándose que “en el caso de la pena de inhabilitación accesoria, ésta se extiende por igual tiempo que la pena principal. Luego, el art. 39 debe interpretarse 2748

¹¹⁶ ES del 22 de enero de 1993, Exp. N° 1982-92-A Lima.

¹¹⁷ ESUP del 19 de noviembre de 1998, Exp. N° 2571-97, emitida por la Sala de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹¹⁸ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, FJ. 9.

sistemáticamente en función a la duración asignada a la pena de inhabilitación principal en el art. 38. En consecuencia, la inhabilitación accesoria no puede ser superior a cinco años”.

- 2749 La pena de inhabilitación principal o accesoria se cumplirá simultáneamente a la pena privativa de libertad efectiva impuesta conjuntamente. No cabe, por tanto, la ejecución posterior de las penas de inhabilitación.
- 2750 La pena de inhabilitación tampoco ha sido aplicada correctamente, aunque no en la medida en que ha sucedido con la pena de multa. Por ejemplo, los jueces han omitido reiteradamente imponer la pena de inhabilitación conjunta conforme lo prevé el art. 426 para los delitos contra la administración pública (Capítulos II y III del Título XVIII del Código). Así mismo, corrigiendo los errores derivados del no requerimiento de la imposición de esta pena en la acusación, por parte de algunos fiscales, al respecto, el AP citado¹¹⁹ afirmó que “es posible que el Fiscal omita solicitar penas obligatoriamente vinculadas al tipo legal objeto de acusación. Empero, ese error en modo alguno limita al Tribunal, básicamente, por la vigencia de la garantía penal de legalidad. Por tanto, si la pena de inhabilitación, omitida por el Fiscal, está indisolublemente unida como consecuencia jurídica típica asociada a la infracción realizada, que es el caso de la inhabilitación principal, es imposible dejar de imponerla. Es claro, al respecto, que el acusador no dispone de la pena y si ésta –en el presente caso la inhabilitación– está prevista en el tipo delictivo de que se trate, no es jurídicamente correcto obviarla. Otro argumento, que refuerza esta conclusión, estriba en que la aplicación de la pena de inhabilitación principal no vulnera la garantía de defensa procesal porque al haberse acusado por un tipo legal determinado, el imputado y su defensor conocen las consecuencias jurídicas necesariamente ligadas a él. Basta, entonces, la cita del tipo delictivo para evitar toda posibilidad de indefensión, pues es evidente que el Tribunal aplicará las penas allí previstas”.
- 2751 Se ha incurrido también en el error de aplicar la pena de inhabilitación accesoria a pesar de que la ley impone la inhabilitación principal. Por ejemplo, en la ES del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 4794-96 Huánuco¹²⁰, se impuso pena de inhabilitación accesoria al médico culpable de realizar maniobras abortivas, en lugar de inhabilitación principal y conjunta, según el art. 117.

¹¹⁹ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, F.J. 12, pfs. C y D.

¹²⁰ ES del 23 de octubre de 1997, Exp. N° 4794-96, Huanuco.

Otra incorrección consiste en calificar a la pena de inhabilitación principal y conjunta del art. 426 como pena de inhabilitación accesoria. En la ES del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 5833-97 Lima¹²¹, se llega, incluso, a afirmar que “según lo dispuesto por el art. 426, los delitos comprendidos en los capítulos segundo y tercero del Título XVIII del Código tendrán como pena accesoria inhabilitación de uno a tres años conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36”. 2752

En igual error se incurre en la ES del 21 de julio de 1997, Exp. N° 5833-97 Lima¹²². En ésta, no sólo se considera que se trata de una pena de inhabilitación accesoria, sino que, además, aplicando erróneamente lo dispuesto en el art. 39, se dispone que el término de duración de la inhabilitación en un delito de abuso de autoridad deberá ser el mismo de la pena principal (privativa de libertad), desconociendo así los límites legales fijados en el art. 426. Se sostuvo que “nuestro Código, en sus arts. 37, 38 y 39, la inhabilitación es establecida como pena principal o accesoria, extendiéndose en el primer caso de seis meses a cinco años, mientras que en el segundo caso se extiende por igual tiempo de la pena principal; que en el caso de autos, se tiene que al acusado (...) se le ha impuesto además de la pena privativa de la libertad, la pena accesoria de inhabilitación, por lo que la misma debe extenderse por el plazo de la pena principal; que, no obstante ello, el Colegiado ha fijado un término menor fijado para la pena principal”. Con estos fundamentos, se anuló la sentencia en la parte que inhabilita al sentenciado por el término de tres años, reemplazándola por una pena accesoria de inhabilitación por el término de cuatro años, conforme a los incs. 1 y 2 del art. 36¹²³. 2753

c.6. Modo de ejecución de la pena

Un aspecto no abordado por el Código ni por las normas procesales vigentes, es el concerniente al modo de ejecución de las penas de inhabilitación. Ello ha motivado que en su imposición resulte intrascendente sus efectos de suspensión o restricción de derechos y facultades. Por esto la Corte Suprema¹²⁴, mediante el AP N° 2-2008/CJ-116 señaló que “la ejecución de la pena de inhabilitación, sea que haya sido impuesta como pena 2754

¹²¹ ES del 6 de marzo de 1998, Exp. N° 5833-97, Lima.

¹²² ES del 21 de julio de 1997, Exp. N° 2588-97, Lima Norte.

¹²³ ES del 16 de julio de 1997, Exp. N° 3753-96, Huaura.

¹²⁴ AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008.

principal o accesoria, requiere, como paso previo, que al adquirir firmeza la sentencia condenatoria, el órgano jurisdiccional de instancia que la dictó cumpla con lo dispuesto en el art. 332 del CdePP. Esto es, que remita el testimonio de condena respectivo para su inscripción en el Registro Judicial y, si correspondiera, al INPE y al Establecimiento Penal donde se encuentra el reo. A continuación, ese mismo órgano judicial debe remitir la causa al juez penal competente para dar inicio al proceso de ejecución”.

- 2755 Será, pues el juez penal quien proceda con el siguiente procedimiento: “notificará al penado para que cumpla con la prohibición impuesta, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de desobediencia a la autoridad (art. 368). Remitirá al Registro Personal el correspondiente testimonio de condena, conforme a lo dispuesto en los arts. 2030 y 2032 del CC. En caso de privación de función, cargo o comisión de carácter público o de su incapacitación (art. 36, incs. 1 y 2), remitirá testimonio de condena a la entidad pública donde prestaba servicios el condenado y, en su caso, a la que correspondiere en atención a la función, cargo o comisión afectados. Si la privación o la incapacitación se refieren a cargos o comisiones públicas de elección popular, así como a la suspensión de derechos políticos (art. 36, incs. 1, 2 y 3), se deberá remitir testimonio de condena al Jurado Nacional de Elecciones para su debida anotación y difusión.
- 2756 Si la incapacitación se refiere al ejercicio de profesión, comercio, arte o industria, enviará testimonio de condena al colegio profesional respectivo o a la Federación de colegios profesionales de la profesión concernida cuando se trate de aquellas de necesaria colegiación; o a la entidad oficial que corresponda si se trata del ejercicio de una actividad sujeta a control público.
- 2757 Si se dicta la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para portar o hacer uso de armas de fuego se deberá remitir testimonio de condena al organismo respectivo del Ministerio del Interior encargado de su control; y, si se dicta la suspensión o cancelación de la autorización para conducir vehículos, el testimonio de condena se remitirá a los organismos competentes del Ministerio pertinente o del Gobierno Regional, así como del Ministerio del Interior encargado del control del tránsito.
- 2758 Si la incapacitación es del ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela se remitirá testimonio de condena a la persona con quien se comparte la primera; o, en su defecto, a la autoridad encargada de designar a quien haya de sustituir al penado, así como –si correspondiere- a la autoridad judicial o administrativa competente en materia de institución tutelar o de acogi-

miento, incluso al Juzgado que esté conociendo de un proceso de Derecho de Familia del que sea parte el condenado.

Si la inhabilitación consiste en la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones afines, el testimonio de condena se remitirá a la institución o corporación que las otorgó. 2759

El control de la efectividad de las prohibiciones o incapacitaciones impuestas, como queda expuesto, corresponde al juez penal, quien deberá comunicar e instar la vigilancia correspondiente a la autoridad administrativa competente –nacional, regional o municipal– y, en todo caso, a la policía. Al cumplirse el tiempo de duración de la pena de inhabilitación, el penado recupera, de pleno derecho, sin necesidad de resolución judicial, el goce del ejercicio de los derechos suspendidos o afectados, con exclusión –claro está– de aquellas privaciones definitivas de derechos ya indicadas en el fundamento jurídico pertinente¹²⁵. 2760

El Anteproyecto de CP de 2009 conserva en lo esencial la actual regulación de la pena de inhabilitación. Entre los pocos cambios que se proponen cabe destacar la ampliación de los límites de duración de las penas de inhabilitación principal y accesoria: de un año hasta 10 años (art. 37). Así mismo, se prevén nuevas restricciones y prohibiciones, como las de no residir o no frecuentar determinados lugares, no aproximarse a la víctima, a sus familiares o a otras personas que indique el juez; o de no comunicarse con ellas (art. 35). 2761

c.7. Comienzo de la ejecución de la pena e impugnación

Uno de los aspectos no resueltos por el AP N° 2-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, pero sí discutido en el AP N° 10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre de 2009¹²⁶, ha sido el referente al comienzo de la ejecución de la pena de inhabilitación en el supuesto que la sentencia que la impuso haya sido objeto de impugnación. Así mismo, su relación con la vigencia paralela de dos sistemas procesales en los diferentes distritos judiciales del país. 2762

Este no es un minúsculo problema en razón de la vigencia paralela del CdePP y el NCPP, cuyas reglas de ejecución de sentencia y de efectos de la impugnación, divergen. Por tanto, el problema se presenta en la ejecución 2763

¹²⁵ AP N° 2-2008/CJ-116, Fs.Js. 15 y 16.

¹²⁶ V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, del 13 de noviembre de 2009.

de la pena de inhabilitación impuesta en primera instancia, esto es, si ésta debe ser ejecutada inmediatamente a dicha condena independientemente que exista un recurso impugnatorio pendiente de ser resuelto.

- 2764 El art. 402, inc. 1, NCPP, señala: “La sentencia condenatoria, en su extremo penal, se cumplirá provisionalmente aunque se interponga recurso contra ella, salvo los casos en que la pena sea de multa o limitativa de derechos”. Así mismo, el art. 412, inc. 1 se dispone: “Salvo disposición contraria de la Ley, la resolución impugnada mediante recurso se ejecuta provisionalmente, dictando las disposiciones pertinentes si el caso lo requiere”. En consecuencia, conforme a esta última norma, se advierte que por disposición expresa de la ley (art. 402, inc. 1) la pena de inhabilitación no puede ser ejecutada provisionalmente si existiese un recurso de apelación de sentencia en vigor. Siendo así, queda claro que en los procesos penales donde se aplica el NCPP rige un sistema de ejecución suspendida, por ello, un recurso de apelación de sentencia que cuestione el extremo de la imposición de una pena de inhabilitación, *tiene efecto suspensivo*, por lo que será el tribunal de segunda instancia quien, mediante sentencia de apelación, levante la suspensión y disponga la ejecución de esta pena.
- 2765 En cuanto a los procesos penales tramitados conforme el CdePP, rige lo previsto en su art. 330. Según esta disposición la: “sentencia condenatoria se cumplirá aunque se interponga recurso de nulidad”. Por tanto, en el sistema del CdePP rige el sistema de ejecución provisional de la pena de inhabilitación, esto es, que ésta debe ser ejecutada a pesar de la eventual existencia de una apelación de sentencia (en procesos sumarios) o un recurso de nulidad de sentencia (en procesos ordinarios). Será el órgano jurisdiccional superior quien decida si confirma la ejecución o si la revoca.
- 2766 Así por ejemplo, frente a una sentencia condenatoria por el delito de usurpación de funciones, previsto en el art. 361, el cual conmina una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años y una pena de inhabilitación principal de entre uno a dos años, conforme este sistema divergente en materia de impugnación de la pena de inhabilitación, se tiene, por un lado, que de acuerdo con el NCPP la ejecución de esta pena impuesta –en el delito de usurpación de funciones– se suspende hasta que el Tribunal de Apelaciones emita un pronunciamiento que disponga su inmediata ejecución. Por otro, en los procesos regidos por el trámite previsto en el CdePP, corresponde la ejecución inmediata (o provisional) de la pena de inhabilitación impuesta en la sentencia condenatoria de primera instancia,

a pesar que ésta no haya adquirido firmeza, en aplicación de lo dispuesto en su art. 330.

IV. Pena de multa

1. Realidad socio-económica

En muchos países desarrollados, la pena de multa constituye, actualmente, 2767 junto a la pena privativa de la libertad, uno de los medios más importantes del sistema punitivo¹²⁷. El objetivo buscado con la previsión de la pena de multa es el de evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración¹²⁸.

Respecto a su evolución en las sociedades desarrolladas, se ha afirmado 2768 que: “la revolución francesa recurrió a la pena privativa de la libertad porque, como Montesquieu lo había formulado, la libertad es el bien que permite gozar de todos los demás”. Esta función clave es actualmente asumida por el dinero que se consolida como una especie de libertad materializada.

La multa aparece como una sanción de innegable carácter económico que 2769 no ha estado exenta de cuestionamientos¹²⁹. Así, Franz von Liszt¹³⁰ afirmó que esta clase de pena: “no sólo es inútil, sino que provoca prejuicios más graves que los que produciría la impunidad completa del delincuente”. Esta inutilidad tendría su razón de ser, según sostiene este sector doctrinario, en que no serviría para reeducar al detenido; perjudicando, además, tanto al desarrollo de la vida familiar y profesional del condenado, como afectándolo económicamente por los costos excesivos de la multa.

2. Evolución legislativa

Los autores del proyecto del CP de 1924 estimaron, expresamente, que: “la 2770 principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que entra-

¹²⁷ Cfr. Cf. DOLGE, BK, art. 34, p. 1 ss. [DOLGE Annette, ART. 34, IN NIGGLI, Marcel/WIPRÄCHTIGER Hans, Strafrecht I. Basler Kommentar, 2a ed. Berna 2007]; JESCHECK/WEIGEND, § 73 I.

¹²⁸ VON LISZT, 1883, p. 1; BONNEVILLE, 1864; STOOS, 1878.

¹²⁹ HURTADO POZO, 1979. El sistema días-multa fue previsto en diversos códigos penales de Latinoamérica: Perú (1924), El Salvador (1973), Cuba (1936), Costa Rica (1971), Bolivia (1973), Brasil (1969), Panamá (Proyecto de CP de 1969), Argentina (Proyecto de CP de 1974-75), CP Tipo para Latinoamérica.

¹³⁰ VON LISZT, 1905, p. 347.

ñaba cuando se imponía el pago de cantidades determinadas a personas de diferente condición económica”¹³¹ e, implícitamente, que el inconveniente mayor era el de su conversión automática en pena de prisión cuando no era cancelada. Sin embargo, consideraron esta conversión como un medio “ventajoso” y además su posible reemplazo por “la prestación obligatoria de trabajo diurno”¹³².

- 2771 Para combatir los defectos de la multa tradicional se recurrió al modelo de los días-multa¹³³. Este modelo presenta una doble naturaleza: a) *principal*, cuando es prevista como pena única o alternativa para reprimir al responsable de una infracción; y, b) *accessoria*, cuando su aplicación está supeditada a la imposición de otra pena aplicada como principal (como en el caso en que el agente hubiere actuado con fines de “lucro o por codicia”) o cuando no estuviere establecida para el delito cometido (art. 25 del CP de 1924).
- 2772 A pesar de las mejoras que significó la nueva regulación legislativa, no se lograron los efectos esperados. El sistema de días-multa, defectuosamente regulado, nunca fue realmente comprendido por los órganos judiciales. En el momento de la determinación de la multa, no se distinguió entre la etapa de la determinación de la renta del procesado (para precisar la unidad punitiva o día-multa), y la etapa consistente en la fijación del número de estas unidades, de acuerdo con la índole del delito y la culpabilidad del agente.
- 2773 Otro problema que se presentó fue que las penas de multa impuestas no fueron generalmente ejecutadas, debido a la falta de un sistema administrativo destinado a hacer efectivo su pago. Esto último quedó evidenciado por el hecho que la Caja de indemnizaciones de las víctimas, donde debía depositarse el producto de la ejecución de las multas (art. 47 del CP de 1924), nunca se hizo realidad, pese a que inclusive se había previsto la existencia de un órgano encargado de su administración (el Concejo local de patronato, según los arts. 403 y 404 del CP de 1924).
- 2774 Durante el proceso de reforma que culminó con la promulgación del Código vigente, se ha perfeccionado la regulación de la multa, sin embargo,

¹³¹ Exposición de motivos del Código Penal peruano, Cfr. ESPINO, 1982, p. 22.

¹³² Exposición de motivos, Cfr. ESPINO, 1982, p. 22.

¹³³ Sistema que fue definitivamente concretizado por Carlo Thorp (Proyecto de CP noruego de 1917) y Johan Thyren (Proyecto sueco de 1916). El primero había formulado, ya en 1900, una proposición concreta. En América Latina, los antecedentes de este sistema se encuentran en el CP brasileño de 1830.

no se han tomado las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación. Siguiendo, sobre todo, las normas del CP Tipo para Latinoamérica (arts. 45, 48 y 80), nuestro legislador ha precisado el sistema de días-multa, ampliando la aplicación de la multa y, en cierta medida, flexibilizando tanto su ejecución como su conversión en caso de no cancelación.

3. Dominio de aplicación de la multa

El art. 52 sostiene que: “en los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres”. De esta manera, nuestro legislador dispone un sistema de cascada que le permite al juez convertir la pena de privación de libertad en la pena de multa, cuando llegue a la conclusión que el agente, en primer lugar, no merece una pena superior a dos años de privación de la libertad; en segundo, cuando compruebe que no se han reunido las condiciones para reservar el fallo (art. 62) o suspender la ejecución de la sanción (art. 57); y, finalmente, deberá decidir si es o no conveniente sustituir la pena de privación de libertad por la pena de multa, y no por la de prestación de servicios a la comunidad (art. 34) o la limitación de días libres (art. 35). 2775

4. Reglamentación de la multa

a. Fijación de la multa según la capacidad económica del delincente

En el sistema de los días-multa, la sanción pecuniaria es fijada en un número de unidades (días-multa) cuyo monto es determinado según la situación económica de cada condenado¹³⁴. Al respecto, Thyren¹³⁵ afirmó que: “mientras las penas pecuniarias sean infligidas sin considerar de manera efectiva la capacidad económica del condenado, la misma pena será para una persona muy grave, para otra en cambio insignificante”. 2776

El procedimiento establecido para la fijación de la multa consiste en dos etapas. En la primera, el juez debe precisar la gravedad tanto del acto ilícito así como de la culpabilidad del autor y evaluarla en un cierto número de unidades penales (días-multa). A este nivel, no tendrá en cuenta la capa- 2777

¹³⁴ JESCHECK/WEIGEND, § 73 II; STRATENWERTH, 2006, p. 64 s.

¹³⁵ THYRÉN, 1910, p. 73.

cidad económica del delincuente. La segunda etapa, consiste en establecer, considerando la solvencia del condenado, el monto del día-multa¹³⁶.

- 2778 Así se logra establecer la igualdad ante la ley. Por ejemplo, dos coautores, culpables en el mismo grado de una infracción, serán castigados con la misma pena: se les impondrá el mismo número de días-multa. En seguida, se establecerá “la igualdad en el sacrificio” considerando las diferentes capacidades económicas de los delincuentes, pudiéndose fijar montos proporcionales a su condición económica.
- 2779 Este sistema permite individualizar con más precisión la sanción. La segunda operación, efectuada independientemente de la primera, facilita la búsqueda de una equivalencia entre el sufrimiento que debe siempre producir la pena y la situación personal del delincuente. Así mismo, se garantiza la estimación real de la solvencia del condenado y obliga a las autoridades judiciales a demostrar en qué medida han tenido en cuenta dicha solvencia¹³⁷ al momento de fijar los días-multa. De esta manera, se logra dar a la sanción pecuniaria una “base social”, y respetar mejor el principio de la “igualdad de sufrimiento”¹³⁸.
- 2780 Otro aspecto positivo del modelo días-multa está relacionado con la conversión de la multa en pena privativa de la libertad, en caso de no haber sido pagada. Las dificultades propias a esta operación de sustitución son sensiblemente reducidas, debido a que la conversión se hace en relación con el número de unidades fijadas inicialmente por el juez.
- 2781 En doctrina, se considera como ingreso neto¹³⁹ al conjunto de recursos pecuniarios cotidianos de un individuo, deducido tanto los impuestos, los seguros sociales y privados, como el monto de los gastos indispensables para el ejercicio de un trabajo, profesión u oficio. Los autores del proyecto alternativo alemán adoptaron el criterio del principio del ingreso factible de ser embargado: el monto de cada día-multa es igual al ingreso cotidiano del condenado que supera el mínimo vital calculado en función de los bienes embargables.
- 2782 En el Código, se distinguen dos grupos de personas: por un lado, quien viven “exclusivamente de su trabajo” (art. 43) y, por otro, quienes sin trabajar

¹³⁶ STRAHL, 1951, p. 60.

¹³⁷ STRAHL, 1951, p. 67.

¹³⁸ GREBING, 1978, p. 88.

¹³⁹ GREBING, 1978, p. 101.

viven de sus rentas, u otros quienes además de las remuneraciones obtenidas por su trabajo que realizan, poseen patrimonio, rentas, etc. En cuanto a este segundo grupo, el importe del día-multa es “equivalente al ingreso promedio diario” (art. 41, inc. 2). No se fija, en este caso, ni el mínimo ni el máximo; en razón tal vez a que se haya pensado que se trata de personas pudientes (en el inciso citado, se dice “y demás signos de riqueza”). Por el contrario, respecto al primer grupo, se ha previsto que el monto del día-multa “no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado” (art. 43). Además, en caso de que el pago se efectuó mediante el descuento de la remuneración, éste no “debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia” (art. 44, inc. 3). Pero, en la gran mayoría de casos, descontar del salario de un trabajador el veinticinco por ciento, ya significa privarlo de los medios indispensables para sobrevivir. Este aspecto debe ser puntualmente evaluado, caso contrario, el sistema de días-multa fracasará¹⁴⁰.

b. Conversión de la multa en pena privativa de la libertad

b.1. Trabajos legislativos

El Código ha adoptado por un sistema flexible. El punto de partida es que el juez imponga una pena de multa conforme a la culpabilidad del agente y adecuada a su situación económica (art. 41). Lo cual supone que el multado sea una persona solvente, capaz de disponer de una parte de su patrimonio sin afectar “los recursos indispensables” para su sustento y el de su familia (art. 44, *in fine*). 2783

Si ese es el caso, el condenado podrá pagar la multa dentro de los diez días de dictada la sentencia (art. 44, *ab initio*). Según el citado dispositivo, según las circunstancias y a pedido del condenado, el juez podrá autorizar a pagar la multa en cuotas mensuales. De esta manera, se busca una mejor adecuación de la pena a la situación personal del condenado y, en lo posible, asegurar el pago de la multa. La ejecución de la sanción gana en eficacia resocializadora, en la medida que dicha forma de pago supone la buena voluntad del condenado para cumplir con lo dispuesto en la sentencia. Este acuerdo es indispensable para que el pago se efectúe mediante el descuento de la remuneración del condenado. Así, el art. 44, inc. 2, no establece ex- 2784

¹⁴⁰ PRADO, 1999, p. 213 ss.

presamente esta condición, como lo hizo con relación al pago por cuotas, sin embargo se deduce del hecho que el condenado podría pagarla de una sola vez.

- 2785 Cuando la multa no se paga dentro de los diez días o se frustra su cancelación, el juez ejecutará la multa en los bienes del condenado solvente o la convertirá en pena privativa de libertad. Antes de practicar esta conversión, el condenado será requerido judicialmente. La equivalencia es de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado.
- 2786 Según esta medida de conversión, cuando el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la multa deberá convertirse en una pena de limitación de días libres (la ley dice equivocadamente “limitativa de derechos”) o de prestación de servicios a la comunidad. Debido a la ausencia de mala voluntad, se establece una equivalencia favorable al condenado “de una jornada por cada siete días-multa”.
- 2787 Esta regulación contrasta con la ausencia de disposición referente a los condenados insolventes al momento de dictarse la sentencia. Insolventes porque sólo ganan lo suficiente para sobrevivir o porque carecen de toda fuente de recursos (p. ej., desocupados). Parecería que se ha partido de la idea que toda persona, puesto que vive en sociedad, cuenta necesariamente con alguna fuente de ingresos. De allí que tampoco se haya establecido criterio alguno para determinar, en los casos indicados, el monto del día-multa.

b.2. Ventajas del sistema

- 2788 A pesar de la constatación de los efectos nefastos de las penas privativas de libertad de corta duración, la conversión de la pena de multa no pagada en detención ha subsistido en todas las legislaciones¹⁴¹. Se pretende un efecto disuasivo para el deudor reacio a pagar la multa, y se espera que la conversión se colme el vacío existente por la inejecución de la sanción pecuniaria, evitando que una infracción permanezca impune. Hoy en día, casi no existen partidarios de la eliminación total de la conversión¹⁴².

¹⁴¹ TRÖNDLE, 1975, p. 597.

¹⁴² GREBING, 1978, p. 147.

b.3. Inconvenientes

La pena privativa de libertad que substituye la pena de multa constituye una verdadera sanción penal. No se trata, en este caso, de la prisión por deuda según el modelo francés “*contraînte par corps*”¹⁴³. Sin embargo, se sostiene que la conversión tiene como efecto el reintroducir la criticada ejecución de penas privativas de corta duración. 2789

5. Problemas específicos de la aplicación del sistema de días-multa a determinadas categorías de la población

La aplicación de una sanción pecuniaria moderna (de acuerdo con el modelo escandinavo) a grupos de personas sin ingresos o con ingresos bajos constituye un problema específico. No se trata de grupos marginales sino antes bien de personas integradas en la vida social: amas de casa, estudiantes, pequeños artesanos, desocupados, entre otros. Aquí dos aspectos deben ser distinguidos. 2790

El primero, es relativo a la fijación del monto de los días-multa conforme a la capacidad económica del procesado. Constituye, por ejemplo, una violación de este principio, el tomar en consideración la capacidad económica del cónyuge que no ha cometido el hecho o el nivel de vida de la familia. La mayor parte de estos casos están vinculados a la comisión de infracciones a la ley de tránsito y de infracciones benignas contra el patrimonio. Para resolver este problema, se ha planteado en qué medida sería necesario tener en cuenta las fuentes potenciales de ingreso del procesado. Así, el CP alemán prevé que el juez debe, al momento de fijar el monto del día-multa, considerar el ingreso neto medio diario del cual dispone el autor “o del que podría disponer”. 2791

No existe una solución explícita de este problema en la legislación extranjera. Se observa que los legisladores no han fijado el límite inferior o que lo han hecho en un nivel muy bajo (p. ej., cinco días-multa en Alemania; ningún límite en Austria y Francia), dejando así al juez un amplio margen de apreciación. El § 40, inc. 3 del CP alemán, señala que “los ingresos del autor, su fortuna y los otros elementos necesarios a la determinación del 2792

¹⁴³ El art. 131-25, del CP francés señala: “Le défaut total ou partiel de paiement de ce montant entraîne l’incarcération du condamné pour une durée correspondant à la moitié du nombre de jours-amendes impayés; il est procédé comme en matière de *contraînte par corps*. La détention ainsi subie est soumise au régime des peines d’emprisonnement”.

día-multa pueden ser el objeto de una estimación”. Si bien el Anteproyecto de CP de 2009 adopta una opción pragmática, no obstante, no excluye riesgos de arbitrariedad y excesos. Según su art. 41: “Cuando el condenado carezca de ingresos, el importe del día multa será equivalente a un treintavo de la remuneración mínima vital que fije la autoridad competente”.

V. Pena de vigilancia electrónica personal

- 2793 Mediante el art. 4 de la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010, fue incorporado el art. 29-A, previéndose la pena de vigilancia electrónica personal. Ésta presenta las características de una pena alternativa a la privación de libertad de mediana duración, siendo aplicable mediante el régimen de la conversión¹⁴⁴.
- 2794 Según el art. 29-A, entre los requisitos especiales para que sea aplicable esta pena, destacan que el condenado no haya sido sujeto de previa sentencia condenatoria por delito doloso; que acredite con un informe técnico aspectos de su vida familiar, laboral y social que resulten compatibles con su condición de pena no privativa de libertad; y que se fije su domicilio –u otro lugar afín– como el lugar de ejecución de este tipo de pena. Así mismo, se prevé que esta pena es principalmente aplicable, entre otros, a personas mayores de 65 años, o a quienes padezcan de enfermedades graves, a mujeres gestantes, y discapacitados.
- 2795 La norma establece, a su vez, que el juez deberá fijarle al condenado las reglas de conducta correspondientes que permitan asegurar el control eficaz del cumplimiento de la sanción.
- 2796 Por su parte, el art. 5 de la Ley N° 29499, modificó el art. 52, correspondiente a las reglas de conversión de la pena privativa de libertad. Conforme a la nueva redacción de esta norma, el juez –de oficio o a petición de parte– puede convertir, a razón de un día de pena privativa de libertad, un día de pena de vigilancia electrónica personal.

¹⁴⁴ En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 3683/2009-PE (presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, el 19 de noviembre de 2009) se destaca expresamente su condición de pena alternativa, aplicable por conversión, al señalarse que no conduce a la privación de la libertad del sentenciado, sino antes bien al cumplimiento de la condena impuesta en su contra, en condiciones libertad. Según el art. 1, pf. 3, de la Ley N° 29499: “Para el caso de condenados, la vigilancia electrónica personal es un tipo de pena, aplicable por conversión luego de impuesta una sentencia de pena privativa de la libertad, que será dispuesta por el juez, a fin de garantizar el cumplimiento de la pena y la resocialización del condenado”.

Sin embargo, ni el art. 52 ni el art. 29-A permiten determinar cuál es el límite de privación de libertad que puede dar lugar a la conversión. Para ello es necesario recurrir al art. 3, inc. b, de la Ley N° 29499, que señala que la vigilancia electrónica personal procede para el caso de los condenados “que tengan impuesta una sentencia condenatoria de pena privativa de libertad efectiva no mayor a seis años”.

Por su parte, el art. 10 de la ley citada, regula los presupuestos y efectos de la revocación de la conversión. La norma establece que si el condenado, cuya pena de privación de libertad ha sido convertida a pena de vigilancia electrónica personal, incumple alguna de las restricciones impuestas como obligaciones propias de la conversión, el juez –de oficio o a petición del fiscal– ordenará su internamiento en un establecimiento penitenciario.

