

§ 25 Medidas alternativas a la pena privativa de libertad

I. Introducción. II. Concepto y función. III. Clasificación. IV. Medidas alternativas en el Perú. 1. Antecedentes. 2. Clases. a. Sustitución de penas. b. Conversión de penas. c. Suspensión de la ejecución de la pena. d. Reserva del fallo condenatorio. e. Exención de pena. V. Anteproyecto de CP de 2009. VI. Jurisprudencia vinculante.

I. Introducción

Desde mediados del siglo pasado, las reformas penales fueron influenciadas 2888 por una política tendiente a promover medios y procedimientos dirigidos a reducir y humanizar la aplicación de las penas privativas de libertad. Como bien ha señalado Gómez Grillo, es evidente que “así como el siglo XIX fue el de la consagración de la prisión como fórmula ideal para intimidar y reformar al hombre delincuente, el siglo XX ha sido el de la anticárcel”¹⁶⁸. En este sentido, se ha intentado estandarizar límites temporales racionales respecto a la tipificación y ejecución de las penas privativas de libertad. Estas iniciativas se basaron en el criterio de que, cuando el límite máximo de estas penas era superior a veinte años, producían daños psíquicos y físicos en el condenado, los mismos que fueron calificados, genéricamente, como riesgos latentes de desocialización.

De manera simultánea, se planteó un amplio conjunto de medidas apropiadas 2889 para bloquear la imposición o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Cabe anotar, sin embargo, que todos estos planteamientos implicaron el cuestionamiento ideológico y social de la cárcel como centro de ejecución de penas privativas de libertad¹⁶⁹.

Las tendencias doctrinales y legislativas de este periodo se caracterizaron, 2890 pues, por denunciar que la prisión no constituía un régimen y sistema de cumplimiento de penas privativas de libertad compatible con los fines de resocialización y prevención especial. Los mismos que eran invocados políticamente para legitimar estas penas. Este fracaso de la cárcel, como medio para mejorar psicológica y socialmente los delincuentes, ha develado

¹⁶⁸ GÓMEZ GRILLO, 1980, p. 696.

¹⁶⁹ PAVARINI, 1992, p. 197 ss.

el verdadero rol funcional e histórico de la estructura y naturaleza de las penas privativas de libertad. Aislar forzosamente una persona, un ser eminentemente gregario y libre, de su entorno y de la vida social dinámica de interacción, para recluirlo e insertarlo en un ambiente hostil, estigmatizador y autoritario como el sistema penitenciario sólo alcanzaba el objetivo, declarado o encubierto, de castigar, mas no el positivo de resocializar¹⁷⁰.

- 2891 Pero a pesar de la constatación empírica de los efectos perjudiciales de la cárcel, la respuesta política del Estado siguió siendo la de la aplicación de la pena privativa de libertad como principal herramienta de control social. Lo cual, paradójicamente, ha encontrado un manifiesto respaldo social debido al incremento de la inseguridad ciudadana. En ese contexto, pues, las posiciones críticas y abolicionistas de la pena privativa de libertad se fueron relativizando o diluyendo en planteamientos intermedios. En éstos, se recomienda la utilización residual de las penas privativas de libertad, a las que debería asignárseles la condición de *última ratio* en el sistema punitivo. Así mismo, se insiste en las ventajas de las penas y medidas alternativas. Al respecto, la doctrina ha señalado que esta crisis de la pena privativa de libertad, así como la tendencia a buscar penas sustitutivas, ha tenido como característica principal “su falta de adecuación a los fines del estado moderno”¹⁷¹.
- 2892 En la actualidad, pues, como consecuencia de todo este proceso, coexisten diversas medidas legales, cuya finalidad es impedir la ejecución material de penas privativas de libertad de corta e incluso mediana duración. En efecto, hoy en día, es posible identificar en el derecho penal extranjero un número considerable de penas o medidas alternativas. Todas ellas constituyen opciones para sustituir o conmutar penas privativas de libertad no superiores a cuatro o cinco años.

¹⁷⁰ ZAFFARONI, 1991, p. 61 ss., al respecto, señala este autor que: “La filosofía del tratamiento pasó por varias etapas sin que ninguna de ellas permitiera cambiar las características estructuralmente deteriorantes de la prisión. Resocialización es una expresión que, fuera del marco sistémico carece de contenido semántico y su uso equívoco se confunde en una multiplicidad de ideologías “re” (Re-adaptación; re-inserción; re-educación; re-personalización, etc.) que, en definitiva, pretenden que la prisión puede mejorar algo. Teniendo en cuenta que el encierro institucional, conforme a todas las investigaciones contemporáneas, es siempre deteriorante, especialmente si es prolongado, resulta claro que las ideologías “re” no son utopías sino absurdos. El efecto deteriorante de la prisionalización en concreto tiende a la reproducción del delito por introyección de los roles vinculados a los estereotipos que rigen a la selección criminalizante”.

¹⁷¹ BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 189.

Estas sanciones alternativas están fundamentadas en la existencia de bienes jurídicos distintos a la libertad ambulatoria, que el poder estatal puede restringir o suprimir. La amenaza de aplicarlas cumple una función similar a la que cumple la pena de prisión. Por esto, las medidas alternativas a la prisión tienen como ventajas principales facilitar la individualización de la sanción, atendiendo a las circunstancias personales del delincuente; cumplir la finalidad readaptadora, en oposición de los efectos desocializadores de la pena de prisión, y a su vez requerir costes menores en comparación al encarcelamiento¹⁷².

II. Concepto y función

En doctrina y legislación extranjeras, se denominan medidas alternativas, sustitutivos penales o subrogados penales a los diversos procedimientos y mecanismos normativos, que se han previsto para eludir o limitar la aplicación o el cumplimiento efectivo de penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Penas a las que, como ya hemos dicho, se les critica por no tener efectos de prevención general o especial y por influenciar negativamente al condenado¹⁷³. Su función es la de impedir definitiva o provisionalmente la ejecución efectiva de la privación de libertad.

El origen y la evolución de estos procedimientos despenalizadores no han sido homogéneos. En las legislaciones nacionales no se prevén siempre las mismas medidas alternativas. Las que corresponden a la modalidad denominada de *régimen de prueba*, como la suspensión de la ejecución de la pena, la condena condicional o la *probation*, son las de mayor antigüedad y presencia en el derecho penal contemporáneo. Las demás fueron diseñadas y promovidas sobre todo en la segunda mitad del siglo XX por los movimientos de la política criminal que siguieron a la redacción de los Proyectos alemanes de la década del sesenta, otorgándose prioridad principal a las medidas de *conmutación o reemplazo*, por ejemplo, la sustitución o conversión de penas¹⁷⁴.

Al margen de sus auspiciosos orígenes y desarrollos, las medidas alternativas también han sido seriamente criticadas. En particular, por quienes promueven la utilidad preventiva de un *efecto shock* de las penas privativas de

¹⁷² GARCÍA VALDEZ, 1995, p. 190 ss.

¹⁷³ COBO/VIVES, 1987, p. 633.

¹⁷⁴ DE LA CUESTA, 1993, p. 322.

libertad cortas para los responsables de delitos económicos o de función. Por el mal uso judicial de las medidas alternativas, éstas han sido desprestigiadas en el seno de la comunidad, llegándose a estimar que éstas son formas encubiertas de impunidad o de benevolencia indebida¹⁷⁵.

- 2897 Otra consecuencia disfuncional que se atribuye a las medidas alternativas concierne el aspecto psicosocial. La amplitud con la que son previstas en las leyes es percibida negativamente por algunos sectores sociales, los cuales las consideran causas de la agudización de la inseguridad ciudadana o del sentimiento de impunidad de parte de la víctima, particularmente cuando las medidas alternativas son aplicadas a ciertas formas de criminalidad caracterizadas por su frecuencia. Ante esta situación, la respuesta política del Estado ha consistido, generalmente, en adoptar una decisión sobrecriminalizadora.
- 2898 Sin embargo, muchas de las críticas han sido respondidas por quienes defienden los efectos favorables de las medidas alternativas. Por un lado, se ha dejado en claro que el objetivo de éstas no es la abolición de las penas privativas de libertad. Por otro, se ha confirmado que, a pesar de sus disfunciones, estos sustitutivos son un medio de control penal menos dañino que dichas penas¹⁷⁶. De allí, pues, que no debe estimarse como negativo que se siga incorporando en las leyes sustitutivos penales en mayor o menor proporción.
- 2899 Encontramos medidas alternativas o sustitutivos penales en el CP portugués de 1982, el CP brasileño de 1984, el CP cubano de 1987, el CP peruano de 1991, el CP francés de 1992 y el CP español de 1995. Además, el volumen y la diversidad de los subrogados penales que se incluyen en estas leyes son mucho más amplios, que los que fueron incorporados al influjo del movimiento contra el encarcelamiento de los años sesenta (Proyecto Alternativo Alemán de 1966, el CP austriaco de 1974, el CP alemán de 1975), y en los códigos sudamericanos y centroamericanos que se elaboraron en base a los lineamientos del CP Tipo para Latinoamérica, sobre todo el CP costarricense y el CP colombiano.
- 2900 Resulta atinado y coherente para una política criminal garantista, el seguir favoreciendo las medidas alternativas. Eliminarlas o reducirlas, frente a lo que representa la prisión comporta rechazar de manera inconsecuente uno

¹⁷⁵ VILLA STEIN, 2008, p. 489.

¹⁷⁶ MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 496 ss.

de los pocos medios que permiten compatibilizar el castigo penal con la dignidad humana y facilitar la prevención especial¹⁷⁷.

III. Clasificación

Según la manera como las penas alternativas operan, pueden distinguirse 2901 diversas categorías: La primera agrupa las medidas que sirven para una atenuar, suavizar, moderar la ejecución de la privación de libertad. La segunda está constituida por las que, en razón a que es innecesario imponer una pena grave al condenado, son útiles para sustituirla y evitar así perjuicios contra aquél. La tercera reúne aquellas que, por la probable falta absoluta de necesidad de pena, buscan evitar la privación de libertad mediante la instauración de un periodo de prueba que el condenado debe superar a fin que se le excluya la ejecución de la pena impuesta¹⁷⁸.

El listado de medidas alternativas o sustitutivos penales que actualmente 2902 encontramos en el derecho penal extranjero, es muy extenso y variado en tipos y características. En todo caso, para alcanzar una clasificación más o menos exhaustiva de sus diversas manifestaciones, conviene recurrir, en primer lugar, al Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas, presentado en agosto de 1960 en Londres, en el marco del Segundo Congreso sobre "Prevención del delito y tratamiento del delincuente". Según este documento, pueden operar como sustitutivos de la pena privativa de libertad los mecanismos y procedimientos que a continuación se detallan:

- Suspensión condicional de la pena.
- Aplicación de libertad vigilada en régimen de prueba.
- Multa.
- Arresto domiciliario.
- Prestación de trabajos o servicios al Estado o instituciones oficiales o semioficiales.
- Reparación de los daños causados.
- Asistencia obligatoria a centros de educación.
- Promesa, con fianza o sin ella, de observar buena conducta en un periodo de tiempo.

¹⁷⁷ MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 497.

¹⁷⁸ DE LA CUESTA ARZAMENDI, 1993, p. 322 ss.

- Amonestación o represión judicial o administrativa, a puerta cerrada o en sesión pública.
- Obligación de comparecer durante un corto tiempo ante una autoridad determinada.
- El perdón judicial.
- La revocación temporal o definitiva del permiso de conducir.
- Prohibición de ausentarse del país durante un tiempo no mayor de seis meses, sin previa autorización judicial o administrativa.
- Obligación de someterse al cuidado o asistencia de un servicio social, con el fin de seguir un tratamiento como paciente externo durante cierto periodo.

2903 En segundo lugar, a las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad” o “Reglas de Tokio”, aprobadas por la Asamblea General en diciembre de 1990. Según su numeral 8.1, se califican como medidas alternativas las siguientes:

- Sanciones verbales, como la amonestación, la represión y la advertencia.
- Liberación condicional.
- Penas privativas de derechos o inhabilitaciones.
- Sanciones económicas y penas de dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días.
- Incautación o confiscación.
- Mandamientos de restitución a la víctima o de indemnización.
- Suspensión de la sentencia o condena diferida.
- Régimen de prueba y vigilancia judicial.
- Imposición de servicios a la comunidad.
- Obligación de acudir regularmente a un centro determinado.
- Arresto domiciliario.
- Cualquier otro régimen que no entrañe internamiento.
- Alguna combinación de las sanciones precedentes.

2904 Debido al carácter complejo y heterogéneo de la tipología de estas medidas, se ha sostenido que se pueden distinguir hasta cuatro modalidades: prime-

ro, las formas especiales de privación de libertad de corta y mediana duración (el arresto de fin de semana y la semidetención). Segundo, la suspensión condicional de la pena y otras instituciones de prueba (la *probation*, la condena condicional y demás medidas semejantes que exigen periodos de prueba y reglas de conducta, como el aplazamiento del pronunciamiento de pena). Tercero, la pena de multa (tanto la multa de aplicación global y el sistema de días-multa). Cuarto, los otros sustitutivos de la pena privativa de libertad (la indemnización del ofendido, la dispensa de pena, la reprensión pública, la inhabilitación, el trabajo al servicio de la comunidad).

De manera más simple, se ha propuesto clasificar las medidas alternativas 2905 en dos categorías, por un lado, las clásicas de tratamiento en libertad en régimen de prueba (suspensión del fallo, la suspensión de la ejecución de la pena). Por otro, las alternativas de la privación de libertad (el arresto de fin de semana, el trabajo en provecho de la comunidad, la dispensa de pena o el perdón judicial, los procedimientos de diversión, y las distintas formas de la pena de multa).

IV. Medidas alternativas en el Perú

1. Antecedentes

Uno de los principales rasgos característicos del proceso de reforma penal 2906 que tuvo lugar en el Perú, entre 1984 y 1991, fue la clara vocación despenalizadora que guió al legislador. Esta posición político criminal favoreció la inclusión sucesiva de nuevas medidas alternativas a la pena privativa de libertad, diferentes a la condena condicional prevista ya en el CP de 1924¹⁷⁹. En el vigente Código, se incluyen cinco modalidades de medidas alternativas:

- Sustitución de penas privativas de libertad.
- Conversión de penas privativas de libertad.

¹⁷⁹ Sobre esta actitud del legislador nacional, la exposición de motivos del Código Penal refiere lo siguiente: “La Comisión Revisora, a pesar de reconocer la potencia criminógena de la prisión, considera que la pena privativa de libertad mantiene todavía su actualidad como respuesta para los delitos que son incuestionablemente graves. De esta premisa se desprende la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad. Por otro lado, los elevados gastos que demandan la construcción y el sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”.

- Suspensión de la ejecución de la pena.
- Reserva del fallo condenatorio.
- Exención de pena.

2907 Las dos primeras substituyen la pena privativa de libertad por penas de otra índole, las dos siguientes son medidas de régimen de prueba y la quinta constituye el perdón judicial.

2908 De todas ellas, sólo la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva de fallo condenatorio y la conversión de penas han sido aplicadas con regularidad y son de gran utilidad en la praxis judicial. Las otras dos no han sido aplicadas por factores relacionados, sobre todo, con su deficiente regulación legal¹⁸⁰.

2. Clases

a. *Sustitución de penas*

2909 Esta medida se encuentra regulada en los arts. 32 y 33. La sustitución de penas es un auténtico substitutivo penal, ya que su efecto esencial es reemplazar una pena privativa de libertad por otra de naturaleza distinta, que no afecta la libertad ambulatoria del condenado¹⁸¹. A través de éstas, se substituyen las penas privativas de libertad por las limitativas de derechos, como es el caso de la prestación de servicios a la comunidad y la limitación de días libres. Su fuente legal es el art. 44 *in fine* del CP brasileño de 1984.

2910 En el CP español de 1995, la sustitución de penas privativas de libertad se encontraba regulada en los arts. 88 y 89. El legislador hispano previó cuatro penas substitutas: el arresto de fin de semana, la multa, los trabajos en beneficio de la comunidad y la expulsión. Esta última sanción, en realidad, es una medida de seguridad substituta, ya que en el art. 96, inc. 3, pf. 5, se consideraba a la “expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España”, como una medida de seguridad no privativa de libertad.

2911 Para aplicar la sustitución de penas que autoriza el art. 89, inc. 1, el juez debía escuchar a las partes antes de adoptar su decisión substitutiva. Y en cuanto a la hipótesis del inc. 2, que se refiere al reemplazo del arresto de fin

¹⁸⁰ PEÑA CABRERA, 1994, p. 531 ss.; VILLAVICENCIO, 1992, p. 213 ss.; BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, 1995, p. 242 ss.; ZARZOSA, 1993, p. 80 ss.

¹⁸¹ COBO/VIVES, 1987, p. 633.

de semana, la norma disponía que el condenado haya expresado su conformidad para que opere la sustitución.

El CP portugués de 1982, en sus arts. 43 y 44, incluyó también un régimen 2912 de sustitución de penas privativas de libertad en dos casos. Primero, cuando la pena de prisión no exceda de tres meses, ella puede ser sustituida por una pena de *prisión por días libres* que viene a ser una sanción parecida al arresto de fin de semana. La equivalencia que se emplea para este supuesto es de cuatro días de prisión por un fin de semana. El segundo caso de sustitución se presenta cuando la pena de prisión no fuera superior a seis meses. En este supuesto se puede sustituir la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una pena equivalente, pero fijada en días-multa a razón de un día-multa por cada día de prisión.

Conforme a la regulación nacional, la sustitución de penas es una medida 2913 alternativa cuya aplicación queda librada al absoluto arbitrio judicial. En efecto, como único presupuesto para su aplicación, sólo se exige que la pena privativa de libertad sustituible no sea superior a cuatro años (“...cuando la sanción sustituida a criterio del juez no sea superior a cuatro años”). En la medida en que el juez considere, en atención a la pena conminada para el delito y a las circunstancias de su comisión, que el sentenciado no merece una pena privativa de la libertad por encima de dicho límite, podrá disponer su sustitución, consignando en la sentencia el tipo y extensión de la pena sustitutiva. Sin embargo, el juez debe sopesar también otros factores justificantes, como la no necesidad o inconveniencia de la reclusión por razones prevención general o especial¹⁸².

Las penas sustitutas son la prestación de servicios a la comunidad y la li- 2914 mitación de días libres. Su aplicación no acarrea la imposición de reglas de conducta u obligaciones complementarias al condenado, quien sólo está obligado a cumplir con la pena sustituta. Si bien la ley no prevé criterios que orienten la elección judicial de alguna de estas penas, el órgano jurisdiccional deberá decidir, atendiendo a las condiciones personales del condenado y el tipo de delito cometido.

La deficiente regulación legal de estas medidas alternativas ha restringido 2915 su aplicación. Sobre todo, la falta de reglas de revocación de la sustitución en caso de incumplimiento de la pena sustituta. Este vacío legal impide que el juez restablezca la pena privativa de libertad cuando el condenado in-

¹⁸² BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS - TORRES, 1995, p. 207 ss.

cumple injustificadamente las obligaciones propias de la pena sustituta que le fue impuesta. El respeto al principio de legalidad (arts. II y III) imposibilita que, en caso de incumplimiento, se aplique el régimen de reconversión de penas que estatuye el art. 53. Por igual razón, tampoco se puede aplicar por analogía la conversión prevista en el art. 55, pues dicha disposición prevé sólo el caso en que las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres son impuestas como penas principales y autónomas.

- 2916 Esta laguna puede ser superada, de *lege ferenda*, mediante la aplicación del régimen de revocación de la pena sustituta, que prevé el art. 53. Esto es, restituir la pena privativa de libertad, previo apercibimiento judicial, en razón de siete días de pena privativa de libertad por cada jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. Esta solución es propuesta en el art. 32 del Anteproyecto de CP de 2009, en el que se dispone: “si el condenado no cumple injustificadamente la pena sustituta se revocará la sustitución, debiendo ejecutarse la pena privativa de libertad fijada en la sentencia. Revocada la sustitución, la pena sustituta cumplida con anterioridad será descontada de acuerdo con la equivalencia siguiente: una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres cumplida por cada siete días de pena privativa de libertad”.
- 2917 En el art. 31 del mismo anteproyecto, se prevé, como condición de la sustitución, que se pueda formular un pronóstico favorable de que, conforme a la “modalidad del hecho punible así como la personalidad del agente”, la medida le impedirá cometer nuevo delito.

b. Conversión de penas

- 2918 Se rige por lo dispuesto en los arts. 52 a 54, cuya fuente legal son los arts. 80 y 81 del CP Tipo para Latinoamérica. Al igual que la sustitución de penas, la conversión de penas es una medida que corresponde a las de reemplazo o conmutación¹⁸³. Consiste en conmutar la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia por una sanción de distinta naturaleza.
- 2919 La pena privativa de libertad puede ser convertida: en pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. En el derecho extranjero, es frecuente que sólo se prevea la conmutación respec-

¹⁸³ BRAMONT ARIAS/BRAMONT ARIAS-TORRES, 1995, 242. Estos autores señalan como fuente al Proyecto Peruano de 1991, pese a que la conversión de penas preexistió a dicho documento en el art. 65 del Proyecto de 1985.

to a las penas de multa (p. ej., en el art. 69 del CP costarricense y en el art. 50 del CP guatemalteco).

Contrariamente a la sustitución de la pena, la conversión es de índole subsidiaria. Así mismo, a diferencia de la simplicidad de la regulación de la primera, la referente a la conversión prevé los presupuestos y requisitos que deben darse para aplicarla. Según el art. 52, para que proceda la conversión se deben cumplir dos condiciones: primero, que la pena impuesta en la sentencia condenatoria no exceda a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; y que, en el caso concreto, no sea posible aplicar al sentenciado medidas de suspensión de la ejecución de la pena (art. 57) o de reserva de fallo condenatorio (art. 62). 2920

Tales requisitos otorgan a la conversión de penas una aplicación excepcional y subsidiaria frente otras medidas alternativas. Las equivalencias para la conversión de penas privativas de libertad en penas de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres están previstas en el art. 52: un día de privación de libertad equivale un día-multa y siete días de pena privativa de libertad corresponden a una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres. 2921

Las penas privativas de libertad efectivas de hasta dos años son convertibles en multa. En cambio, la conversión en penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres es posible respecto a la pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. 2922

Conforme a los arts. 53 y 54, procede la *revocatoria de la conversión* por dos causales. En primer lugar, por el incumplimiento injustificado de las penas convertidas y previo requerimiento judicial y, en segundo lugar, por la comisión, dentro del plazo de ejecución de la pena convertida, de un nuevo delito doloso, siempre que la pena conminada sea no menor de tres años de pena privativa de libertad. 2923

El efecto de la revocatoria de la conversión es la *reconversión de penas*, que consiste en hacer efectiva la pena privativa de libertad que fue inicialmente impuesta en la sentencia condenatoria. El art. 53, fija las reglas y equivalencias: un día multa descontará un día de pena privativa de libertad y una jornada de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres descontarán siete días de pena privativa de libertad. 2924

Cabe precisar que la revocatoria por la comisión de un nuevo delito doloso genera para el condenado la acumulación de la pena privativa de libertad 2925

que le resta cumplir con la correspondiente a la nueva infracción penal. En estos casos no será posible aplicar a la nueva condena los efectos agravantes cualificados de la reincidencia por no haberse cumplido antes “en todo o en parte una condena privativa de libertad” (art. 46-B).

- 2926 En un inicio, la utilización judicial de la conversión de penas privativas de libertad fue muy limitada. Esto ha cambiado luego de las reformas introducidas por la Ley N° 27186, del 20 de octubre de 1999. Su aplicación se ha incrementado notablemente y ha mejorado su aceptación social en comparación con la de la imposición de medidas de régimen de prueba. Actualmente, se encuentra en tercer lugar en el índice de frecuencias del uso jurisdiccional de medidas alternativas en el país. De allí que resulte alentador que el Anteproyecto de CP de 2009 eleve las posibilidades de la conversión de penas a tres años de pena privativa de libertad para la conmutación por pena de multa y a cinco años de pena privativa de libertad para su reemplazo por penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres.
- 2927 Merece un comentario especial la inclusión en nuestra legislación de una nueva pena convertible. Se trata de la *pena de vigilancia electrónica personal*, actualmente prevista en el art. 29-A, incorporado mediante la Ley N° 29499, del 19 de enero de 2010. Conforme a la modificación que dicha ley realizó sobre el art. 52, el juez de oficio o a petición de parte puede convertir, a razón de un día, las condenas de pena privativa de libertad efectiva –no mayores de seis años–, en penas de vigilancia electrónica personal.

c. Suspensión de la ejecución de la pena

- 2928 Según la doctrina, sus orígenes se encuentran, hacia finales del siglo XIX, en los procedimientos de *sursis* aplicados en Francia y Bélgica, así como en la *probation* norteamericana e inglesa¹⁸⁴. Se trata de uno de los procedimientos más tradicionales desarrollados por la doctrina con el objetivo de limitar el cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración. Corresponde a las medidas alternativas de *régimen de prueba*. Consiste en intercambiar la ejecución de la pena privativa de libertad por un periodo de prueba, durante el cual el condenado queda sujeto a un régimen de restricciones o reglas de conducta.

¹⁸⁴ HURTADO POZO, 1999, p. 238 ss.; FRAGOSO, 1993, p. 361 ss.

Se le denomina *condena condicional o suspensión de la ejecución de la pena*. 2929 Designaciones que, en las legislaciones, son utilizadas como sinónimas; este es el caso de nuestro Código (arts. 57 y 58). Pero, no se trata de medidas iguales, ya que se diferencian conceptual y formalmente, sobre todo respecto a sus presupuestos y efectos. En el CP español de 1995 (arts. 80 a 87), se encontraba prevista como “suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”. En el CP brasileño, esta medida es denominada “suspensão condicional da pena”, y en el CP colombiano de 1980 “condena de ejecución condicional”.

En estas leyes, la suspensión de la ejecución de la pena no es regulada de 2930 la misma manera. Se dan notorias diferencias en cuanto a la extensión de la pena privativa de libertad que se suspende, así como a los límites que corresponden al periodo de prueba. En España, por ejemplo, el condenado debe haber satisfecho las responsabilidades civiles que le alcanzan y ser un reo primario. Según el CP brasileño (art. 77), sólo procede para penas privativas de libertad no mayores de dos años y el plazo de prueba puede extenderse hasta cuatro años. De acuerdo con el CP colombiano de 1980 (art. 68), era aplicable cuando la pena privativa de libertad impuesta no excedía a tres años de prisión y el periodo de prueba podía extenderse hasta por cinco años.

En el derecho penal peruano, esta medida fue prevista, en el CP de 1924, 2931 bajo el nombre de condena condicional. Inicialmente, se disponía su aplicación para el caso de delitos culposos. Con posterioridad, debido a reformas en el CdePP, se amplió su aplicación a toda condena a penas privativas de libertad no superiores a dos años y siempre que el condenado no fuera reincidente¹⁸⁵.

Un sector de la doctrina nacional considera más adecuado hablar de “sus- 2932 pensión de la ejecución de la pena”, como se hace en el actual Código. Se argumenta que esta sólo suspende la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que se impuso al condenado y no condiciona ni suspende los efectos accesorios e indemnizatorios de la condena¹⁸⁶. Sin embargo, para otro sector, la denominación “condena condicional” era la más coherente con la fuente helvética y con la modalidad del régimen de prueba que adop-

¹⁸⁵ HURTADO POZO, 1973, p. 64.

¹⁸⁶ VILLAVICENCIO, 1992, p. 233. En España también se ha preferido dicha denominación, Cfr. MUÑOZ/GARCÍA, 1993, p. 498.

tó en legislador nacional en aquel entonces¹⁸⁷. Además, se sostiene que se trata de una discusión terminológica, la cual pierde importancia cuando se precisa la perspectiva que se adopta.

- 2933 Si se tiene en cuenta en qué consiste la medida y su efecto inmediato, resulta mejor hablar de suspensión condicional de la ejecución de la pena. Pero, si se considera su efecto mediato y decisivo (la condena se tiene por no pronunciada), no es del todo desacertado denominarla condena condicional. La ventaja de la primera fórmula es que comprende todos los casos, mientras que la segunda se refiere sólo a casos exitosos¹⁸⁸.
- 2934 Cabe destacar que se trata de una medida de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y no de sustitución de dicha pena, efecto propio de las medidas alternativas que se han analizado anteriormente. Sustituir es cambiar una cosa por otra y no es eso lo que sucede en la suspensión¹⁸⁹. Así, la simple suspensión de la condena no constituye un mecanismo de sustitución de la pena, sino, en todo caso, una renuncia provisional al pronunciamiento o ejecución de la misma que, en su momento, puede convertirse en definitiva. La suspensión de la ejecución de la pena implica también una forma de tratamiento en régimen de libertad¹⁹⁰, consistente en suspender la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. De esta manera el sentenciado no es internado en un centro carcelario para cumplir la pena fijada por la autoridad judicial, si no que permanece en libertad, pero sometido a un régimen de reglas de conducta y a la obligación de no delinquir.
- 2935 Las reglas de conducta son obligaciones o restricciones que el juez impone al condenado, quien debe observarlas durante un periodo de prueba, fijado en la ley o en la sentencia. En ese sentido, si durante este periodo, el condenado ha cumplido con las reglas de conducta y no ha cometido un nuevo delito doloso, se da por extinguida la pena y se cancela su inscripción en los registros judiciales correspondientes. Por este efecto extintivo de la pena aplicada al condenado, se ha considerado esta medida como un procedimiento especial de cumplimiento de penas privativas de libertad de corta o mediana duración.

¹⁸⁷ HURTADO POZO, 1973, p. 62 ss.

¹⁸⁸ HURTADO POZO, 1999, p. 234 ss.

¹⁸⁹ COBO/VIVES, 1987, p. 705.

¹⁹⁰ GARCÍA VÁLDEZ, 1995, p. 200.

Por el contrario, cuando durante el periodo de prueba el condenado viola las reglas de conducta o comete un nuevo delito doloso, se le impondrán mayores restricciones o sanciones y, en última instancia, se revocará la suspensión, disponiéndose el cumplimiento efectivo y total de la pena privativa de libertad que se suspendió. 2936

En el Código, la suspensión de la ejecución de la pena se encuentra regulada en el Capítulo IV, del Título III, de la Parte General, arts. 57 a 61. Su aplicación supone dos requisitos: Por un lado, que la pena privativa de libertad impuesta al condenado no sea superior a cuatro años. Por tanto, no es aplicable a otro tipo de penas, aun cuando se apliquen conjuntamente. Los efectos suspensivos pueden concernir sin embargo a todas las penas accesorias impuestas (p. ej., la inhabilitación). Por otro, que el juez emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado. Esto es, que en atención a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones personales del condenado, estime que éste no volverá a delinquir, por lo que la suspensión de la efectividad de la pena privativa de la libertad es pertinente. No basta, en consecuencia, que el juez intuya o confíe que el condenado se comportará bien. En caso de duda, no puede aplicarse el principio *in dubio pro reo*¹⁹¹. 2937

Las reformas introducidas mediante la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006 –por la cual se reincorporaron en el Código las agravantes de reincidencia y habitualidad– modificaron las reglas sobre la suspensión de la ejecución de la pena, al prever expresamente que dicha medida “no procederá si el agente es reincidente o habitual”. 2938

Como sucede en las demás medidas alternativas que regula el Código, la suspensión de la ejecución de la pena es de aplicación facultativa. El juez debe motivar debidamente su decisión de concederla o denegarla. También, tendrá en cuenta otros aspectos, como la condición de primario del infractor y la escasa gravedad de la conducta delictiva cometida o su adecuado comportamiento procesal. 2939

La duración del periodo de prueba es de uno a tres años. Dentro de estos límites, el juez señala la duración concreta e individualizada, a la que considera como idónea y prudente para convalidar la corrección del pronóstico favorable de conducta futura del condenado. Al respecto, debe decirse que nuestro legislador ha preferido dejar cierta libertad al juez para 2940

¹⁹¹ HURTADO POZO, 1999, p. 244.

que determine la duración del plazo en consideración a las circunstancias particulares del caso y entre las cuales es decisivo el aspecto personal del condenado¹⁹².

- 2941 En principio, no cabe equivalencia entre la magnitud de la pena impuesta y el periodo de prueba que corresponda al caso. Ahora bien, tratándose de un imperativo legal el plazo del periodo de prueba no puede ser inferior a un año, aún cuando la pena impuesta sea de menor duración.
- 2942 El art. 58 dispone la imposición obligatoria de reglas de conducta. Dicha norma, además, señala de modo enunciativo un conjunto de obligaciones o restricciones. El juez deberá elegir las pertinentes al caso y, además, puede integrar otras que estime adecuadas a los fines de prevención especial. La ley estatuye como único límite que las reglas que se fijen en la sentencia no afecten “la dignidad del condenado”. Por consiguiente, las reglas de conducta deben guardar conexión con las circunstancias particulares del delito y con la personalidad del imputado.
- 2943 La reparación del daño ocasionado o reparación civil puede incluirse como regla de conducta. En este caso, es necesario especificar un plazo determinado para su cumplimiento. La ley establece como límite el hecho que el condenado haya acreditado, debidamente, que le es imposible cumplir con dicha obligación.
- 2944 El incumplimiento injustificado de las reglas de conducta, da lugar a la aplicación de tres tipos de sanciones que se especifican en el art. 59. Se aplican de manera gradual y según un orden de prelación que comienza por la menos severa. Las sanciones aplicables son las siguientes:
- 2945 - La amonestación del infractor. La amonestación debe ser expresada de manera formal y clara para que tenga el efecto de intimar al condenado a cumplir con los deberes que se le han impuesto¹⁹³.
- 2946 - La prórroga del plazo de prueba, que tiene la finalidad de modificar el primer plazo en base a un mejor conocimiento de la personalidad del agente (rebelada por el incumplimiento de las reglas) y a darle una nueva oportunidad para que colabore en su reinserción¹⁹⁴. La determinación de la prórroga debe ser establecida teniendo en cuenta las necesidades y características de cada caso.

¹⁹² HURTADO POZO, 1999, p. 251.

¹⁹³ HURTADO POZO, 1999, p. 251 ss.

¹⁹⁴ HURTADO POZO, 1999, p. 252.

- La revocación de la suspensión es la sanción más severa, por lo que debe ser aplicada de manera excepcional y luego de haberse recurrido a las sanciones de amonestación o de prórroga. Representa una “constatación de fracaso y, en consecuencia, un mandato para que se haga efectiva la privación de la libertad”¹⁹⁵. En todo caso, su aplicación debe limitarse, en lo posible, al hecho de que el sentenciado haya cometido un nuevo delito doloso mereciendo, por ello, otra condena a pena privativa de libertad efectiva. Es, por tanto, incorrecto y desproporcionado revocar el régimen de suspensión por el mero incumplimiento del pago de la reparación civil, lo cual ha ocurrido con cierta frecuencia en la praxis judicial. 2947

Al respecto, es de advertir que la ley sólo regula un supuesto de revocación directa e inmediata del régimen de suspensión de la ejecución de la pena. Según el art. 60, se impone esta sanción sólo si el condenado es nuevamente reprimido (con pena privativa de libertad superior a tres años) por un delito doloso, realizado dentro del periodo de prueba. Además, conforme el citado artículo, el efecto de la revocatoria significa el cumplimiento total, acumulado y continuo de la pena inicialmente suspendida y de la correspondiente al “segundo hecho punible”. 2948

De acuerdo con el art. 61: “la condena se considera como no pronunciada”, si no se ha revocado la medida por incumplimiento reiterado de las reglas de conducta o por comisión de nuevo delito doloso. Esta regla es incoherente, respecto a la suspensión de la ejecución de la pena, pues corresponde más bien a la condena condicional regulada en el CP de 1924. La consecuencia debe ser declarar extinguida (cumplida) la pena. En este sentido, en el art. 62 del Anteproyecto de CP de 2009, se prescribe que la pena “se considera extinguida si transcurre el plazo de prueba sin que el condenado cometa nuevo delito doloso ni infrinja, de manera persistente y obstinada, las reglas de conducta establecidas en la sentencia”. Así, resulta claro que el éxito de la suspensión de la ejecución de la pena conlleva la anulación directa y “espontánea” de los antecedentes penales del condenado. 2949

d. Reserva del fallo condenatorio

La reserva del fallo condenatorio fue otra de las innovaciones que incorporó el actual Código (arts. 62 a 67) en el ámbito de las medidas alternativas. 2950

¹⁹⁵ HURTADO POZO, 1999, p. 252.

El legislador siguió el modelo español del Anteproyecto de CP de 1983 (art. 71 ss.). De esta manera, conforme a la orientación escogida por los autores de este anteproyecto, se apartó de la *probation* anglosajona, al prescindir del pronunciamiento de la condena y por ende de la pena¹⁹⁶. Esto significó, también, que no tuvo en cuenta la regulación del CP alemán (art. 59), según la cual el juez individualiza la pena correspondiente, pero suspende el pronunciamiento de la condena.

- 2951 La reserva del fallo condenatorio, según nuestro Código, constituye una declaración formal de culpabilidad que se hace al imputado. Éste no es condenado y, por tanto, tampoco se le ejecuta la pena, bajo la condición de que se comporte debidamente durante un periodo de prueba. Si el periodo de prueba concluye exitosamente (sin infracción de las reglas impuestas, ni comisión de nuevo delito), el juzgamiento se deja sin efecto. Por el contrario, si el sentenciado infringe de manera reiterada las reglas de conducta o vuelve a delinquir, el juez puede revocar la medida, pronunciando el fallo condenatorio en la cual había fijado la pena, ordenando su ejecución aplicación efectiva.
- 2952 Las reglas de conducta incluyen, como en el caso de la suspensión de la ejecución de la pena, obligaciones y restricciones específicas, además del mandato implícito de no cometer un nuevo delito.
- 2953 En el derecho penal extranjero, encontramos un régimen similar al de la reserva del fallo condenatorio en el CP portugués de 1982, bajo la denominación de “régimen de prueba” (arts. 53 a 58). Según este modelo, cabe aplicar un régimen de prueba cuando el procesado es culpable de un delito sancionado con pena de prisión no superior a tres años y si la suspensión de la ejecución de la pena no se muestra adecuada “para su recuperación social”. Durante el periodo de prueba, que según nuestro Código puede tener una extensión de uno a tres años, el sentenciado recibe la supervisión - colaboración de un trabajador social.
- 2954 Conforme al art. 62 la reserva del fallo condenatorio procede cuando se cumplan los siguientes requisitos: Primero, el delito esté sancionado con una pena no superior a tres años de pena privativa de libertad, una pena de multa, de prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a 90 jornadas, o de inhabilitación no superior a dos años.

¹⁹⁶ MIR PUIG, 1987, p. 55 ss.

Y, en segundo lugar, el pronóstico favorable de conducta futura. Como en 2955
 el caso de la suspensión de la ejecución de la pena; el juez, en atención a
 las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente, debe estar con-
 vencido que el sentenciado no volverá a delinquir¹⁹⁷. Es indispensable que
 el juez use de manera responsable su facultad discrecional para “evitar que
 el delincuente, permeable o receptivo a los mandatos del orden jurídico,
 no vuelva a delinquir, evitando el estigma de la condena y dándole ocasión
 para que se rehabilite el mismo”¹⁹⁸.

El régimen de prueba en la reserva del fallo condenatorio es similar al que 2956
 rige en la suspensión de la ejecución de la pena. Por consiguiente, tanto el
 plazo del periodo de prueba como el catálogo de reglas de conducta y las
 sanciones por incumplimiento mantienen iguales características:

El plazo de prueba puede extenderse entre uno y tres años. Pero en caso de 2957
 infracción de las reglas de conducta puede ser prorrogado hasta por una
 mitad del plazo inicialmente fijado.

Las reglas de conducta deben adecuarse a los fines de rehabilitación del 2958
 procesado. Es posible considerar como regla de conducta el cumplimiento
 del pago de la reparación civil. Además, el juez puede adicionar otras reglas
 de conducta, distintas de aquellas que se definen enunciativamente en el
 art. 64, si resultan pertinentes al caso y convenientes para los fines preven-
 tivo-especiales de la medida. Sin embargo estas reglas adicionales no deben
 atentar contra la dignidad personal del sentenciado.

El incumplimiento injustificado y reiterado de las reglas de conducta moti- 2959
 va una sanción. En estos supuestos el juez puede disponer la amonestación
 del sentenciado (severa advertencia), la prórroga del plazo de prueba hasta
 en una mitad del inicialmente fijado; o la revocatoria de la reserva.

La revocatoria de la reserva del fallo condenatorio por comisión de nue- 2960
 vo delito doloso presenta algunas particularidades. En primer lugar, el art.
 66 regula dos supuestos: primero, se refiere a una revocatoria facultativa
 cuando por el nuevo delito cometido se imponga pena privativa de libertad
 superior a tres años. Segundo, la norma prevé una revocatoria obligatoria
 e inmediata, si el nuevo delito cometido merece una pena superior a tres
 años. No resulta coherente ni explicable esta distinción. Es preferible man-
 tener la revocatoria condicionada únicamente a la extensión de la pena im-

¹⁹⁷ PEÑA CABRERA, 1994, p. 550.

¹⁹⁸ HURTADO POZO, 1999, p. 247.

puesta en la nueva condena, pues vincular tal consecuencia con la sanción conminada del delito puede generar situaciones de absurda inequidad. Por ejemplo, cuando el nuevo sea el delito de homicidio por emoción violenta (art. 109) y la presencia de circunstancias atenuantes (legítima defensa imperfecta o imputabilidad restringida) afecten el mínimo de la pena legal, por lo que la pena a imponerse sea inferior a tres años de pena privativa de libertad, la revocatoria facultativa no sería posible, pero sí la obligatoria porque la pena prevista en el art. 109 es pena privativa de libertad no mayor de cinco años. El Anteproyecto de CP de 2009, al establecer como base única de la revocatoria que la pena impuesta por el nuevo delito sea superior a tres años de privación de libertad, resuelve este problema.

- 2961 La reserva del fallo condenatorio ha tenido una evolución interesante en la praxis judicial. Por fuerza de la costumbre y falta de información, esta importante medida alternativa fue inicialmente relegada por la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena. No obstante, con el transcurso del tiempo, se le aplica con más frecuencia, sobre todo, en caso de delitos de escasa relevancia como la usurpación de inmuebles, la violación de la libertad de trabajo, el abuso de autoridad innominado, la receptación simple y en las faltas. Actualmente, esta en el segundo lugar de las más aplicadas.

e. Exención de pena

- 2962 Esta medida alternativa se relaciona con los criterios generales del llamado perdón judicial. Esto es, con la facultad conferida por la ley al órgano jurisdiccional para dispensar de toda sanción al autor de un hecho delictivo.
- 2963 El fundamento de la exención de pena comparte objetivos de prevención especial con consideraciones de oportunidad o merecimiento de pena. En tal sentido, las circunstancias del hecho punible cometido, las condiciones personales del autor o partícipe y la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, determinan, en el caso concreto, que la respuesta resulte innecesaria o desproporcionada.
- 2964 En el derecho extranjero existe singular predilección por procedimientos de renuncia a la pena. Por ejemplo, el art. 169 del CP italiano autoriza al juez a *perdonar la pena*, declarándola extinguida, si el autor del delito es menor de dieciocho años y siempre que la sanción que correspondería aplicarle no exceda a dos años de pena privativa de libertad¹⁹⁹. Por su parte, el

¹⁹⁹ MARINUCCI/DOLCINI, p. 323 s.

CP alemán, en su § 60, permite renunciar a la pena cuando la que debería imponerse es inferior a un año de pena privativa de libertad y las consecuencias del hecho ilícito han afectado de modo relevante a su autor (pena natural). Sin embargo, impone evaluar si la decisión de dispensar la pena puede o no generar riesgos para la defensa del orden jurídico, o perjudicar objetivos de prevención general²⁰⁰.

En Iberoamérica, el art. 64 del CP boliviano regula el perdón judicial y prevé su aplicación cuando el agente es primario, el delito cometido no tenga pena conminada privativa de libertad mayor de un año y siempre que pueda deducirse de la levedad del hecho o de los motivos que impulsaron a su autor, que no volverá a delinquir. Además en su art. 65, dispone que el perdón judicial no afecta el pago de la reparación civil. 2965

El Código regula la exención de pena en el art. 68. Este único dispositivo tuvo por fuente legislativa extranjera al art. 75, inc. I, del CP portugués de 1982. Su incorporación en el proceso de reforma tuvo lugar a través del Proyecto de CP de setiembre de 1989 (art. 71). 2966

La denominación dada por el legislador nacional resulta equívoca y poco afortunada. Fundamentalmente porque el término exención de pena en nuestra legislación es polisémico. En efecto, en el Código también se le utiliza para identificar otras consecuencias jurídicas del delito distintas, por su naturaleza y función, de la medida regulada en el art. 68. Así, por ejemplo, en el art. 406 designa a una causal de exclusión de pena o excusa absoluta (exención de pena en caso de encubrimiento real o personal). En otros casos, con dicha expresión se alude a medidas premiales por colaboración eficaz, como ocurre en la Ley N° 27378²⁰¹, del 21 de diciembre de 2000 (art. 4, inc. 1) y en el DLeg N° 824²⁰², del 24 de abril de 1996 (art. 19, lit. a). 2967

Por consiguiente, quizás hubiera sido preferible designar a esta modalidad de perdón judicial penal con otra denominación, por ejemplo *dispensa de pena o renuncia de pena*. 2968

La legislación peruana establece dos requisitos para la procedencia de la exención de pena. El primero, está en función del tipo de pena conminada 2969

²⁰⁰ STREE, § 60, pf. 1 ss. [SCHÖNKE Adolf/SCHÖDER, Horst; Strafgesetzbuch Kommentar, 27a ed., Munich 2006]

²⁰¹ Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, del 21 de diciembre de 2000.

²⁰² DLeg N° 824, normativa de lucha contra el narcotráfico, del 24 de abril de 1996.

en la ley para el delito cometido (no debe tratarse de una pena privativa de libertad mayor de dos años, ni pena de multa o limitativa de derechos). El segundo, toma en cuenta el grado de culpabilidad del responsable, que debe ser mínimo y que es determinado teniendo en cuenta las circunstancias que aminoren o disminuyan su intensidad (imputabilidad relativa, error de prohibición vencible, estado de necesidad exculpante imperfecto o miedo superable).

- 2970 La sentencia condenatoria donde se aplique la exención de pena no debe ser inscrita en el registro judicial, lo que se deduce de la propia función que corresponde a la inscripción, la cual es dar testimonio de la pena impuesta al condenado²⁰³.

V. Anteproyecto de CP de 2009

- 2971 En el Anteproyecto de CP de 2009, se plantean algunas propuestas de cierta importancia. Por ejemplo, la previsión del sólo límite máximo de cinco años de privación de libertad para la aplicación de medidas alternativas. La medida alternativa de sustitución de penas es reformulada a fin de darle autonomía operativa y diferenciar su oportunidad de aplicación frente a la conversión de penas.
- 2972 De todas estas reformas, la que merece un comentario especial es la relacionada con la unificación del requisito cuantitativo de procedencia de las medidas alternativas y que es fijado en cinco años. El Anteproyecto, además, permite que el juez tenga un espacio homogéneo de discreción para elegir la medida más adecuada al caso y a las características del imputado. De otro lado, también deviene en pertinente la reformulación de la medida de sustitución de pena a la cual se le incorpora el requisito valorativo del pronóstico favorable de conducta futura y se le fijan causales de revocación por incumplimiento de la pena sustituta.

VI. Jurisprudencia vinculante

- 2973 En relación con las medias alternativas, se han emitido dos ejecutorias supremas de eficacia vinculante. La ES del 27 de mayo de 2005, RN N° 3332-2004 Junín, define los presupuestos de aplicación de la reserva del fallo

²⁰³ VILLAVICENCIO, 1992, p. 238.

condenatorio. En lo esencial, se detallan los requisitos y la operatividad de dicha medida alternativa, corrigiéndose el error en que incurrió la Sala Penal Superior al aplicar una reserva de fallo para un delito cometido por funcionarios públicos que, conforme al art. 426, conlleva la pena conjunta de inhabilitación hasta por tres años. Por último, se destaca la reserva de fallo, limitando su aplicación a un máximo de dos años.

La ES del 20 de abril de 2006, RN N° 2476-2005 Lambayeque, trata sobre el vencimiento del periodo de prueba en el régimen de la suspensión de la ejecución de la pena y el incumplimiento de reglas de conducta dispuestas en la sentencia condenatoria. En lo fundamental, se describe la función del periodo de prueba y se señala que, si se omitió el pago de la reparación civil considerada como regla de conducta, no cabe aplicar el efecto cancelatorio o de *remisión de la pena* que se regula en el art. 61, siendo improcedente en estos casos la rehabilitación. 2974

VII. Rehabilitación

La rehabilitación permite restablecer jurídicamente el prestigio social de un condenado dentro de la comunidad²⁰⁴. Con ella se busca restituirle la situación jurídica en que se encontraba antes de emitirse la sentencia condenatoria²⁰⁵. 2975

La rehabilitación tiene como principal función eliminar los efectos penales de *iure* que afectan al condenado y que son diferentes a las penas y de las medidas de seguridad. Tales efectos consisten en la imposibilidad de obtener la condena condicional si se comete otro delito, la posibilidad de que se aplique la agravación por reincidencia o de que se califique al autor como habitual, la incapacidad para participar en determinados concursos públicos o ejercer ciertas profesiones, así como toda una serie de restricciones en orden al ejercicio de actividades que necesiten permiso o licencia de algún organismo público²⁰⁶. 2976

Se trata, por tanto, de un remedio legal que permite anular las consecuencias colaterales de índole penal que produce una sentencia condenatoria en la persona del sentenciado. La rehabilitación sólo puede operar después de 2977

²⁰⁴ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 70 II 6.

²⁰⁵ VELÁSQUEZ, 2009, p. 1207.

²⁰⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1987, p. 726.

cumplida o extinguida la sanción impuesta en la sentencia. Por consiguiente, es correcto afirmar que no anula la pena (ésta ya se cumplió o extinguió) sino la condena; dicho de otra manera, elimina la condición de condenado. Según se ha sostenido es “un verdadero derecho subjetivo del penado y no una concesión más o menos generosa del Estado”²⁰⁷. De allí que su declaración sea con frecuente automática y de oficio.

- 2978 Durante mucho tiempo, se discutió sobre si pertenecía al derecho penal sustantivo o al derecho procesal. En la actualidad hay consenso en admitir que es de índole mixta. Si bien su regulación corresponde al derecho penal material, la realización de sus efectos -como derecho subjetivo del sentenciado- demanda siempre una vía procesal que le asegure su reconocimiento judicial²⁰⁸.
- 2979 La regulación legal de la rehabilitación ha pasado por tres etapas. Primero, fue prevista sólo como vía formal de reposición en el ejercicio de los derechos que fueron suspendidos al autor o partícipe de un hecho punible, mediante una sentencia condenatoria que imponía, junto a la pena principal, también la de inhabilitación. Posteriormente, fue regulada sólo como un procedimiento especial para la cancelación de los antecedentes o registros oficiales de las condenas impuestas a un sentenciado, como consecuencia del vencimiento exitoso de un periodo de prueba. Por último, actualmente, se le prevé de manera tal que se comprende ambas funciones. Esto es, se rehabilita al inhabilitado y se anulan también los antecedentes penales que surgieron por la inscripción de su condena en los registros correspondientes²⁰⁹.
- 2980 Desde la vigencia del CP de 1924 (arts. 130 y 131), se asignó a la rehabilitación aquellas dos funciones. De modo que es correcto destacar su capacidad para eliminar “los antecedentes del condenado del registro respectivo” y para posibilitar también que el condenado recupere “el ejercicio de sus facultades jurídicas, justamente, privadas por la pena accesoria de inhabilitación e interdicción”²¹⁰. El mismo criterio se mantiene en el Anteproyecto de CP de 2009 (art. 70).
- 2981 Sin embargo, cabe recordar que, en el CdePP (arts. 343 y 344), la rehabilitación fue tratada sólo como cancelación de los registros penales del

²⁰⁷ MORILLAS, 1991, p. 213.

²⁰⁸ BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES, 2000, p. 264.

²⁰⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, 1987, p. 725.

²¹⁰ PEÑA CABRERA, 1987, p. 418.

condenado. Por lo que García Rada señaló que las consecuencias de esta institución procesal eran “importantes, porque impiden la reincidencia y la habitualidad y, en todo caso, desaparecen los antecedentes penales o judiciales”²¹¹. Los arts. 69 y 70 tienen como fuente el CP Tipo para Latinoamérica (arts. 87, 88 y 90).

Según nuestra legislación, la rehabilitación extiende sus efectos sobre penas o medidas de seguridad. Comprende tanto la restitución en el ejercicio de los derechos suspendidos con la condena, así como la cancelación de los antecedentes por ella generados. Pero, la rehabilitación no repone al sentenciado en los cargos o funciones que le fueron suprimidos por la condena a una pena de inhabilitación principal o accesoria. 2982

Ahora bien, el cambio más importante que introdujo la reforma penal de 1991 fue la eliminación de todo plazo de prueba posterior al cumplimiento o extinción de la sanción impuesta. La rehabilitación, por tanto, debía de operar desde el preciso momento en que se cumplía la pena o medida de seguridad impuestas; o en cuanto las primeras fueran suprimidas por alguna causal de extinción como el indulto, la amnistía o la prescripción. Al respecto el art. 69 *ab initio*, en su redacción original señalaba de modo expreso que quien “ha cumplido la pena o medida de seguridad que le fue impuesta, o que de otro modo ha extinguido su responsabilidad, queda rehabilitado sin más trámite”. Cabe mencionar que en el derecho extranjero todavía es frecuente requerir aquellos plazos, como sucede en el art. 136, incs. 2 y 3 del CP español de 1995. 2983

La reincorporación al derecho penal nacional del agravante calificada de la reincidencia (art. 46-B), a través de la Ley N° 28726, del 9 de mayo de 2006, modificó indirectamente la estructura normativa original del art. 69, en el sentido que tal circunstancia agravante no se podría configurar en caso de cancelación de antecedentes. Esta consecuencia jurídica fue modificada por la Ley N° 28730, del 13 de mayo de 2006, la cual de manera confusa reformuló el párrafo final del aludido artículo precisando que la “reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”. 2984

Con esta reforma, la reincidencia generaba una excepción a la regla general de la rehabilitación absoluta e inmediata por cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta al condenado. Para esclarecer los alcances 2985

²¹¹ GARCÍA RADA, 1984, p. 360.

de dicha modificación legal, la Corte Suprema²¹² interpretó que la rehabilitación, como cancelación de antecedentes penales, sería provisional o transitoria por un periodo de cinco años posteriores al cumplimiento de la pena. Sólo al vencimiento de dicho plazo y sin que mediara reincidencia, la cancelación de los registros penales se convertiría en definitiva. Este criterio ha sido aceptado en el Anteproyecto de CP de 2009 y, posteriormente, previsto en la Ley N° 29407, del 18 de setiembre de 2009. Así, se estableció el actual texto del art. 69: “Tratándose de una pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por cinco años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia la cancelación será definitiva”.

- 2986 En el art. 70, se prohíbe comunicar a cualquier entidad o persona todo registro o antecedente vinculado a una condena que ya fue objeto de rehabilitación. Esta obligación de silencio y confidencialidad es imperativa y resulta funcional al objetivo legal de cancelar para siempre, y ante la sociedad en pleno, todo signo o rezago de marca penal²¹³.
- 2987 La aplicación de la rehabilitación no ha provocado controversias a nivel jurisprudencial. Las principales dudas surgidas se refieren a su aplicación en casos de incumplimiento de penas de multa impuestas conjuntamente con penas privativas de libertad, o de no pago de la reparación civil fijada en la sentencia. Con relación a lo primero, se ha resuelto, de manera acertada, que la rehabilitación no opera, ya que requiere el cumplimiento de todas las penas impuestas en la condena. De manera coherente, en la ESUP del 10 de agosto de 1995, Exp. N° 163-92²¹⁴, se destacó que si “al sentenciado se le impuso conjuntamente con una pena privativa de libertad una pena de multa, la cual no tiene la condición de sanción accesoria sino de principal, la rehabilitación no es procedente mientras no se haya pagado dicha pena pecuniaria”.
- 2988 En principio, el problema central que afronta la rehabilitación en el Perú no es ni normativo ni jurisprudencial. Se trata más bien de un problema práctico consistente en que no se le declara de oficio, pese a que así lo dispone la ley penal vigente. Lo cual genera que se pueda seguir ostentando la calidad negativa de “condenado”, pese a que se haya cumplido la sanción

²¹² AP N° 1-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008.

²¹³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 87 IV.

²¹⁴ ESUP de la Décimo Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Lima del 10 de agosto de 1995, Exp. N° 163-92.

impuesta en la sentencia. Esta disfunción también se detecta en los casos de condenas a penas privativas de libertad con suspensión de la ejecución de la pena, cuyo plazo de prueba feneció exitosamente (art. 61). Resulta, por tanto, necesario e impostergable agotar los esfuerzos administrativos que sean pertinentes para revertir esta endémica situación de incertidumbre judicial frente a los efectos materiales de la rehabilitación, así como ante la eficacia del derecho del condenado que cumplió su pena a ser “rehabilitado sin más trámite”.

