

La suspensión de la pena privativa de libertad (una evaluación en torno a nuestra realidad)

Iván Alberto SEQUEIROS VARGAS*

I. Introducción

Es una constante indiscutible aceptada en el pensamiento del ciudadano medio que quien infringe la ley debe ser sancionado; pero es necesario que las sanciones que se impongan cumplan con las características que, precisamente, les otorgan la condición de tales; de lo contrario, se produce un relajo social que deriva en situaciones como las actuales, con una delincuencia que arrecia y en la que cunde la inseguridad, con las consecuencias graves y perjudiciales que ello origina.

En tal sentido, un aspecto de nuestro sistema de sanciones penales que es preciso revisar y replantear es la pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución, ello desde una perspectiva político-criminal y de adecuado control de la criminalidad, y en atención a las características propias de nuestra sociedad, en formación y pleno desarrollo, con índices aún precarios de democracia, conciencia social y constitucionalidad.

El cumplimiento de la ley (nos guste o no) es el signo inequívoco de una razonable convivencia social pacífica, por tanto, su inobservancia debe ser inmediatamente sancionada, generando en el ciudadano el efecto pedagógico de respeto por la ley, para lo cual resulta necesario mantenerlo informado sobre el significado de esta, el principio de autoridad, sus derechos fundamentales y el respeto por los demás ciudadanos.

Por el contrario, si hay carencias y deficiencias educativas en esta materia, la ciudadanía, desprevenida y desinformada, convivirá de manera desadaptada con comportamientos nocivos, propiciándose la delincuencia. Por esa razón, los científicos sociales señalan la existencia de una sociedad deficitaria en valores sólidos y proclives a incumplir la ley¹, donde se instrumentaliza (probablemente de manera injusta) la sanción como el remedio, que no solo debe tener la vocación de corregir la conducta del infractor, sino que debe servir de ejemplo para que

* Juez superior titular del Distrito Judicial de Lima. Presidente de la Segunda Sala Penal de Apelaciones-Cuarta Sala Penal Liquidadora del Subsistema Anticorrupción.

1 El comentario popular dice que en el Perú quien cumple las leyes es un tonto, entonces, el ciudadano desinformado y mal educado, para no ser incluido en esa categoría debe incumplir la ley y hacer alarde de ello, en consecuencia, es bien visto en su grupo porque no es tonto, sino un "vivo", y cuando más elude la norma es conocido como "vivazo", que es la categoría máxima dentro de tales grupos sociales.

quienes la observen se abstengan de contravenir la norma. De ese modo asumiremos la posibilidad de un comportamiento ciudadano adecuado.

Sociedades sólidas y cívicamente destacables en nuestro tiempo resultan del devenir de siglos de aprendizaje social, arribando en muchos casos en Estados sociales de armonía que, sin ser perfectos, han logrado altos estándares de paz social y coexistencia pacífica ejemplar, no obstante que las sanciones a los que infringen la norma siguen siendo severas, ejemplares y efectivas, de modo que el estándar logrado se mantiene y, en todo caso, se incrementan los márgenes del comportamiento adecuado.

Existe, por ello, la inquietud de evaluar si en la sociedad peruana, con los estándares de alteración social vivenciados y los progresivos altos índices de delincuencia, no sería un lujo excesivo pretender que ciudadanos que infringen la ley no sean debidamente sancionados o lo sean simbólicamente, con la esperanza de que no vuelvan a infringir la norma, bajo la creencia absurda en una resocialización o tratamiento inexistentes, de pura ficción legal, o en una doctrina penitenciaria profundamente abstracta. Consideramos que algunas respuestas las podremos encontrar en los breves planteamientos siguientes.

II. Antecedentes

Son cuatro las fases aceptadas en la historia de la evolución de la sanción penal: la vindicativa, la expiacionista, la correccionalista y la resocializadora.

La fase vindicativa de la sanción penal, ubicada en la época de los pueblos primitivos,

está referida esencialmente a los castigos corporales, al sufrimiento físico, teniendo como fundamento la venganza del agraviado. Es clara manifestación de este estadio la ley del talión, basada en un criterio de proporcionalidad elemental entre el daño infringido y la sanción aplicable. En esta condición está también la *compositio*, que no es otra cosa que la solución que el acuerdo o la transacción entre el agraviado u ofendido y su grupo, y el infractor, respecto a la potestad que tiene el primero de cobrar venganza².

En la Edad Media, habría funcionado la fase de expiación o de retribución histórica, esencialmente con un carácter de influencia divina en la solución de la contienda (de ahí la denominación). Se fundamenta en una venganza supraterrrenal, siendo el fin esencial de la sanción la explotación del trabajo del ofensor, oficializándose como mecanismo de resarcimiento del daño ocasionado. El encargado de la sanción penal que, en el primer caso era la víctima, se trasladó a la organización religiosa o política que sustentó y dinamizó la estructura social (actualmente, el Estado) y sus formas de ejecución. Un ejemplo de ello es la participación de los condenados en la construcción de "galeras", presidios y todo tipo de trabajos forzados, para lo cual el reo era trasladado muchos kilómetros fuera de su lugar de origen para, de esa manera, colonizar tierras nuevas y construir establecimientos correccionales, donde se confinaban a las mujeres y menores, cuyo trabajo se explotaba en extremo.

La pena de prisión propiamente dicha nace en la fase correccional ubicada en el siglo XVIII, siendo el Código General de Costa Rica de 1841 el que habría normativizado específicamente por primera vez dicha materia. En sus

² El criterio básico de esta solución de conflicto es que el agresor da al ofendido un bien a cambio de que este no ejercite la venganza, convirtiéndose de esta manera en una sanción económica.

orígenes, el fundamento de esta sanción consistió en que el Estado, de modo exclusivo, imponía al reo el régimen privativo de libertad en un establecimiento penitenciario sujeto a determinadas reglas, régimen sustentado en la necesidad de corregir el mal comportamiento del recluso en sus tres modelos: el filadélfico, el "auburniano" y el panóptico.

El régimen filadélfico o pensilvánico es sistema celular en el que se pretenden reemplazar los castigos corporales con el encierro en una cárcel, con la exigencia del aislamiento o segregación celular permanente, la prohibición del trabajo, el silencio absoluto y la educación religiosa, condiciones que se suponía corregirían al recluso.

Así también, el régimen "auburniano" (de Auburn, Nueva York)³, con cambios del anterior régimen debido a las críticas que las condiciones originaban, tenía como elementos el aislamiento celular nocturno, el trabajo comunitario, el silencio absoluto, la disciplina severa, que incluye castigos corporales frente a comportamientos inadecuados, siempre con la idea de corregir la conducta delictiva del detenido.

Y, finalmente, el régimen panóptico propuesto por Bentham⁴, quien propuso un establecimiento donde la custodia de los presos sea más segura y económica, pudiendo aplicarse las reglas de los dos regímenes antes indicados.

La fase resocializadora habría comenzado históricamente a finales del siglo XIX, con

Los enfoques esenciales sobre la pena giran en torno a la concepción de Estado que se tenga y a la determinación de su carácter utilitario o sancionador, sin desmedro del real efecto que surte en las personas y la sociedad, al margen de la concepción teórica que se tenga de ella o la realidad de su cumplimiento.

el objetivo fundamental de ver a la sanción penal como un medio de resocialización del condenado, por medio del tratamiento penitenciario, asumiendo el Estado dicha obligación con carácter exclusivo y como parte de sus funciones esen-

ciales. Esta fase está basada en la progresividad de etapas que, debidamente diseñadas y transitadas, permitirían lograr la finalidad del tratamiento. Esta progresividad determina que el reo deba ir asumiendo las diversas etapas en atención a los avances logrados en cada fase.

El tratamiento abierto o al aire era la última etapa de la progresividad en el tratamiento resocializador, debiendo ejecutarse en condiciones sociales reales. En el mismo sentido, la prisión abierta se constituyó en la posibilidad de que el condenado cumpla una sanción penal fuera de la cárcel, sometido a determinados controles, pero sin obstáculos para su libertad personal.

Resulta válido afirmar, sobre esta referencia concreta, que la potestad sancionadora del Estado a quienes infringen la ley, dentro de su progresividad, estableció recientemente (entre los siglos XVII y XIX) la privación de la libertad como categoría sancionadora fundamental, constituyendo en el tiempo actual el mecanismo de control más eficaz y racionalmente aceptado en todo el mundo para quienes infringen la norma. El fundamento de esta medida, esencialmente, es la posibilidad de regeneración del degenerado, la rehabilitación del inhabilitado, la reeducación del maleducado y la resocialización del antisocial, bajo la filosofía

3 Ciudad en el condado de Cayuga, Nueva York.

4 Filósofo y economista padre del utilitarismo (1748, Reino Unido).

del humanismo a ultranza, que persiste en la creencia de que el ser humano por su racionalidad es reeducable⁵. Antes de esa época, las penas eran esencialmente la muerte, las agresiones simples y crueles a la integridad física de las personas, y las penas infamantes.

También es preciso indicar que la privación de la libertad siempre ha existido en toda la historia de la humanidad, sin embargo, no estaba destinada a servir como sanción, sino como un medio de prevención o, en todo caso, de cautela o aseguramiento del imputado de un crimen, a fin de que concurra al procesamiento, determinándose su sanción después del juzgamiento, la cual no consistía en una medida de prisión, sino en algún castigo corporal, sanción económica o venganza del agredido, aceptándose los acuerdos o transacciones con el único requisito de que la víctima se encuentre satisfecha⁶.

La privación de la libertad actualmente es el principal mecanismo de sanción predominante en el mundo.

III. La pena privativa de la libertad

1. Naturaleza

La literatura que existe sobre la pena es abundante e impresionante, extendiéndose desde consideraciones religiosas, pasando por las políticas, sociológicas, psicológicas, hasta

llegar a las de orden económico e, inclusive, a las de orden moral y ético, lo que determina que su comprensión se haya tomado en un asunto complejo y bastante debatible. En estas condiciones, las referencias que a continuación insertamos solo son eso, referencias que permitirán un discernimiento más cabal sobre el tema que tratamos en esta ocasión.

La teoría de la pena es parte de la definición del Derecho Penal, cuando en términos amplios se admite que es una de las consecuencias jurídicas que se determina al individuo que delinque, aun cuando se afirma que "la pena es ajena a la norma".

Los enfoques esenciales sobre la pena giran en torno a la concepción de Estado que se tenga y, adicionalmente, a la determinación de su carácter utilitario o sancionador, sin desmedro del real efecto que surte en las personas y la sociedad su imposición, al margen de la concepción teórica que se tenga de ella o la realidad de su ejecución y cumplimiento.

La concepción esencial sobre la pena considera teorías absolutas, teorías relativas y teorías mixtas, las que resumiremos a fin de dar una idea panorámica sobre la pena.

2. Teorías absolutas de la pena

Fundamentalmente, esta teoría nos remite al carácter retributivo de la pena que tiene esencialmente un sustento de justicia⁷. La pena

5 Esta afirmación humanística tiene severos cuestionamiento, atendiendo al carácter violento del ser humano concebido en su naturaleza esencial, su ambición natural, el materialismo extendido en la actualidad y la competencia descarnada que guía la convivencia social.

6 Debemos advertir en este punto que la evolución humana no ha cambiado mucho en estos menesteres, pues la tendencia actual es que las personas que incurrir en ilícitos (no graves) satisfagan el interés de la víctima para de esa manera evitar sanciones mayores, condiciones que han derivado, procesalmente, en las terminaciones anticipadas y acuerdos del imputado con el Ministerio Público y la víctima del delito, todo lo cual origina una justicia probablemente más eficaz y compensatoria razonable.

Con particular claridad expresó Ulpiano en el Derecho Romano (D. 48, 19, 9), repetido por las Partidas (P. 7, 31, 4), de que la cárcel no es para el castigo, sino *ad continendos homines*; "la cárcel no es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados" [sic].

7 La justicia es considerada como un valor absoluto, que es precisamente de donde deriva el carácter absoluto de la teoría de la pena.

retributiva se basa en la elemental lógica de que quien causa un mal a una persona debe sufrir otro mal (la pena), y esta es válida no por su utilidad, sino porque es justa en sí misma, de ahí que la exigencia de esta teoría es que la pena sea proporcional (justa) al daño que ha ocasionado quien es sancionado⁸.

A fin de que la teoría no se asimile a un criterio de venganza, se hace la disquisición (bastante sutil y esencialmente nominal, desde nuestra perspectiva) de que la retribución es más bien una "medida" y no una venganza, teniéndose como argumento que el hecho delictivo es el fundamento en el que se sustenta la pena, razón por la que debe guardar equilibrio, coherencia y proporción, graduándose adecuadamente; solo en ese caso alcanza el margen retributivo, caso contrario, se convierte efectivamente en una venganza.

En realidad, la corriente retribucionista tiene adicionales sustentos éticos, morales, filosóficos y políticos; en efecto, se considera que el ser humano en ejercicio de su libre albedrío hace mal uso de él, lo que determina que se haga merecedor de una sanción (retribución) por el mal uso de esa libertad. Esta fundamentación, además, acude al viejo postulado de la ley del talión, que basada en un criterio de proporcionalidad esgrime que aquella persona que comete un hecho desaprobado debe merecer un castigo igualmente perjudicial al daño que ha causado, tanto en calidad como en cantidad.

En el cristianismo esta retribución tiene más bien carácter expiatorio, que redime al hombre, debido a que el delito es considerado

como pecado y, aun cuando los términos retribución y expiación no son sinónimos, siendo esencialmente la retribución un término de carácter jurídico y la expiación un término básicamente moral y subjetivo, sin embargo, la connotación religiosa asimila el procedimiento o la transacción interna personal a una suerte de sanción que retribuye el mal ocasionado, liberando al autor del pecado cometido.

Es menester mencionar la fundamentación que esgrime Hegel⁹ para la retribución, otorgándole un carácter jurídico, a partir de la consideración de que el delito viene a ser una rebelión de la persona contra la ley, circunstancia en la que se impone la autoridad del Estado, aplicando una pena por ese mal comportamiento, considerando que la pena no es un mandamiento de la justicia, sino más bien un "proceso dialéctico". Este proceso se basa esencialmente en la contienda que se presenta entre la voluntad colectiva y la voluntad personal, donde se impone la primera por el carácter superior de la comunidad que se ha convertido en orden jurídico, que es la "tesis" de convivencia válida y normal (positivo), siendo su "antítesis" la comisión del delito o el rompimiento del orden jurídico (negativo) y la negación de esta negación viene a ser la "síntesis", por tanto, la pena es "una negación de la negación del Derecho", forma en la que se hace evidente el carácter retributivo de la pena¹⁰.

Por su parte, la fundamentación ética de la pena, considerada en la invalorable obra de Kant¹¹, bajo el criterio esencial de un idealismo a ultranza, considera que el delito es una infracción esencialmente moral que requiere una retribución (moral). No es válido

8 "Una pena útil, pero no justa, carece de legitimidad"; FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia. *La pena de prisión. Propuestas para sustituirla o abolirla*. UNAM, México D.F., 1993.

9 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, filósofo alemán.

10 Extraído de VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2009.

11 Inmanuel Kant, filósofo alemán.

sancionar al hombre por la comisión de un delito por cuestiones sociales, sino que el hombre debe ser considerado como un fin en sí mismo y, por tanto, debe asimilar que la moralidad es un "imperativo categórico" que debe ser

internalizado por cada ser humano, al ser lo que le impide realizar actos contrarios a la moral, pues en el momento en que no internaliza este principio su comportamiento solo es legal (no moralmente consciente), lo que determina las infracciones a la ley que, a su vez, conducen necesariamente a una sanción que tenga la trascendencia de repercutir en la moralidad del ser humano, (sentimiento del deber), al margen de cualquier criterio utilitario, de manera tal que la pena es una retribución por el delito cometido¹².

Finalmente, la teoría retributiva de la pena en una concepción estatal con características modernas, ha sido rebasada por la teoría del Estado Social Democrático y Constitucional de Derecho, donde la concepción integral del ser humano y la clara distinción entre moralidad y Derecho determinan que la pena no pueda ser circunscrita a una condición humana individual, sino necesariamente a una idea social y de comunidad, por tanto, la idea retribucionista de la pena no tiene mucha consistencia, dando paso más bien a razones utilitarias como veremos a continuación.

3. Teorías relativas

El sustento y vitalidad de estas teorías se basa esencialmente en su antigüedad y su utilidad social, debido a que no tienen como

Es preciso que la sociedad entienda que cualquier conducta indebida necesariamente merecerá una sanción adecuada, razonable y proporcional, y que ese conocimiento influya de manera negativa en la determinación de las personas, solo así será útil la sanción penal.

argumento de validez la retribución, sino más bien la prevención, que no tiene un basamento absoluto como la justicia, sino más bien un carácter relativo y ocasional, al pretender establecer determinadas

pautas que permitan a la sociedad comprender que determinados comportamientos traen determinadas malas consecuencias.

Si el retribucionismo estima que el delito es el fundamento de la pena, las teorías relativas consideran que no es así, sino que el delito es el motivo que origina la pena, que tiene por propósito o fundamento la protección social frente a quienes infringen la ley y es impuesta por la autoridad del Estado. Esta argumentación elemental se sustenta en razones trascendentales de utilitarismo, razones humanitarias, y de control racional y social, e instrumentalizan al ser humano como pasible de educarse y comprender que su mal comportamiento no requiere una sanción, sino más bien un tiempo de reeducación y comprensión de su condición de ser socialmente admisible; en buena cuenta, estima que el ser humano es rescatable.

Se sustenta esta noción de la prevención en la certeza sobre un adecuado comportamiento futuro del ser humano que ha delinquido, que la pena sea estrictamente referida a la necesidad de regeneración de la persona y que el comportamiento delictivo de las personas (criminalidad) pueda ser tratado y solucionado a partir de un trabajo educativo completo y una actividad productiva del ser humano, adoptando determinados

¹² Debemos advertir que esta concepción tiene evidentes fundamentos en la ley del talión.

mecanismos de seguridad para que este tratamiento sea idóneo. El problema esencial de esta teoría de la prevención radica en que cada vez son más extensas las penas de privación de la libertad en proporción a los tiempos mayores de seguridad y educación que requieren los que incurrir en delitos.

La teoría de la pena ha desarrollado dos ámbitos de prevención: una general y otra especial; la primera referida a la colectividad y la segunda circunscrita a la persona, diferencias que fueron ampliamente desarrolladas por Von Liszt¹³.

Se cuestiona la prevención general en razón de que su intensiva implementación originaría el incremento de penas y la severidad de las mismas, con la finalidad de poner a la sociedad a buen recaudo de quienes delinquen, pues, dependiendo de la peligrosidad del agente, las penas podrían extenderse a tiempos insostenibles, lo que derivaría finalmente en sociedades asustadas donde las personas vivirían en constante zozobra por el temor de las penas y aterrorizadas por la autoridad estatal.

El carácter utilitarista que sustenta la teoría de la prevención deriva en la necesidad de establecer penas altas que sirvan de ejemplo para el resto de la sociedad, pues solo de esa manera cumplen el rol para el que fueron previstas; esta necesidad finalmente atenta contra la dignidad humana y colisiona con elementales criterios y principios que sustentan derechos fundamentales, pues convierte al ser humano en un instrumento al servicio del Estado, para indicar a los demás ciudadanos integrantes de la sociedad el tratamiento que recibirán si incurrir en el delito, convirtiéndose la pena ya no en un correlativo al

delito, sino en un arma eficaz para demostrar la autoridad estatal.

La prevención general tiene la denominación de "negativa" debido a que, supuestamente, tiene el propósito de determinar que las personas integrantes de una sociedad no incurran en actos ilícitos, es decir, un propósito disuasivo, con lo que se evitaría que se cometan nuevos delitos. Evidentemente, constituye un mecanismo de coacción psicológica que ciertamente no es posible medir, debido a que la determinación interna de las personas no es pasible de ser detectada por simple observación.

Se denomina, en cambio, prevención "positiva" debido a que se pretende la estabilidad y reafirmación de un determinado comportamiento estatal, vale decir, que se quiere posicionar al Estado, por ejemplo, en su carácter democrático, en su condición constitucional y en su percepción social. En realidad, se pretende justificar esta prevención positiva en el respeto por la ley y la institucionalización del Estado a través de la cabal comprensión de sus ciudadanos de la utilidad y necesidad de sus órganos e instituciones que, a través de la sanción penal, demuestran que quienes incurrir en delito tendrán un tratamiento ejemplar, lo que otorgaría tranquilidad social y comprensión plena de la funcionalidad de la autoridad estatal, positivizando su existencia y justificando su dinámica.

Por último, la prevención especial de la pena (denominada también individual) sostiene que la pena tiene como propósito influir directamente en el individuo a través de una supuesta influencia en su comportamiento, determinándolo para que no incurra en otros

¹³ Jurista y político alemán de origen austriaco, que integró la corriente "causalista naturalista" de la teoría del delito.

delitos en el futuro. Este concepto es relativo, igual que los anteriores, pero cuenta con la particularidad de que la pena está dirigida a la persona y nada más que a ella, en función del delito que ha cometido, la forma en que se ha perpetrado y los bienes que se han afectado (peligrosidad).

Podemos concluir que del análisis de la literatura existente sobre la teoría de la pena, la teorización es un asunto objetivamente claro, derivando en situaciones muchas veces insostenibles, puesto que, al margen de la validez o no de cada teoría, lo único cierto, concreto y palpable es que la pena es una sanción como consecuencia de la infracción a la norma en que ha incurrido una persona, originándole necesariamente aflicción y castigo, siendo probablemente un adecuado mecanismo de reflexión que, dependiendo de la personalidad del agente, permitirá su asimilación, comprensión, internalización y surtirá efectos positivos o no.

Todas estas teorías evaluadas en profundidad tienen severos cuestionamientos, formales como sustanciales, que, es verdad, sirven para apreciar la pena en diversos contextos, pero todos igualmente relativos, razón suficiente para concluir afirmando que la pena, en términos sencillos, no es retribución ni prevención *stricto sensu*, sino más bien un castigo (digno)¹⁴ para quienes infringen la ley.

Un castigo que brinda seguridad a la sociedad al aislar a la persona, otorgándole la posibilidad de reflexión y resocialización, persuadiéndola en algunos casos de que no vuelva a incurrir en delito, y probablemente sirviendo de ejemplo para que otros no

incurran en infracciones a la ley; pudiendo internamente en cada sancionado originar diversos efectos, consecuencias y virtudes o defectos, pues no todos restringen su actividad delictiva por haber sido sancionados anteriormente, algunos tratan de no incurrir en los mismos errores que originaron su anterior fracaso delictivo, lo perfeccionan, otros adoptan modalidades diferentes, etc., lo que nos traslada a una incertidumbre sobre los efectos internos de la pena en cada persona sancionada.

Panorámicamente, y asimilando nuestra evaluación a una percepción social mayoritaria, entendemos que la pena es efecto o consecuencia del delito, que se aplica esencialmente pensando en la persona que ha delinquirido (peligrosidad), sin dejar de lado la satisfacción social que se siente cuando el Estado ha sancionado al responsable de un delito, lo que complementa nuestra noción de justicia en esta materia.

Este desarrollo nos permitirá discernir con mayores elementos de referencia sobre la ejecución de la pena, que es el motivo esencial de este trabajo y, además, nos facilitará la comprensión trascendental de por qué las penas no deben ser simbólicas, sino necesariamente efectivas, cualquiera sea el sustento fundamental de la teoría de la pena.

Si se ha adoptado la prisión del ser humano que delinque como el más recomendable y racional de los mecanismos de sanción estatal, descritas sus características y evaluada (de sucinta manera) su naturaleza y los fundamentos que la sustentan, así como habiendo definido sus propósitos, es oportuno ingresar en la evaluación del tema principal de este artículo.

14 Dignidad que puede ser cuestionada y debatida.

IV. Situación real de la privación de la libertad como pena

Hemos indicado, basados en la literatura existente, que la prisión *per se* no es considerada como una sanción, sino como un confinamiento con el propósito de reeducar o resocializar a los que ingresan en ese recinto (teorías relativas); el fundamento puede ser válido o no (humanismo a ultranza), el asunto es que actualmente está así concebido. Nuestra Ley Fundamental, acorde con las modernas teorías, desarrolla normativamente esa doctrina en el artículo 139.22 del Código Político¹⁵, en concordancia el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

Constituyen estas afirmaciones, en mi opinión, eufemismos sociales y humanistas, pues nadie admite que recluir a una persona en prisión no constituye una sanción *per se*, y quien ha vivido en carne propia un encierro, sabe que ese solo hecho constituye una severa sanción, ya que la privación de la libertad de locomoción reduce la condición humana a una situación de indignidad y oprobio tal que es imposible descartar su calidad sancionadora¹⁶. Por otro lado, es sabido, cuando menos en nuestro medio, que los programas de reeducación, resocialización y, en todo caso, de reinserción social, dentro de nuestras prisiones son incipientes y en muchos casos inexistentes, por tanto, el

propósito para el que se confinan a las personas en las prisiones es falso, destacando el carácter sancionador de la medida.

En ese orden de ideas, y teniendo como referencia los reiterados informes, por ejemplo, de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de nuestros establecimientos penales, podemos concluir sin lugar a ninguna duda que esos "depósitos humanos" no están destinados a resocializar a los presos, sin embargo, se persiste en razonar que ese mecanismo tiene esos loables propósitos. En buena cuenta, mentimos, somos falsos en el sustento de la pena privativa de libertad, es necesario un sinceramiento en esta materia que le otorgue mayor consistencia al sistema penitenciario y su trascendencia.

No somos ajenos en esta evaluación a las deficiencias y carencias de la estructura social, que origina márgenes de delincuencia cada vez más persistentes y recurrentes; sabemos y somos conscientes de las carencias sociales, de los sectores marginales ampliamente deficitarios en muchos aspectos, que determinan comportamientos al margen de la ley, la necesidad de mucha gente, los niveles educativos precarios y en muchos casos inexistentes, la exclusión, la drogadicción, las enfermedades y toda una serie de argumentos válidos que confluyen en comportamientos indebidos¹⁷; sin embargo, y a pesar de esas contingencias, es preciso que

15 Artículo 139.- "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad". Además, el artículo X del Título Preliminar del Código Penal señala: "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

16 Una elemental encuesta en personas que han delinquido, ante la pregunta de si prefieren reeducarse o resocializarse estando en libertad o en prisión, nos remitirá indefectiblemente a que todos desearían ser "tratados" estando en libertad, y nada impide que la reeducación en esas condiciones pueda resultar de mayor provecho que la que se realiza estando en prisión.

17 En Derecho Penal, se denomina de manera genérica y amplia a este sector como el de la coculpabilidad social en la comisión de crímenes, que es un aspecto evaluado por los jueces al momento de imponer las penas, lo que determina, en no pocos casos, que se impongan penas por debajo del mínimo legal, lo que a veces es cuestionado y criticado por sectores que no tienen en cuenta estos aspectos esenciales en el comportamiento colectivo

la sociedad entienda que cualquier conducta indebida necesariamente merecerá una sanción adecuada, razonable, proporcional y civilizada; y que ese conocimiento influya de manera negativa en la determinación delictiva de una persona¹⁸, solo así será útil una sanción, puesto que si no tiene esa trascendencia la significación de la sanción penal no cumple uno de sus principales objetivos.

La lógica elemental nos remite a la simple concepción racional del hombre de la calle, quien infringe la norma tiene que merecer una sanción, y si esta correspondencia elemental no ocurre, el relajamiento social es inminente, la percepción social de impunidad se acrecienta, la inseguridad invade la conciencia social y, naturalmente, se incrementa la delincuencia, con los resultados negativos que cualquier sociedad experimenta ante estos índices altos de incertidumbre, temor, inseguridad, inestabilidad y finalmente caos social, que probablemente es la peor de las formas de deterioro del Estado¹⁹.

Otro factor que deteriora la confianza, tranquilidad y credibilidad social es el incumplimiento de los criterios de igualdad, pues existe la percepción de tratos diferentes en atención a diversos factores que esencialmente están vinculados a las características de las personas imputadas.

En efecto, se piensa que funcionarios y servidores públicos son tratados de manera diferente en el sistema de justicia penal respecto a otras personas que no tienen esas características; percepción que no es falsa, sino que nace inclusive desde la propia legislación penal, donde existe un capítulo especial referido a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de la función.

La opinión pública es que quienes incurrir en delitos de cuello blanco son tratados con menos rigor que quienes cometen delitos comunes; las sanciones para los primeros serían menos severas que para los otros, la impunidad parece mayor entre los altos funcionarios del Estado; en suma, existe una sensación de desigualdad que resulta perniciosa y perjudicial, por tanto, es necesario uniformar criterios de punición y sanción que cambien esa percepción social que sustentan una idea mucho más trascendente de injusticia social perennizada o institucionalizada, y que es preciso erradicar con acciones concretas, visibles y mensurables, lo que necesariamente pasa por la revisión, entre otros aspectos, de la pena privativa de la libertad, su aplicación y sus propósitos²⁰.

Las corrientes modernas y vigentes respecto de la pena privativa de la libertad seguramente estarán mayoritariamente en sentido

de los seres humanos (así, por ejemplo, no se le puede exigir conductas similares al hijo abandonado, de padres desconocidos, criado en condiciones deplorables, que a otro nacido en un hogar constituido y normalmente adecuado; por tanto, aun cuando el delito de ambos sea similar, el tratamiento punitivo debe considerar dichas variables).

- 18 Imposible de medir, por tanto, el pronóstico es meramente especulativo.
- 19 Cuando menos, en estas circunstancias la decepción social sobre el sistema de justicia del Estado resulta evidente y la inestabilidad de las instituciones se hace patente, por tanto, el pronóstico de que la pena contribuye en la estabilidad estatal y refuerza el principio de autoridad es atendible.
- 20 Podemos válidamente considerar que estas percepciones de desigualdad que se grafican en expresiones como que "la justicia solo alcanza a los pobres" o "los ricos son inmunes" a esos avatares, está cambiando, debido a que últimamente muchos personajes han terminado en prisión: políticos, militares, jueces, ministros, inclusive un expresidente; conviene así destacar la actividad judicial, que en una observación macro, resulta fundamental en estos cambios, inclusive al margen de sus deficiencias.

opuesto al que se planteará en esta evaluación, sin embargo, desde el punto de vista concreto asignado a la necesidad de solucionar problemas y enderezar conceptos sociales errados, es preciso acudir a los resultados, aun cuando los medios

puedan resultar en apariencia contrarios a esa corriente moderna sobre los establecimientos penitenciarios.

En efecto, desde una perspectiva de un humanismo acentuado, que sostiene las bondades, las cualidades, la racionalidad y la dignidad del ser humano, tenemos que admitir que existe un margen atendible de discusión sobre determinados mecanismos de control social que seguramente no están de la mano con esas nociones sobre la reversibilidad de las conductas de las personas o el buen tino del ser humano, y que es preferible sacrificar determinados mecanismos "cruces" o superados para tratar a las personas frente a las agresiones que realizan, y optimizar otros que tienen la tendencia de cultivar esas cualidades humanas.

Tenemos que afirmar que la condición básica animal del ser humano, genéticamente estructurado, siempre deriva en actos y conductas inadecuadas que es imposible cambiar con medidas externas, recomendaciones, educación, instrucción, persuasión o vigilancia

Los penales no están divididos para primarios, peligrosos, procesados ni condenados, están todos mezclados, los regímenes penitenciarios son similares para todos, la informalidad es la única norma regular, tanto así que no se tuvo en determinado momento la estadística de los presos.

constante, y que mientras no se excluya ese gen de violencia, esa necesidad de satisfacer todos sus apetitos, ese impulso interno de alcanzar determinados propósitos incontrolables a cualquier costo, ningún mecanismo de reeducación o reso-

cialización tendrá validez, quedando únicamente el aislamiento de esas personas, de manera temporal o definitiva para preservar espacios de tranquilidad y paz social, cumpliendo con esa exigencia normativa que determina que la prisión también debe tener un fin o propósito de protección de la sociedad, los valores, las buenas costumbres, la seguridad y la convivencia pacífica frente a esos agresores que por naturaleza tienen esa condición²¹.

Por otro lado, la situación carcelaria en el mundo actualmente es caótica, verdaderamente catastrófica, algunos la denominan inclusive el holocausto de las cárceles, debido a que son únicamente depósitos de seres humanos, donde no existen (salvo excepciones) propuestas serias o regímenes de tratamiento adecuado, por el contrario, además de la severa sanción de privarla de su libertad, la persona ve restringidos otros derechos fundamentales y, en muchos casos, lleva una vida tortuosa, además del oprobio de la muerte social, lo que no solo ocurre en

21 No estamos acudiendo al viejo argumento "garofaliano" del hombre delincuente por naturaleza, sino que, al margen de esta teoría, es incuestionable que la naturaleza humana tiene un componente de animal agresivo, que regular y normalmente es controlado en la mayoría de las personas, en todo caso "domesticado", sin embargo, existen otros miembros de la sociedad que, por diversos factores, no pueden con esos controles y, en otros casos, esa naturaleza es exacerbada por determinados comportamientos de sus semejantes o alentados, inducidos, socialmente destacados y, por qué no, en ocasiones premiados (¿caso a los que practican deportes violentos de confrontación directa -box, kickboxing, etc.-, no se les premia), todo lo cual mantiene en vigencia y hasta privilegia esas conductas, agregándose a ello que la brutal competencia que caracteriza la convivencia en nuestros tiempos, y el incontrolado materialismo que determina el lugar en la escala social, son factores que indudablemente contribuyen a esos comportamientos violentos o al margen de la ley, los cuales requieren controles más eficaces.

los países mal desarrollados, sino en aquellos que se denominan del primer mundo, lo que obedece única y exclusivamente a una lógica humana esencial. En todos los Estados, los gobernantes tienen otros problemas que resolver antes que los de quienes han infringido la ley, quienes son, en todo caso, los últimos en la fila cuando de otorgar fondos públicos se trata, de tal manera que esta situación sin duda continuará²².

Al margen de esta realidad carcelaria mundial, que en nuestro país no solo se replica, sino que se agudiza al carecer de los fondos necesarios para implementarse mejor, es preciso advertir que probablemente en algún momento esta situación tiene que explotar si no se plantean e implementan soluciones oportunamente; creemos que es necesario y urgente tomar la decisión política de mejorar la situación carcelaria, siendo esta una excelente posibilidad no solo para contribuir en la problemática carcelaria actual, sino para prever soluciones al reclamo de establecer sanciones necesarias y visibles para quienes infringen la ley, razón por la que incluimos la necesidad de construir e implementar penas para reos primarios y otros de máxima seguridad.

V. Las cárceles en el Perú y en el mundo

Nuestra realidad carcelaria es variada, pero dentro de esa variedad la regla constante es que resulta caótica, peligrosa, hacinada,

desordenada y sin planes ni diseños de una mejor estructura o sistematización, que de alguna manera nos otorgue una esperanza de mejora.

El "sistema" carcelario en el Perú nunca ha sido materia de una implementación adecuada que responda a algún criterio técnico y profesional de tratamiento; en todo caso, responde a una necesidad de habilitación o construcción de lugares donde se pueda hacinar personas, cuidando que no se vayan a fugar del lugar. Es probable que en los últimos años recién se hayan realizado estudios que permitan, de alguna manera, proyectar o hacer propuestas para paliar el problema, pero no existe una política carcelaria seria, responsable ni debidamente evaluada. Entonces, tenemos un inorgánico y desordenado número de lugares donde son ubicadas las personas que han sufrido condena penal o están siendo procesadas, no se cumple en lo mínimo con las recomendaciones de las Naciones Unidas, de ahí que los informes anuales de la Defensoría del Pueblo siempre reclamen el mejoramiento del sistema, con una letanía que nunca es escuchada.

Decíamos que es variada la realidad carcelaria del Perú debido a que existen establecimientos penales en algunas ciudades pequeñas del país donde la vida transcurre apacible, sin mayores contratiempos ni apremios, donde los presos hacen deporte con sus custodios²³.

22 Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa han dictado las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, sin embargo, las legislaciones nacionales y, con frecuencia, la práctica penitenciaria incumplen sus coordenadas básicas. El artículo 10 señala: "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento".

23 En alguna ocasión, hace ya varios años, asistí a un centro penal donde mi patrocinado estaba detenido y cuando pregunte por él para una entrevista profesional, los custodios me informaron que había salido un momento a cumplir con un recado de un jefe policial, y efectivamente regresó a los pocos minutos; y cuando le pregunte qué estaba pasando, me dijo que el jefe policial lo envió a comprar algunas cosas como era costumbre, y que para

Existen otros penales en ciudades más grandes donde, literalmente, las personas están hacinadas en pequeños espacios disputados por mejores ubicaciones. Son cárceles que deben albergar cerca de mil presos, pero tienen ocho mil, y las condiciones de convivencia son tortuosas; lugares donde la ley de la selva impera y los que tienen poder económico, el poder de la fuerza, la persuasión o los más inteligentes dominan al resto de los presos y los ponen a su servicio, sometiendo los en toda la extensión de la palabra. Lugares donde se vive en condiciones infrahumanas con todas las desventajas que ello origina tanto en el estado emocional como físico de la persona.

Finalmente, existen penales donde se combinan varias opciones, unos pocos que viven bien, otros muchos que cotidianamente tienen que sobrevivir, y otros que parasitan sin esperanza ni opción alguna que les permita mejorar su condición, de manera tal que estas prisiones son una suerte de demostración palmaria de una sociedad desigual, donde las diferencias son marcadas y las clases acentuadas, con ausencia de autoridad formal y sometidas al abandono de la sociedad y del Estado.

Ninguna de las prisiones en el Perú tiene un sistema ordenado y planificado de tratamiento para los detenidos, en algunos casos, la buena voluntad de algunas personas y la disposición de algunas instituciones procuran otorgarles alguna actividad laboral, implementando talleres o enseñando oficios, que pueda permitirle al detenido utilizar adecuadamente su tiempo y adicionalmente obtener alguna renta, pero estas opciones son escasas.

Los penales no están divididos para primarios, peligrosos, procesados ni condenados; están todos mezclados. Los regímenes penitenciarios son similares para todos, la informalidad es la única norma regular; tanto así que no se tuvo en determinado momento la estadística de los presos, ni siquiera se sabía cuántas personas realmente estaban enclaustradas en el lugar, menos se podía saber cuántos eran condenados y cuántos procesados, cuántos primarios y cuántos peligrosos; vale decir, no existe información básica y elemental sobre la realidad de esos establecimientos penales. Nos queda el consuelo de que solo algunos penales están en esta condición; otros, la mayoría, sí cuentan con información válida cuando menos sobre la cantidad de privados de libertad que albergan, aun cuando no se pueda saber cuántos condenados y procesados hay, ni cuántos reincidentes o primarios existen.

En suma, la situación es grave y caótica, pero nos queda igualmente el consuelo de que el 95 % de los establecimientos penales del mundo están en similar condición y, tal vez, exceptuando las estadísticas sobre el número de detenidos, el resto de las condiciones son similares, con el agregado de que existen otros establecimientos que son mucho más rígidos, severos y horribos que los nuestros, aun en los estados desarrollados. Pero no cabe duda de que existen establecimientos penales ejemplares, que están al otro extremo, vale decir, que son verdaderos establecimientos donde las personas recluidas encuentran una serie de comodidades, ventajas y tratamientos, y que son considerados como verdaderos lugares de hospedaje con todas las comodidades del

conversar sobre su caso y la estrategia de defensa, mejor conversáramos en un restaurante cercano porque era la hora del almuerzo, y para ello pidió permiso a sus carceleros; en efecto, tranquilamente salió conmigo y nos dirigimos a un restaurante cercano a almorzar, donde pudimos conversar cómodamente por cerca de 3 horas. Es verdad, aunque usted no lo crea.

caso, con el único perjuicio sobre la libertad de la persona²⁴.

Hacemos mención de esta realidad concreta con la finalidad de tener una referencia mínima, aun cuando gráfica, de que las cárceles no son centros de esparcimiento ni mucho menos; por el contrario, son lugares donde las personas deben someterse a determinadas reglas de comportamiento de rigor y privaciones, así como a exigencias esencialmente disciplinarias que hacen viable la convivencia en esas condiciones, siendo el tratamiento o el rigor mayor en la medida en que el establecimiento está destinado para procesados, condenados, primarios, reincidentes, y peligrosos o extremadamente peligrosos.

Sistemas planificados, implementados y desarrollados de cárceles existentes en algunos países del primer mundo sí tienen cuando menos estas diferencias; encontramos desde lugares razonablemente apacibles de convivencia dentro de los márgenes de rigor e incomodidad que implica un penal, hasta verdaderos lugares de castigo, penitencia y trato cruel, que se determinan por la peligrosidad del encarcelado o la necesidad del Estado de asegurar o someter a tratamientos especiales a determinadas personas, por

La contaminación criminal al que estarían sujetos los reos primarios al sufrir penas efectivas cortas, se suprime con la construcción de centros penitenciarios especiales para ellos. Dicha contaminación se elimina o disminuye cuando el reo primario está en prisión con otros reos primarios.

razón de la naturaleza del delito o la gravedad de la conducta, y que convierten al preso en un ser deshumanizado y totalmente maltratado, inclusive, con desprecio total de su dignidad²⁵.

No solo EE.UU. tiene estos problemas, existen otros países igualmente desarrollados que tienen similares sistemas penitenciarios, donde el tratamiento de los reos peligrosos necesariamente está sometido a rigores especiales, que responden a la misma necesidad de supervivencia pacífica o la conservación de un *statu quo* determinado. Nosotros no establecemos esos rigores en nuestras prisiones, pues las condiciones deplorables de nuestros prisioneros no se deben al rigor que el Estado impone en el tratamiento, sino más bien a la falta de recursos y a todas las carencias que existen en nuestros establecimientos penales, de manera tal que existe una real diferencia entre los programas carcelarios del Perú y de los países desarrollados, donde deliberadamente existen condiciones especialmente diseñadas para degradar la condición humana, que van desde la despersonalización, el descarte de identidad (son solo números), hasta los trabajos forzados o sometimiento a condiciones naturales difíciles, que deterioran la condición humana.

- 24 Son citados como establecimientos penales de este tipo, el Halden Fengsel en Noruega y el Justice Center Leoben de Austria, entre otros, que cuentan con todas las comodidades de un lugar de hospedaje mínimamente confortable y, además, cuentan con centros de esparcimiento o compartidos de variada naturaleza. Además, por sus especiales características, se cuentan el penal español de Aranjuez y el penal boliviano de San Pedro.
- 25 EE.UU. implementó la prisión de Guantánamo incumpliendo toda norma mínima de trato humano; además, tiene prisiones donde los encarcelados son sometidos a tratos realmente severísimos, sin embargo, ello se justifica debido a la necesidad de preservar sus condiciones de supervivencia social; en buena cuenta, esos establecimientos penales responden o son consecuencia de la necesidad de preservar márgenes de seguridad y estándares de vida adecuados. Es probable que de no existir esos tratamientos penitenciarios, además de otros factores, dicha sociedad no gozaría de los márgenes de seguridad y tranquilidad en que vive.

VI. Penas privativas de la libertad largas y cortas

Existe en la doctrina punitiva una distinción entre penas privativas cortas y largas, y aun cuando no es determinante cuál sería el estándar de medición, por que necesariamente será arbitrario, debemos indicar que nuestro sistema penal establece que serían cortas si son menores de cuatro años y largas pasado dicho tiempo; por esa razón, admite la posibilidad de que se suspenda la ejecución de una pena cuando esta es menor de cuatro años. En realidad este tiempo ha sido progresivo en nuestro sistema, pues inicialmente, cuando se introdujo por vez primera el criterio de la suspensión de la ejecución de la pena en nuestro medio, en el año 1924 (siguiendo el modelo suizo), se consideró que seis meses (pena corta) no debían ser efectivos; luego se amplió hasta los dos años (pena intermedia), para finalmente en el Código Penal de 1991 fijarse en cuatro años; lo que significa que antes una pena corta era una de seis meses y ahora una de cuatro años, progresión que, como se podrá deducir, no está en función efectivamente al tiempo que dura el encarcelamiento²⁶, sino básicamente a razones de política penitenciaria, pues en las postrimerías del siglo XX era imposible soportar en nuestro precario sistema carcelario a todos los sentenciados a penas menores a los cuatro años y mayores a los dos años, de donde concluimos que la pena corta o la pena larga se conceptualizan atendiendo a la capacidad carcelaria y no al tiempo de vida que permanece un sentenciado en prisión²⁷.

Al margen de esta arbitrariedad, existe el argumento de que la pena corta efectiva sería contraproducente con los propósitos de la prisión, pues en corto tiempo no se puede hacer efectivo un programa de resocialización²⁸ y, adicionalmente, se dice que el efecto contaminante de la prisión convierte a la prisión corta en negativa y pernicioso, ya que genera perspectivas y distorsiones en la valoración y criterios del primario frente al crimen, lo que origina que se afirme que la cárcel no amedrenta a quien delinque, sino que más bien lo fortalece y lo "profesionaliza". Cabe agregar a estas consideraciones otra que está referida a la sobrepoblación y al colapso de los establecimientos penales, lo que ha servido de argumento, a los españoles, por ejemplo, para que las penas menores de seis meses sean penas suspendidas en su ejecución, incluyendo un modelo de arresto de fin de semana, que de alguna manera aparece como una sanción efectiva contra el delincuente primario y una manera preventiva y efectiva de persuasión.

A estos conceptos se les denomina "prevención especial", que es el sustento esencial de la no imposición de penas cortas efectivas, sin embargo, es preciso evaluar los fundamentos de aquella.

Partiendo del último argumento, tenemos una razón sólida para no imponer penas efectivas cortas, vale decir, que no tenemos suficientes establecimientos para el cumplimiento de estas penas, sin embargo este argumento es una verdad de Perogrullo, pues el Estado no

26 Cuatro años es bastante tiempo, tomando como referencia el tiempo promedio de vida de una persona, inclusive dos años podría ser una pena larga, pues no es lo mismo pasar ese tiempo libre que en prisión, entonces, la determinación de corta o larga es relativa, sin embargo, partiendo de los criterios numéricos que la ley establece, concluimos como aceptable que cuatro años sea el tope de una pena corta.

27 Significa que el fundamento para cuantificar y calificar la pena de corta o larga no tiene que ver esencialmente con el tiempo, sino más bien con la necesidad del Estado de adecuar su realidad a las circunstancias del delito en determinado momento y a su capacidad penitenciaria.

28 Teoría de la prevención especial o particular.

puede renunciar a su potestad punitiva por su propia deficiencia, ya que la no disposición de suficientes establecimientos es única y exclusivamente atribución del gobierno, por tanto, sustentar el no privar de la libertad a personas que delinquen por falta de prisiones es justificar su propia ineficiencia o su propia incapacidad de poder hacerlo, de manera tal que este argumento resulta trivial e inconsistente, en todo caso, se deben construir establecimientos penales para primarios en diversos puntos de la República, a fin de no justificar la imposición de penas suspendidas con ese argumento.

La contaminación criminal a la que estarían sujetos los primarios, al sufrir penas efectivas cortas, igualmente se suprime con la construcción de penales especiales para ellos y si bien es verdad que delincuentes primarios o básicamente regenerables, al mezclarse con prisioneros avezados, corren el riesgo de asimilarse o camuflarse y adquirir características, costumbres, condiciones y conductas inadecuadas, no es menos cierto que esta contaminación se elimina o disminuye cuando el primario está en prisión con otros primarios; entonces, se optimizan los mecanismos de resocialización, reeducación potenciándose de manera importante la posibilidad de cumplimiento de los fines de la pena privativa de la libertad, vale decir, que sirve de elemento multiplicador en beneficio de elementos marginales o primarios que ocasionalmente han incurrido en delito, negando de esa manera la posibilidad de reincidencia que propician las penas privativas de libertad suspendidas en su ejecución.

Consideramos que el negativo elemento de la contaminación criminal no solo se elimina, sino que se utilizan los centros penitenciarios de primarios como verdaderas escuelas de capacitación y mejoramiento de personas que han incurrido ocasionalmente en el delito, comprendiendo que esa pena corta que se le impuso obedece a una especial consideración de parte del Estado, que ha razonado

en aquellos condicionantes que habrían impulsado a esas personas a cometer delitos, situación que debe revertirse en su beneficio, haciéndoles comprender que tienen ocasiones, oportunidades y posibilidades de encaminarse bien para lograr sus propósitos sin necesidad de incurrir en hechos ilícitos.

El otro elemento, referido a la imposibilidad de establecer un programa de resocialización en corto tiempo y que por su naturaleza sería el argumento más sólido de cara a la doctrina vigente sobre la teoría de la pena, también está comprendido en las consideraciones anteriores, ya que el primario es más proclive a regenerarse que el avezado; quien entra en prisión por primera vez, si es adecuadamente tratado (nos referimos a contrastarlo con su realidad), evidentemente puede reaccionar positivamente y, por tanto, los programas que se puedan dirigir no requieren de tiempos prolongados, sino más bien de ejercicios, programas, entrenamientos y alertas concretas y precisas que determinen la comprensión de los aspectos negativos del delito y permitan asimilar a la persona condiciones básicas y elementales de adecuada convivencia social, de modo que el preso pueda internalizar que la siguiente vez estas condiciones serán diferentes y mucho más severas, todo lo cual está encaminado a educar y resocializar al primario, situación que es imposible con quienes incurrir en delitos menores y son sentenciados a penas cortas no efectivas y que, cuando reinciden (lo que precisamente es alentado por la ineffectividad de la condena), son condenados a penas efectivas medias o largas, que ya no hacen posible políticas especiales de tratamiento penitenciario y tienen todos los defectos que actualmente determinan la precariedad de nuestro sistema penitenciario.

Por otro lado, es menester ser puntuales en incidir en la inexistencia o, en todo caso, incipiente desarrollo de los programas educativos y de entrenamiento o, en términos generales, de tratamiento penitenciario, que permitan a

los internos su resocialización; por lo menos estamos a distancias siderales de un adecuado y moderno tratamiento personalizado, intensivo debidamente implementado y sólidamente elaborado que efectivamente permita el cumplimiento de los propósitos que la teoría le asigna a la pena de prisión, lo que nos obliga a concluir que los fundamentos racionales en los que se sustenta la teoría de la pena (prevención) no se cumplen y, por el contrario, estamos en la categoría de la pena como retribución, que es realidad su verdadero fundamento.

Concluimos, entonces, que los argumentos que se esgrimen para sustentar la "prevención especial" y establecer normativamente la posibilidad de las penas privativas de la libertad suspendidas en su ejecución no son en realidad fundamentos, sino más bien pretextos que, de alguna manera, pretenden justificar un tratamiento penitenciario especial, diferente, complaciente, ineficaz e inútil, que contribuye a una inadecuada percepción por parte de los ciudadanos de lo que significa la justicia y, por cierto, exacerba la percepción de inseguridad, inestabilidad, inutilidad y fracaso de la institucionalidad estatal, condiciones que deben revertirse sobre la base de decisiones concretas, urgentes y válidas.

VII. Suspensión de la ejecución de la pena

1. Naturaleza jurídica de la pena suspendida

Una consulta a los especialistas sobre esta materia nos ha dejado sumamente desconcertados,

debido a que se llega a una "conclusión inconclusa". Se dice, en términos sencillos, que se trata de una institución compleja en su comprensión, que tiene varios aspectos que deben ser considerados y esto determina que las explicaciones sobre su naturaleza jurídica no tenga que enfocarse solo desde una perspectiva, como a veces hacen los autores, lo que ocasiona explicaciones parciales sobre la materia y que, en su integridad, resulta más o menos inexplicable desde una perspectiva jurídica; en suma, calificar la naturaleza jurídica de esta institución es impreciso.

Revisando la doctrina alemana y alguna extranjera (citada por el profesor Hurtado Pozo) encontramos que hay marcadas diferencias en las opiniones sobre esta materia; en efecto, algunos autores la consideran como una "especial clase de pena"²⁹, otros evalúan y dicen que se trata de una forma o modo distinto de ejecución de pena privativa de la libertad³⁰; también están quienes opinan que se trata de una medida correctiva³¹; y algunos estiman que en realidad se trataría de un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad³², aun cuando se afirma que esta posición es minoritaria. Finalmente están quienes sostienen que se trata de un medio de individualización de las penas, calificándolo como una suerte de sucedáneo de las penas privativas de la libertad³³.

Hay sobradas razones para afirmar que quienes evalúan temas del segmento denominado ciencias sociales, sin desmedro absoluto de la validez de las investigaciones y conclusiones a las que llegan los autores, tienden

29 Véase HURTADO POZO, José. "La condena condicional". En: *Revista Derecho*. N° 31, Lima, 1973, p. 2, quien cita a Hans Welzel ("La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción"), Ricardo Núñez ("Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena") y Fontán Ballestra ("Es una clase de pena destinada a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado").

30 Ídem, con cita a Lackner-Massen y a Schönke-Schröder.

31 Ídem, con cita a E. Schmidt, Thormann y Maurach.

32 Ídem, con cita a Baumann y Jescheck.

33 Ídem, con cita Zürcher y José Peco.

a complicar aspectos que por su naturaleza pueden resultar sencillos de explicar, sin embargo, como una explicación sencilla y clara sobre un tema no genera debate, ni satisface las ambiciones humanas, resulta necesario complicar el tema a fin de obtener réditos y satisfacer intereses. Se deduce de esta afirmación que buscando soluciones a los problemas de esta índole, al parecer, resultan más factibles, viables y claras las soluciones sencillas, conclusión que suscribo con satisfacción.

Dentro de ese panorama, la pena suspendida no tiene otra explicación más simple que el hecho de favorecer a algunas personas, por diversas razones, para evitar su ingreso a un centro penitenciario. Esta determinación obedece, por ejemplo, a que la persona es primaria en la comisión de delitos, es muy joven, es anciano, es valetudinario, sufre de alguna enfermedad, etc. Por tanto, afirmar que se trata de un modo diferente de cumplir una pena, que se trata de un mecanismo de corrección o de una sanción especial, no son sino pretendidas explicaciones a un hecho tan sencillo como objetivo y claro, se trata de una forma diferente de tratar a las personas que incurrir en delito, en atención a diversas consideraciones; que estas pueden ser válidas o no, que puedan tener justificación o no, que obedezcan a criterios lógicos o intereses de otra índole, son materias de otra evaluación y explicación, pero no de la pena suspendida en sí, que únicamente encuentra una explicación: la exoneración del cumplimiento de una condena penal.

Si a una infracción le corresponde una sanción, y dentro de las múltiples formas de sancionar que establece la norma penal está la privación de la libertad como sanción obligatoria para el delito, esa sanción se debe

cumplir (sí o sí), sino los fundamentos de la pena (como retribución o como prevención) no se cumplen y ninguna justificación que se pretenda para explicar la suspensión de la pena satisfaría realmente; aun cuando teóricamente se pueden construir diversos argumentos en función de categorías, conceptos o doctrinas sobre la pena, lo cierto real y concreto es que la sanción penal no se da o, en todo caso, habiéndose dado no se ejecuta, y si bien es verdad que esto no es lo mismo que no dictarla, la percepción final es la misma.

Veamos con mayor precisión el asunto; una persona que maneja negligentemente su vehículo y atropella a un transeúnte despreocupado; ambos tienen parte de responsabilidad, no hay forma de reproche para el fallecido, pues su negligente comportamiento ya le ha ocasionado el más severo de los castigos, pero el otro negligente que ha causado esa muerte es sancionado con cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida, bajo el argumento de que ponerle una sanción efectiva resulta desproporcionado debido a que el hecho no es doloso, además considerando que los establecimientos penales son escasos y que no hay programas adecuados de resocialización y, finalmente, porque penas cortas no satisfacen los criterios de prevención ni especial, ni general. Bajo estos criterios, y obviando el carácter retributivo de la pena, incurrimos en una severa deficiencia al asumir que esa pena que se le impuso no sirve para ninguno de los criterios que se maneja para las penas, ergo, mejor no procesarlo ni imponerle pena alguna porque la situación final de la persona es la misma que si no hubiera sido procesado, en todo caso, el pago por los daños que ha ocasionado se puede efectuar en la vía civil o, probablemente, se llegue a un acuerdo consensuado³⁴.

34 En este tipo de situaciones, la indemnización del daño ocasionado parece más idóneo al sentido de justicia, que una prisión suspendida, que en el mejor de los casos servirá como un dato estadístico y nada más. Suspender la licencia de conducir o finalmente prohibirle esa actividad pueden ser sanciones válidas.

La persona causante del atropello no ha sido prevenido personalmente (prevención especial), la sociedad no requiere de protección (prevención general), el penado no ha sido incluido en ningún programa de reeducación o trata-

miento, no le sirve de advertencia para que en el futuro cuide su comportamiento conduciendo vehículos, la sociedad no tiene como advertencia que se le impuso una sanción a esta persona porque el tratamiento que se le dio no persuade a nadie.

Entonces, la pregunta es: ¿a qué fundamento de la pena responde una pena suspendida en las condiciones descritas?, a ninguno evidentemente; ¿qué propósito tiene la pena?, ninguno realmente; ¿cuál es el destino final de esa pena impuesta?, es irrelevante y desconocido; ¿cuál de las teorías de la pena es satisfecha con la suspensión de la ejecución de la pena?, ninguna objetivamente; entonces, ¿es válido seguir manteniendo la pena suspendida como parte de nuestro sistema penal?, creemos que no, salvo bajo el único, trivial y descarado pretexto de la inexistencia de suficientes establecimientos penales, protesta que no podemos rebatir con ningún argumento, excepto recomendando la construcción de más establecimientos penales.

En las condiciones descritas, y ante la precisa indefinición jurídica de lo que significa la pena suspendida, el debate se convierte en un galimatías, pues la percepción de esta institución jurídica no puede realizarse solo

La pena suspendida no consiste en el otorgamiento de un perdón o indulgencia, sino en la no ejecución de una sanción, por diversas razones, lo que originará un periodo de prueba de la persona sujeta a determinadas reglas, que finalmente concluirá con el olvido de la responsabilidad del autor.

desde una evaluación de las penas o la ejecución de penas o mecanismos de corrección de los que infringen la ley; sino que deben englobarse además aspectos sociológicos, psicológicos, criminológicos y de personalidad, lo que determina

una complicación mayor cuando se trata de explicar cuál es el sentido jurídico de la suspensión de la pena.

Ocurre con mucha frecuencia en la doctrina del Derecho que cuando se profundiza en el estudio de una institución o materia, surgen las complicaciones que naturalmente tienen asidero dogmático y validez teórica, pero que regularmente, en el momento de hacer efectivo el derecho sobre el caso concreto, no tienen la misma jerarquía o trascendencia, en buena cuenta, tenemos la tendencia de complicar doctrinariamente todas las cosas del derecho con el afán de darle sustento trascendental, alejando, en la misma medida, su posibilidad de aplicación concreta al caso específico; es probable que el desarrollo invertido, esto es, tratar de simplificar las teorías para hacerlas más comprensibles a los utilitarios, sin desmedro del contenido doctrinario, resulte mucho más contundente en el beneficio real del Derecho para la humanidad a través de una adecuada solución de los conflictos.

Destacamos las afirmaciones de Hurtado Pozo, que realizó un estudio completo sobre la pena³⁵ y aun cuando data de 1973, su

35 Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 60-80. "Del estudio de las diversas opiniones vertidas en torno de este problema, podemos afirmar que todo enfoque unilateral fracasará, por cuanto la condena condicional, como ya lo señalara Molinaro en 1915, 'no es una institución unilateral por su objeto'. Lejos de ahí, ella realiza a un mismo tiempo funciones de índole diversa, debiendo, pues, considerársela en el sistema general del Derecho

vigencia pervive en razón de la persistencia de la institución de la pena suspendida bajo los mismos criterios diseñados desde sus más remotos antecedentes, vale decir, que el transcurso del tiempo no determina la variación necesaria del fundamento básico de la institución.

La condena condicional puede considerarse como una indulgencia por un delito cometido por una persona por primera vez, es decir, una suerte de perdón, de acogimiento de un pedido de clemencia a favor del primario, posición que se esgrime partiendo esencialmente de los efectos que origina la pena suspendida, que determina precisamente esa sensación de impunidad.

Esta postura refleja una comprensión finalista de la institución, cuando afirma que, siendo la primera vez que una persona ha incurrido en un delito menor y este resulta ser ocasional y circunstancial, no tiene relevancia hacer efectiva una sanción, sino más bien ser indulgente y comprensivo con el infractor y cerrar los ojos ante un hecho probado, dejando pasar esta primera conducta punible.

Pueden atribuirse inclusive fundamentos religiosos (perdón) y también atendibles razones para que esto sea así, sin embargo, entendemos que esa conclusión y forma de sustentar la pena suspendida no es correcta desde una perspectiva jurídica, ya que la pena suspendida en realidad no es formalmente el

otorgamiento de un perdón o indulgencia, sino que más bien se trata de la no ejecución de una sanción, por diversas razones, lo que originará un periodo de prueba o de evaluación de la persona, sujeta a determinados comportamientos, que finalmente concluirá con el olvido de la responsabilidad del autor.

Probablemente, si tuviera el carácter de perdón, indulgencia o clemencia, su otorgamiento no originaría todos estos debates jurídicos, porque el carácter de la medida tendría otra connotación y otros fundamentos, razones válidas para que, desde una perspectiva jurídica, se rechace esta postura, aun cuando sus efectos tienen indudablemente esas características.

2. Su inicio en nuestra legislación

Los sistemas de suspensión de la pena provienen de dos bases doctrinarias, una de origen angloamericano y otra de origen europeo, siendo la diferencia básicamente de carácter formal, puesto que el primero, después de haber establecido la culpabilidad de la persona juzgada, suspende el pronunciamiento de la sentencia (decisión), la condena en sí y se somete a vigilancia a la persona para que por un tiempo determinado se comporte bien, con riesgo de que, en caso contrario, la condena sea pronunciada y sea efectivo su cumplimiento; en cambio, el sistema europeo determina la culpabilidad del agente, pronuncia la sentencia, establece la pena, pero dispone

Penal, como un organismo de compleja trama y multiplicada eficacia. Es decir, que no se podrá comprender la condena condicional si se parte solo desde un punto de vista represivo o solo desde un punto de vista preventivo, ya que sus fines son múltiples. Es de tener en cuenta, también, que los juristas no mantienen, en su mayoría, puntos de vista unilaterales; sino que, expresa o tácitamente, destacan un aspecto de esta institución considerándolo como el más importante. Por esto, podríamos decir, con Maurach, que la solución debe ser un compromiso entre las opiniones extremas. Según este autor, la condena condicional es, materialmente, una medida correctiva que comporta la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente). Recurriendo a un método parecido, Lackner y Massen, al comentar el Código Penal alemán, estiman que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan solo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio efectivo para lograr la resocialización del condenado".

que su cumplimiento no se haga efectivo, se suspenda, por tiempo determinado, debiendo en dicho tiempo el sentenciado no incurrir en otro delito, lo que origina que la sentencia se considere como no pronunciada (olvido). Esta modalidad se aplicó por primera vez en Bélgica en 1888, y posteriormente en Francia, a través de la denominada "Ley Berenger" de marzo de 1891, sistema que, como es claro, ha sido adoptado por nuestra legislación³⁶.

El proyecto de Código Penal de 1916 (denominado proyecto Maúrtua) es el primer borrador que incorpora la institución de la pena condicional que, según referencia histórica, se habría tomado básicamente del proyecto suizo, que tenía el propósito de unificar no solo su sistema legal penal, sino inclusive constitucional. El Código Penal de 1924 finalmente introdujo por primera vez la institución de la pena suspendida condicionalmente a través de su artículo 53 y siguientes.

Se le atribuye una gran influencia del sistema europeo debido a que se aprobaron normas legales en Bélgica (1888) y Francia (1891), que establecían el funcionamiento de la pena condicional, a pesar de que el proyecto elaborado en el Perú en 1900 hasta 1902 no incorpora esta figura.

Posteriormente, el Código de Procedimientos Penales de 1939 (promulgado el 23 de noviembre de ese año), incorpora el tratamiento procesal de la condena condicional,

consolidándose de esta manera su vigencia y aplicación en el Perú, luego de algunas dudas y controversias en torno de la novedosa institución³⁷.

Estas normas, que tienen respaldo en los fundamentos antes indicados, desde nuestra perspectiva, son motivo contribuyente, entre otros factores, reclamo ciudadano de justicia, son uno de los afluentes de la inseguridad ciudadana, de esa sensación de impunidad que desborda la tranquilidad social y motivo de desprestigio de nuestras instituciones vinculadas con el sistema de justicia del Estado, conforme comprobaremos a continuación.

Reiteramos una premisa que inicialmente señalamos: todo comportamiento al margen de la ley tiene que merecer una sanción, caso contrario, las sociedades no marcharán bien y, en este caso, estaremos ante una farsa, una mentira, un engaño o un fraude del tamaño del Estado, pues muchas personas que infringen la ley, y en ocasiones reiteradas veces, no merecen ninguna sanción, y ese comportamiento de la jurisdicción del Estado está cubierto, legalizado, protegido, fundamentado y además defendido, incluso en ocasiones quienes propician que la sanción sea efectiva son criticados y hasta maltratados.

Cuando se dicta una sentencia penal y se condena a pena privativa de la libertad de cuatro o menos de cuatro años de privación de la libertad, en el 99 % de los casos se suspende

36 Debemos anotar que también se ha adoptado el sistema angloamericano, cuando se trata de la reserva del fallo condenatorio (artículos 62 y 63 del Código Penal) por delitos menores, lo que equivale a establecer la culpabilidad del agente, que no se pronuncia en la sentencia a condición de que el responsable cumpla determinadas reglas de conducta parecidas a las reglas de conducta de la pena condicionalmente suspendida (artículo 64 del Código Penal).

37 El artículo 286 antes mencionado señala que en los casos en que se dicte una condena a pena privativa de libertad que no exceda de cuatro años (dos años decía originalmente) contra una persona que no haya sido objeto de condena anterior, nacional o extranjera, o cuando los antecedentes y el carácter del condenado permitan prever que no cometerá nuevo delito, el tribunal podrá suspender la ejecución de la pena impuesta. Queda claro que se pronuncia la sentencia y se dicta el fallo, pero se dispone la no ejecución por determinado tiempo, lapso en el que el sentenciado es sometido a prueba bajo determinadas pautas de comportamiento, a cuyo cumplimiento satisfactorio se tiene por asimilada la sentencia.

su ejecución, lo que origina injustificados comentarios de ineficiencia del sistema de justicia peruano, que es motivo de burla franca, desmesurada, descarada y reiterada, por la falta de comprensión de la institución de la suspensión de la

pena, que no solo es ocasionada por la confusa explicación, sustento o fundamentación que se le atribuye, sino porque sus efectos son evidentemente mal vistos, mal interpretados y percibidos solo con criterios basados en el sentido común y exentos de evaluaciones jurídicas; por tanto, el ciudadano medio advierte que una persona que ha perpetrado delito y a la que se le ha probado su responsabilidad no es sancionada proporcionalmente al delito que ha cometido³⁸.

Si agregamos a esta ineficiencia que nunca o casi nunca se ejecuta la reparación civil y tampoco se recuperan los bienes producto del delito, concluimos que el sistema penal de justicia, en muchos casos, no sirve absolutamente para nada, puesto que finalmente quien infringió la ley no termina en prisión y además disfruta de lo ilícitamente habido; si esa situación no alienta en los que ven el comportamiento del sistema de justicia, a actuar de la misma forma, estamos cerrando los ojos ante una realidad cruda. Cometer delitos es un excelente negocio, en una sociedad en formación como la nuestra, con muchas carencias y además con muchas ansias de mejorar y muchos emprendedores, quienes dirigen su comportamiento a esas conductas fáciles que el Estado propicia, y por cierto cada día

Cuando se suspende la ejecución de la pena y el responsable no es sancionado efectivamente, se percibe una apariencia de justicia, un fraude que se disfraza de validez, pero que no satisface la exigencia social de justicia. La pena suspendida deja en deuda al sistema de justicia frente a la opinión pública.

tenemos más apropiaciones ilícitas, estafas, tráfico de tierras y otros delitos "menores" que enriquecen a las personas.

Aproximadamente el 60 % o más de los delitos que se someten a juzgamiento de los jueces peruanos son

delitos menores (entiéndase con penas no mayores a los seis u ocho años de prisión), sin contar las faltas, entonces, en la mayoría de estos casos las penas que se imponen están al borde de los cuatro años, debido a que la pena mínima establecida por el Código Penal para estos delitos oscila entre los dos y cuatro años, por lo que el juez está facultado a determinar la pena dentro del mínimo y el máximo que establece el Código (rango de dos a seis o de cuatro a seis años), siendo una buena medida o término medio razonable cuatro años, que originará una pena suspendida condicionalmente, salvo algunas excepciones donde se imponen penas dentro de ese rango que son efectivas, lo que generalmente origina críticas mediáticas de los expertos en opinar y teóricos del Derecho, proclives a no imponer penas efectivas cortas.

Este relato estadístico referencial (no comprobado, pero aproximado) nos ubica en la certeza de que cuando menos la mitad o más de las sentencias en materia penal tienen el carácter de ser suspendidas, lo que, desde la perspectiva social, es símbolo inequívoco de impunidad, de inutilidad e ineficacia del sistema de justicia penal del Estado; por esa razón es que muchos delincuentes que

38 Es seguro que los dogmáticos del Derecho entenderán las razones de esta decisión y además darán una explicación satisfactoria, pero la gente sencilla de la calle, el ciudadano medio, solo percibirá lo que a sus sentidos es evidente, que ese autor de un hecho delictivo está libre y no ha sido sancionado, concluyendo finalmente que la justicia es ineficaz.

estuvieron inclusive en prisión vuelven a las calles a seguir delinquiendo, con el consiguiente malestar ciudadano. Estos comentarios evidentemente no tienen en consideración la teoría de la pena ni los conceptos doctrinarios que sustentan la suspensión de la ejecución de la pena, se trata de comentarios de ciudadanos promedio, que tienen plena capacidad de discernimiento y total capacidad de percepción de los principales problemas del país; enfocados en ello, es inequívoco que esa forma de actuación que tienen los jueces da la sensación de falta de autoridad, debilidad institucional, falta de justicia y, finalmente, origina una deficiente imagen del Poder Judicial y contribuye al deterioro del Estado³⁹.

No tenemos duda, que la aplicación de la suspensión de la pena obedece a las razones expuestas y además a la existencia de normas vigentes que diseñan esa posibilidad, por tanto, resultan legalmente incuestionables, sin embargo, cabe referirse a la legitimidad de dicha decisión, lo que se logra esencialmente con el respaldo ciudadano que se tiene sobre determinada decisión o potestad, que en este caso no existe; luego entramos en el viejo debate de aplicar la ley, aun cuando no se haga justicia y no tenga respaldo de legitimidad, que es una forma fácil y cómoda de percibir las potestades de la función judicial del Estado. ¿El juez debe impartir justicia o solo aplicar la ley? Lo ideal es que ambas cosas se conjuguen, pero no ocurre necesariamente esa coherencia, siendo la aplicación de la pena suspendida uno de los asuntos que

precisamente está en ese límite de la indecisión dogmática, cuando el juez aplica la ley, pero los involucrados y observadores concluyen que no se ha hecho justicia, al no haberse sancionado efectivamente al responsable, condición que si hubiera satisfecho ese doble requerimiento, de aplicación de la ley y además de impartimiento de justicia.

Un concepto básico, elemental de justicia, es que el responsable de un hecho delictivo sea sancionado e indemnice el daño que ha ocasionado, tan simple deducción incuestionable y unánimemente aceptada, no se da cuando se suspende la ejecución de la pena, en razón de que el responsable no es sancionado efectivamente; en todo caso se percibe una apariencia de justicia, una mascarada o un engaño, es un fraude que se disfraza de validez por el procedimiento que se sigue, pero que no trasmite ni satisface la exigencia social de justicia, que si bien es verdad, por causas diversas (económicas, sociales o políticas), tiene una exigencia de justicia más radical, mediática y morbosa –siendo los jueces quienes regulan, equilibran y controlan esos excesos–, la pena suspendida necesariamente deja en deuda al sistema de justicia frente a esa opinión pública exigente, debiendo en todo caso evaluarse la continuidad de estos mecanismos ficticios de sanción penal.

Cuando una persona es víctima de hurto de sus bienes (no importa el valor) y quien hurta es primario (generalmente los que cometen delitos de esta naturaleza son personas muy jóvenes), es casi una constante que la pena que se le imponga será suspendida, tanto más

39 ¿Cómo percibe la administración de justicia un ciudadano que es víctima de un "delito menor"? Le hurtaron su maleta con recuerdos de inestimable valor familiar y bienes por cincuenta mil soles. Una vez descubierto el ladrón y probada su responsabilidad penal, le imponen cuatro años de pena suspendida y el pago de 80 mil nuevos soles de reparación civil que, por supuesto, jamás pagará por falta de dinero o bienes. Se sentirá impotente y burlado por el sistema al no haber recuperado sus bienes y ver cómo el delincuente sigue circulando por la ciudad como si nada hubiera ocurrido. ¿Qué clase de sistema de justicia es ese en donde hurtar no trae ninguna consecuencia, además de un largo procesamiento? Y esto es que no estamos considerando el costo para el Estado de procesar a una persona que finalmente no tendrá ninguna sanción. Evidentemente estamos ante un fraude, un fracaso del Estado en su capacidad de imponer autoridad jurisdiccional.

si agregamos que en el proceso penal correspondiente confesará el delito e inclusive pedirá la conclusión anticipada del proceso, condiciones que permiten rebajas importantes en la pena (en algunos casos hasta por debajo del mínimo legal), entonces, la consecuencia será legalmente incuestionable, la imposición de una pena suspendida en su ejecución; y si además el proceso se realizó con el imputado en libertad, como normalmente corresponde, estamos inequívocamente ante un hecho concreto, real, claro y evidente de burla procesal, ineficacia judicial, pues esta persona nunca se percata de la sanción que le impone el Estado por su conducta inadecuada y considera que comportamientos como esos no son graves, y son tratados por la jurisdicción de manera complaciente; pues aparte de las normales perturbaciones en la normalidad de su vida que ha originado el procesamiento, no existe otra consecuencia que sirva de reflexión, de ejemplo, de modelo, de advertencia ni mucho menos de sanción frente a su comportamiento ilícito; y como se trata de un ser humano en formación, joven, sin muchos valores o con los valores aún no plenamente formados, el Estado contribuye en reforzar esa infravaloración de los comportamientos, que más temprano que tarde derivará en la distorsión de sus patrones de comportamiento y generará probablemente una personalidad proclive al delito, que cuando se pretenda corregir será demasiado tarde.

La víctima del hecho se sentirá evidentemente más defraudada y objeto de burla, concluyendo que el sistema de justicia del Estado no funciona, y aun cuando funcione, no sirve para nada, porque no se ha sancionado al culpable y tampoco se ha resarcido

el daño sufrido, ergo, el Poder Judicial (los jueces) no sirve para nada, infiriendo que ello responde a la corrupción que existe en el sistema. Esta forma de discernir no es caprichosa, antojadiza ni mucho menos producto de la imaginación, sino que es consecuencia de la experiencia que muchas personas (víctimas de delitos) han sufrido, con el consiguiente efecto multiplicador que datos de esta naturaleza originan, entonces, es preciso corregir esta situación.

La primera conclusión nos remite a establecer que todas las penas sean efectivas en su cumplimiento y esta conclusión obedece al inicial y básico sustento que determina la existencia de normas penales sustantivas. Tipificar delitos y establecer las sanciones. Naturalmente, bajo un criterio utilitario y elemental, todas las penas que están previstas en el Código Penal deberían ser ejecutadas cumplidamente; solo de esa manera se exponen las virtudes de la legislación penal, pues de no ser así podría resultar preferible no tener un Código Penal. No se trata de normas simbólicas, no se trata de un sistema ficticio, no estamos ante un remedo o amenaza ni ante una declamación normativa, sino que estamos ante un sistema normativo real, concreto, efectivo, cierto y sobre todo eficaz, vale decir, que debe satisfacer aquellos propósitos o intereses para los que está diseñado, sin embargo, realmente el Código Penal no tiene esas condiciones cuando no se hace evidente la sanción frente a la infracción en que ha incurrido la persona⁴⁰.

Naturalmente, existen situaciones excepcionales como en toda regla y en este caso estarían circunscritas las penas suspendidas

⁴⁰ Sería totalmente diferente la percepción del sistema de justicia penal si cada persona que probadamente ha incurrido en delito cumpliera una pena, asimilara una sanción, entendiera que el mal comportamiento tiene consecuencias efectivas; a la par, los ciudadanos seríamos conscientes de que tenemos un sistema de justicia penal que necesariamente sanciona a quien infringe la ley. Sesenta días de prisión efectiva sirven a quien delinquirió y a la víctima para entender, ambos a su manera, lo que significa la coerción estatal frente al mal comportamiento.

solamente a casos específicos y claramente señalados en la norma, que únicamente tendrían justificación cuando determinadas personas valetudinarias o en estado real de malestar físico o mental puedan verse afectados mucho más en su dignidad, en su salud o en su modo de vida con la imposición de una pena efectiva.

Esta primera conclusión de la efectividad o ejecución de todas las penas tiene algunos elementos exteriores que es preciso establecer, ya que va de la mano con la construcción o habilitación de centros de reclusión especiales para delincuentes primarios (cárceles para prisiones cortas), pues de no ser así la propuesta no sería viable, resultando más perjudicial que la situación actualmente existente; veamos más detalladamente este asunto.

Una vez que se ha establecido la culpabilidad del procesado, el juez evalúa la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena y acude *ipso facto* a lo que establece el artículo 57 del Código Penal, que establece los requisitos para determinar esa condición⁴¹. El primer requisito es medible y puede ser objetivo, puesto que el juez está facultado a imponer las penas dentro del máximo y mínimo que establece el Código Penal para el tipo penal, sin embargo, al estar facultado, bajo determinadas reglas específicas, a imponer penas por debajo del mínimo legal, cuando hay fundamentos, esto le permite en algunos casos calcular la determinación de la pena hasta límites que posibilitan imponer pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, entonces, este requisito no está exento de una consideración subjetiva.

El otro extremo requerido, vale decir, la previsión de que el sentenciado no incurra en otro delito como consecuencia de la imposición de la sentencia suspendida en su ejecución, resulta hasta en su redacción contradictorio, pues la suspensión de la ejecución de la pena, antes que prevenir al agente para que no incurra en otro delito, más bien lo invita, lo induce, lo alienta a cometer otro hecho igual, sabiendo que la pena no será efectiva y seguirá burlándose de la justicia.

Es verdad que la norma dice que se impondrá la pena suspendida cuando el sentenciado no tenga otra condena anterior, pero debido a las deficiencias del sistema, en ocasiones, no se tiene acceso a los antecedentes de las personas o la información que se tiene no está actualizada o es incorrecta, lo que contribuye a veces en que se cometan errores en la aplicación de la suspensión de la pena, tanto más si quienes tienen el delito como una forma de vida, regularmente cambian de nombre y tienen más de una identidad, y las redes de identificación de personas a nivel nacional, así como la red encargada de sistematizar los antecedentes judiciales, penales o policiales de las personas, aún tienen deficiencias que se vienen corrigiendo.

Evidentemente este extremo de la norma tiene un margen de subjetividad amplio, ya que prever, por la personalidad del agente y la modalidad del hecho punible, que el sentenciado incurrirá o no en otro ilícito penal, es una suerte de adivinanza con alguna ayuda, pero adivinanza al fin, en la que el mejor y más honesto de los jueces puede incurrir en error de apreciación, lo que traería como consecuencia que la suspensión de

41 Artículo 57: "El juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años, y 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito (...)". El siguiente artículo establece las reglas de conducta que debe establecer el juez ante la suspensión de ejecución de pena.

la ejecución de la pena habría servido para facilitar la comisión de otro hecho punible por el sentenciado.

Es regla de experiencia que cualquier persona puede concluir con los rasgos de personalidad de otra con la que ha estado en contacto, y es verdad que unos tienen mejor percepción que otros y los jueces normalmente desarrollan con el tiempo un estándar mayor de percepción de personalidad de las personas que juzgan, pero también es regla normal que estas apreciaciones pueden ser erróneas, entonces, basar una decisión en la personalidad del agente puede ser un asunto azaroso e inseguro, sin embargo, en este caso la regla dice que, además, hay que evaluar la naturaleza y modalidad del hecho punible, condición que en conjunto con la anterior puede aproximarse más al conocimiento de la persona y, por tanto, incrementar el porcentaje de probabilidad a favor de una buena decisión; pero aun así existe un margen de error bastante amplio, lo que finalmente deriva en que la determinación por suspender o no la pena tenga que basarse en un elemento subjetivo, debatible, opinable y criticable.

Este espacio de discrecionalidad (no hay otra forma de resolver el tema) traerá consigo opiniones y críticas positivas y negativas, esto es, cuando se otorgó el beneficio de la suspensión de la pena y cuando no se hizo, pues igualmente en muchos casos se ha cuestionado la imposición de penas efectivas cortas cuando la modalidad del delito y su forma de perpetración no son graves ni perniciosas en extremo y cuando la personalidad del agente hace prever que no incurrirá en otro delito, pero la apreciación del juez deriva en otra conclusión que lo induce a imponer la pena efectiva, por tanto, ambos extremos son igualmente debatibles.

Si la imposición de toda condena a privación de la libertad fuera efectiva, no tendríamos estos márgenes de debate, todos

los ciudadanos sabrían de antemano que, si incurrían en delito y son declarados culpables, necesariamente deberán cumplir una pena de cárcel efectiva, desde dos días hasta 35 años; pero como se trata de penas cortas estaríamos en el rango referencial de dos días a cuatro años, condición que necesariamente tiene que influir en la conducta de quienes pretenden incurrir en ilícitos penales, que en muchos casos lo hacen bajo el cálculo y la asesoría de abogados, quienes les refieren que por lo que pretenden hacer no hay pena efectiva, entonces, no dudan en ejecutar su plan delictivo.

A cualquiera le parece justo que quien incurra en delito, aun menor, no grave, pero delito al fin, debe ser sancionado y que la suspensión de la ejecución de la pena no es sanción, resultando tan intrascendente que el ciudadano se siente fortalecido en su comportamiento inadecuado y cuando este ha sido dirigido a una persona específica, se burla de su víctima, hace escarnio del sistema y finalmente lo utiliza calculadamente para seguir cometiendo fechorías, que muchas veces no son probadas y otras, pese a ser debidamente probadas, no son debidamente sancionadas.

Evidentemente el problema no concluye ahí, pues existen otras vertientes que deben ser tomadas en cuenta, en efecto, cuánto le cuesta al Estado peruano procesar a una persona por la comisión de un delito menor, muchas veces igual o más que el procesamiento de una persona que ha cometido un delito grave; dicho costo es vano debido a que el resultado no es eficaz, pues la pena suspendida, para nosotros, constituye el fracaso del proceso penal, ya que después de haber agotado investigaciones preliminares (policiales), luego haber realizado una etapa de instrucción y finalmente un proceso de juzgamiento, aun cuando este sea muy restringido en el proceso sumario (cuya inconstitucionalidad es manifiesta, pero se mantiene por política jurisdiccional), se llega a una

sentencia simbólica, sin ningún efecto ni aflicción para la persona, sin ninguna satisfacción para la víctima, vale decir, se arriba a una clara demostración de la ineficacia del Estado en su afán de impartir justicia, después de haber hecho un gasto del dinero público, que en una evaluación costo-beneficio significa mucho costo para ningún beneficio, pues la sentencia penal dictada no ha servido absolutamente para nada.

Con la aplicación del nuevo proceso penal y las alternativas de solución inmediata del conflicto (entiéndase, conclusión anticipada del proceso), el problema de las penas suspendidas se amplía debido a que los acuerdos a los que apunta la defensa del imputado siempre están en función de una pena mínima y, por cierto, suspendida, lo que, entre otras cosas, da la apariencia de mayor impunidad, al costo de concluir con los procesos en el menor tiempo posible. En efecto, al haberse incluido mecanismos de conclusión rápida y consensuada del proceso penal, evidentemente, es conveniente para el Estado no prolongar los procesos de forma innecesaria como ocurre con el modelo procesal en decadencia, por el contrario, su afán es "producir" más, lo que significa concluir más procesos en el menor tiempo posible⁴², sin embargo, estamos olvidando o cuando menos dejando de lado el hecho de que a quienes juzgamos son personas, no son números u objetos que llenan estadísticas, entonces, debe tratarse de hacer las cosas bien en su tiempo oportuno y de manera eficaz, no de incrementar estadísticas.

Si todo aquel procesado a quien se le ha probado que cometió un delito fuera sancionado con pena efectiva, el ejemplo que esa decisión originaría sería prudencia en quienes tienen la tendencia de delinquir. La amenaza de una sanción efectiva en algún caso servirá para que las personas eviten incurrir en delitos.

La ventaja para el imputado es que, si admite su responsabilidad, el Estado lo premia dándole una pena suspendida, pero le obliga a resarcir el daño, cumplimiento que tiene sus propios problemas y discurre a su ritmo, por tanto, sin perjuicio de que el sistema judicial penal puede estar produciendo más y rápido, no está solucionando los problemas de la delincuencia y tal vez estamos dando un mal mensaje con las penas suspendidas en su ejecución, porque esa es la aspiración de quien infringe la ley y es encontrado responsable, confiesa, arrepíentete y se te impondrá una pena suspendida; la lógica del delincuente es sencilla, si cometo un delito, primero estoy convencido que no me descubren, si lo hacen los vericuetos judiciales me permiten un proceso largo, tedioso y es probable que no prueben mi responsabilidad penal, y si finalmente soy atrapado con las manos en la masa, confieso, me arrepiento, prometo pagar el daño y asunto arreglado, pena suspendida y sigo gozando de libertad para seguir con mi rutina delictiva; ¡qué gran país!

Es verdad que al sentenciado le origina un antecedente judicial, que en las condiciones sociales actuales no significa mucho, diríamos nada, o en todo caso su validez como prevención, como sanción o como advertencia es mínima, debiendo evaluarse esos extremos teniendo en cuenta la personalidad de quien tiene el antecedente. Es seguro o cuando menos bastante probable, que una persona honesta, con arraigo, con valores, bien educada y que vive debidamente

42 Esto está vinculado con las mediciones que hace el Ministerio de Economía y Finanzas para calcular los presupuestos.

insertada en la sociedad, y que ha incurrido en un delito ocasional, se sentirá afligido con la anotación del antecedente, en todo caso, sentirá vergüenza y tratará de borrar esa imagen mala que aquel le ocasiona; pero para un marginal que vive en condición precaria y además que dentro de su círculo de amistades pretende tener notoriedad cuyos estándares de vida y convivencia social están distorsionados, tener un antecedente es un ascenso en su escala, por tanto, se le beneficia socialmente dentro de su círculo, donde no solo se encarga de vanagloriarse del antecedente, sino que además estima que se ha burlado del sistema de justicia, por tanto, tiene ascendencia en su grupo; entonces, el antecedente no sirve como la materialización de un estigma social, como en el primer caso, sino más bien como un galardón logrado en su escala de valores que será imitado o superado por otras personas; de manera tal que el antecedente en su valor como pronóstico de mal comportamiento o como previsión de no incurrir en otro hecho delictivo, no tiene asidero ni fundamento, lo que hace que esta referencia en la que se sustenta la valoración sancionadora de la pena suspendida, no tenga fundamento, por tanto, se fortalece la noción de que la pena suspendida en su ejecución no tiene ninguna importancia, o en todo caso tiene trascendencia relativa, pero que en nada contribuye en el control del crimen o en el otorgamiento de márgenes de seguridad ciudadana, diríamos que en ocasiones alienta la inseguridad debido a que propicia nuevos hechos delictivos.

Desde siempre hemos escuchado que el ejemplo es la mejor enseñanza y tenemos que ser claros en indicar que el ejemplo que da la jurisdicción del Estado al no sancionar efectivamente a quien ha incurrido en delito, es la mejor enseñanza para que aquellas personas que están al filo de la ley se inclinen a favor de realizar actos negativos, basados, primero, como es normal en la naturaleza humana, que no serán descubiertos en

el crimen que cometen, y en segundo lugar, que de ocurrir ello será fácil burlar al sistema, con maniobras legales o amparándose en algún beneficio legal, dentro de los que la condena condicional es una suerte de rey; entonces, los beneficios que otorga el crimen en vista de los ejemplos que se ven, resultan atractivos; luego, aquellos jóvenes que por diversos motivos tienen ocasión de incurrir en delitos menores, lo hacen bajo el amparo de este tratamiento judicial extremadamente liviano.

En sentido contrario, si todo aquel procesado a quien se le ha probado que cometió un delito fuera sancionado con pena efectiva, el ejemplo que esa decisión originaría evidentemente es cuando menos de prudencia en quienes tienen la tendencia de delinquir, y si bien es verdad no podemos probar ni hacer estadísticas de la influencia que pueda tener este ejemplo, resulta para el sentido común que la amenaza inminente de una sanción efectiva en algún caso servirá para que las personas eviten incurrir en delitos.

Un comentario final, al respecto: como consecuencia de la implementación del proceso penal de flagrancia, cuyas bondades son indiscutibles, las desproporciones en la legislación penal se harán evidentes en los próximos meses; en efecto, como no hay actividad probatoria, o en todo caso esta es mínima, y lo que se persigue es concluir con el caso por su notoria evidencia, cabe únicamente calcular la pena, procedimiento que debe hacerse a través de las reglas de determinación de pena, que son reglas de cálculo matemático que restringen la discrecionalidad del juez y lo convierten en operador aritmético que en algunos casos, muy a su pesar, tiene que aplicar penas no entendibles, tanto para arriba como para abajo.

Por ende, la riqueza del juzgamiento y su esencial vinculación con los criterios de justicia, proporcionalidad y otros factores que sirven para el cálculo de la pena, como la

personalidad del agente, su historia personal, ese humanitario criterio que tiene que estar impregnado de manera rotunda en el juez, no sirven; en este tema y otros la judicatura está retrocediendo y convirtiéndose en la "boca de la ley"; hombres sin conciencia, mecánicos y matemáticos, lo que por cierto nos aleja de la justicia y nos aproxima al exceso y al desequilibrio. Entendemos que ahora, en el Perú, la aplicación de la pena es básicamente un asunto computarizado que cualquier máquina debidamente programada está en posibilidad de hacer, y esto deriva en favor de penas excesivas, pero también de penas mínimas y, por cierto, suspendidas.

3. Reglas de conducta

Se puede argumentar igualmente que la pena suspendida lleva consigo reglas de conducta para el sentenciado, lo que es cierto; sin embargo, lo que nos interesa evaluar es su eficacia y trascendencia dentro de los propósitos del Derecho Penal.

La norma penal (artículo 58 del Código Penal) determina que el juez, al disponer la suspensión de la pena, debe imponer reglas de conducta⁴³. Del texto legal, debemos concluir que se trata de una norma determinante, no facultativa, en todo caso, la discrecionalidad funciona en razón de las medidas específicas en cada caso. Es obligación del juez, atendiendo a las condiciones personales del

agente, la naturaleza del delito, los intereses de la víctima y otros factores circundantes del caso y las personas involucradas, establecer las pautas de comportamiento que debe seguir el sentenciado; sin embargo, esta potestad se ha convertido más bien en una repetición de fórmulas sin sentido y clichés preestablecidos; por ejemplo, se sigue repitiendo en las sentencias que el penado "no debe frecuentar lugares de dudosa reputación", y hasta ahora no entendemos cuáles son esos lugares de dudosa reputación y por qué se les impone esa regla a todos los sentenciados, sin tomar en cuenta la naturaleza del delito ni su personalidad o condiciones⁴⁴.

Las otras prohibiciones, igualmente, son manejadas sin criterio ni finalidad determinada, sino solamente por el prurito de imponer lo que la ley dice, condiciones en las que las reglas de conducta no surten ningún efecto, es más, no se ha reportado infracción de esas condiciones que haya originado la revocación del beneficio de la suspensión de la condena, en todo caso, este procedimiento es extremadamente excepcional en la casuística, por tanto, la eficacia de las prohibiciones o reglas de comportamiento es sumamente relativa y más lírica que real.

No sabemos si concurrir al juzgado cada cierto tiempo (fijado por el juez) para que el sentenciado "informe y justifique sus actividades" tiene algún efecto de control, pues, en

43 Artículo 58: "Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso: 1. Prohibición de frecuentar determinados lugares; 2. Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez; 3. Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; 4. Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; 5. Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; 6. Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol; 7. Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o, 8. Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado".

44 Como es reiterativa la fórmula, a un músico sentenciado por delito de omisión de asistencia familiar se le impuso la prohibición de acudir a lugares de dudosa reputación, sin percatarse de que como músico trabajaba en horas de la noche en un establecimiento donde concurren varones a beber licor, tener contacto con féminas de mal vivir y divertirse. La disyuntiva del sentenciado era seguir concurriendo a su centro de trabajo o hacer caso de la prohibición de la sentencia y no trabajar, incumpliendo aún más con sus obligaciones alimentarias.

realidad, lo que ocurre en los casos más óptimos es que el sentenciado acude al juzgado, por ejemplo, cada fin de mes y en presencia del secretario, firma un libro de control y luego se retira hasta el mes siguiente; sin embargo, sucede en muchos

casos que el penado concurre cada cuatro o seis meses y firma por el resto de los meses que no ha concurrido, previo convenio ilícito con el secretario. Entonces, este mecanismo de control del sentenciado, al igual que los demás, es objetivamente inútil e ineficaz, sirviendo en todo caso para que algunos secretarios inescrupulosos reciban una coima por esa actividad de control, sin que el juez siquiera se haya enterado porque no dispone de tiempo para realizarla.

En ciudades grandes como Lima hay muchos sentenciados que cada mes deben "controlarse". No solo los condenados a penas suspendidas, sino también los que han obtenido beneficios penitenciarios, quienes también deben cumplir reglas de conducta, concurren masivamente a una oficina, donde son controlados, mecánica o electrónicamente, y el juez a quien deben "rendir cuenta de sus actividades" ni por asomo es visible, por tanto, este ritual mecánico se convierte en un formalismo más que no tiene eficacia de control, ni mucho menos sirve para algo, salvo para que algún secretario de juzgado, que hace un mal uso de este control, se beneficie ilícitamente, o para que el sentenciado se moleste cada cierto tiempo en concurrir al local del juzgado.

Seguimos demostrando que la imposición de la pena suspendida no tiene ninguna utilidad ni eficacia de cara a los propósitos del Derecho Penal, ni de la política criminal, lo que contribuye a la inicial noción de que todas

El primer paso para hacer viable la aplicación de las penas efectivas cortas tiene que ser la construcción de centros penitenciarios con características especiales, para primarios, que cumplirán prisión por cuatro o menos años. En dichos establecimientos no habría procesados, salvo por excepción.

las penas sean efectivas. Si las reglas de conducta están diseñadas bajo el fundamento de medición del comportamiento del sentenciado posterior al delito, advertimos que dichas reglas no cumplen con ese propósito, pues el delincuente

primario condenado ni siquiera está siendo vigilado, controlado o sometido a reglas que de alguna manera determinen si su comportamiento después de la sentencia es socialmente aceptable o si sigue incurriendo en fechorías y actos reprochables, que sencillamente no son de conocimiento de la autoridad.

Requiere especial cuidado una regla de conducta legalmente prevista, que está contenida en el inciso 4 del artículo 58 antes mencionado, referida a reparar los daños ocasionados por el delito, que en buena cuenta es el cumplimiento del pago de la reparación civil, salvo cuando el condenado demuestra que está en imposibilidad de hacerlo. Esta regla origina un amplio debate que no incluiremos en este artículo, sin embargo, referencialmente mencionaremos el problema.

Regularmente quienes incurren en delito, o en todo caso quienes son procesados —porque se dan casos de mucha gente que incurre en delitos pero nunca es denunciada ni, por tanto, procesada— son personas de escasos recursos económicos y, por ende, imposibilitadas de reparar el daño causado, sin perjuicio de que existe un segmento menor que sí está en condiciones de hacerlo; por tanto, el cumplimiento de esta regla de conducta es exigible solo a ese sector que está en capacidad de hacerlo, que, reiteramos, es minoría. Entonces, la mayoría de los sentenciados a pena privativa de libertad suspendida no pueden resarcir el daño causado y ese incumplimiento no genera la revocación de la

condicionalidad de la pena, porque está justificado por la insolvencia del sentenciado.

Adicionalmente, y aun siendo el sentenciado solvente, el cumplimiento del pago del daño ocasionado encuentra severas dificultades por razones de informalidad y desidia de los propios agraviados, con lo que se completa el círculo de la ineficacia de la pena suspendida, cuyas reglas de conducta tampoco contribuyen a favor de otorgarle algún margen de importancia.

El otro problema que plantea esta regla de conducta es que el incumplimiento de una obligación extracontractual (pago de una deuda) originaria que el sentenciado sea encarcelado al revocarse la suspensión de la pena por esa causa, lo que colisiona con el criterio constitucional esencial de que "no hay prisión por deudas", tema arduamente discutido, que aún no ha sido debidamente solucionado en nuestro sistema judicial. Esto ha traído como consecuencia que muchos jueces impongan esta regla de comportamiento, otros jueces tengan reticencias a hacerlo por el problema constitucional, de modo que, ante el incumplimiento de esta regla de comportamiento, la revocación de la pena suspendida para convertirla en efectiva es bastante restringida, diríamos excepcional, precisamente en atención al cuestionamiento constitucional de la decisión; en consecuencia, esta medida tampoco es eficaz y no trasciende en su condición de sanción, contribuyendo de esta manera en la ineffectividad de la pena suspendida condicionalmente.

4. Validez de la pena suspendida condicionalmente

La suspensión de la ejecución de la pena es una institución jurídica debidamente

reconocida en la doctrina y la jurisprudencia universal, sin embargo, una distorsión en el uso que se le da⁴⁵ determina su aplicación abusiva y contribuye de manera directa en el incremento de la delincuencia, razón por la cual el uso de este beneficio penal debe ser extremadamente cauto y solo en los casos que estén debidamente justificados.

Hay factores esencialmente de índole humano que sustentan la aplicación de esta medida; en efecto, a un sentenciado a pena privativa de libertad que no pueda valerse por sí mismo, con riesgo de que su reclusión en un establecimiento penal agrave su situación o la vuelva insostenible con evidente perjuicio a su dignidad, debe suspenderse la ejecución de la pena.

Igualmente, una mujer embarazada que además debe atender a otro u otros niños; en este supuesto no resulta idóneo para el bienestar de los menores, que su madre esté en prisión, pues el perjuicio mayor en realidad no es para la mujer, sino para esos menores que dependen de los cuidados de ella, razón válida para suspender la ejecución de una condena a una mujer en esas condiciones.

También, por excepción, algunos ancianos, que por su avanzada edad requieren determinados cuidados, que no son propiamente médicos, sino de diversa índole, pueden ser tratados bajo este régimen de la pena suspendida, conforme indicamos líneas arriba, solamente por razones de dignidad y en concordancia con los elementos en los que se sustenta la aplicación de una sanción penal, que según opinión mayoritaria no es un castigo, sino un mecanismo de reeducación y resocialización de quienes infringen la ley.

Además, podrían presentarse otras situaciones excepcionales no previstas que, debido a

45 Esencialmente por razones de deficiencia estatal y no porque se justifique dogmáticamente su uso constante.

comerciales), con un cartel donde consta el ilícito penal que cometió, y a comprometerse a no cometerlo nuevamente, hecho que repite por algunos días ante la vista del público transeúnte. Esta forma de sanción sirve para dos cosas, la vergüenza que debe sentir el joven que delinquiró y la necesaria reflexión que origina tanto en el mismo delincuente como en los transeúntes del lugar; esto, según refiere la experiencia norteamericana, ha traído como consecuencia que jóvenes sometidos a este tratamiento no hayan vuelto a incurrir en delito o, cuando menos, no se hayan reportado tales hechos, lo cual es positivo porque la sanción cumple su propósito.

Es verdad que este tratamiento puede resultar denigrante en algún caso o puede considerarse que atenta contra la dignidad de la persona, sin embargo, es preciso anotar que las sentencias de pena privativa de libertad contra quienes delinquen constituyen actos públicos, entonces, el anuncio público de que determinada persona ha cometido delito y está siendo sancionado no constituye ningún acto denigrante contra la persona, ni ofende su derecho a la dignidad; en todo caso, dicho acto tiene la misma significación que la exhibición pública del cartel que anuncia a quien lo porta como autor de un hecho delictivo, con la ventaja de que esta persona no ingresa a prisión, por las deficiencias propias de todos los sistemas penitenciarios en materia de capacidad y resocialización. Se afirma que esta exposición pública puede determinar cambios en la personalidad de quien incurrió en delito y, en casos extremos, podría inclusive llevarlo al suicidio, lo cual es posible

tratándose de la naturaleza humana, pero sin llegar a esos extremos, es preciso anotar que la práctica de esa forma de sanción resultaría sumamente útil en nuestro medio⁴⁶.

Puede considerarse, además, como sanción en algunos casos, que el autor del delito preste determinados servicios o trabaje para la víctima del delito, cuando el hecho no es grave y exista esa posibilidad de resarcimiento del daño, evitándose de esta manera que el joven delincuente primerizo de un hecho leve ingrese a prisión. Naturalmente, en este caso el manejo del juez debe ser muy cauto, solo debe propiciar esta forma de reparación del daño y a la vez sanción, debido a que normalmente entre víctima y victimario se produce animadversión, condición en la que el trabajo del autor del hecho para el perjudicado podría resultar contraproducente, sin embargo, pueden darse circunstancias favorables para que esta práctica se lleve adelante⁴⁷.

Otra forma de ejecución de pena se da cuando el sentenciado cumple prisión los fines de semana y feriados; pernocta todas las noches en un establecimiento penitenciario y en el día concurre a realizar actividades laborales, de esta manera su régimen cotidiano sufre una variación sustancial que evidentemente origina cuando menos reflexión y entendimiento de las complicaciones que puede acarrear, de continuar por esa senda, una prisión efectiva completa, situación que puede persuadirlo de no infringir la ley. Este mecanismo también requiere establecimientos penitenciarios especiales, con regímenes de tratamiento los fines de semana y las noches, especialmente

46 Nos imaginamos a un servidor público que incurre en un delito menor por primera vez (peculado de uso, por ejemplo), paseando por la cuadra de la entidad pública en la que trabaja, con un cartel que diga que ha incurrido en ese delito contra el Estado y no lo volverá a cometer. Estimamos que eso serviría para que otros funcionarios o servidores públicos no incurran en delitos menores y aparezcan debidamente sancionados.

47 Por ejemplo, si la víctima del delito manda realizar trabajos que son controlados por terceras personas, resulta viable que, bajo el control del tercero, el agresor cumpla una actividad laboral determinada por tiempo determinado, que cada juez de manera razonable, proporcional y con buen juicio deberá imponer.

diseñados para fortalecer y valorar el derecho a la libertad, pero, además, atendiendo a la naturaleza del delito, de la implementación de regímenes y terapias especiales.

Es verdad que el Código Penal establece, además de las clásicas penas, otras alternativas de sanción para quienes incurrir en delitos menores y faltas, sin embargo, dichas medidas no se ejecutan. La sección III del Título III: De las Penas, en su capítulo I, establece en el artículo 31 las penas limitativas de derechos, las que comprenden la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación; sección que virtualmente es un adorno en el Código, debido a que, aun cuando se puedan imponer dichas medidas, su cumplimiento no está implementado; y en los pocos casos en que estas se pretendieron ejecutar, ello resultó en un rotundo fracaso, debido a la falta de control y de los organismos encargados de su supervisión, así como, en todo caso, a la falta de recursos destinados al Poder Judicial y al Instituto Nacional Penitenciario para el cumplimiento de estos propósitos.

Sin perjuicio de la ejecución de estas penas limitativas de derechos, es preciso ampliar el marco de sanciones a los jóvenes que incurrir por primera vez en delitos, pero necesariamente a ámbitos reales y efectivos de cumplimiento; de esta manera superaremos el déficit de sanción con el que nos deja la pena

suspendida condicionalmente. La diferencia esencial estriba en que las penas limitativas de derechos tienen que ser ejecutadas bajo el control de servidores públicos especialmente designados para esos propósitos, entonces, implican un gasto público, cuya no provisión ocasiona sencillamente que no haya quien las controle y ejecute. En cambio, las otras medidas que se han sugerido estarían bajo el control y ejecución de quien fue víctima del delito, sin que ello signifique en absoluto un espíritu de venganza, pues existirían pautas claras y determinadas por el juez, de modo que la víctima solo se encargaría de vigilar que la sanción impuesta se cumpla, dando cuenta de lo que observa al juez de ejecución⁴⁸.

En principio, todas las penas deben ser efectivas, solo por excepción deben imponerse penas suspendidas en su ejecución, esencialmente por razones de humanidad y a los valetudinarios; cuando se trate de jóvenes primarios y de delitos menores, dependiendo de la personalidad del agente, de su comportamiento y, sobre todo, de su comprensión e internalización del mal que ha causado y de las circunstancias de perpetración del hecho, puede inclusive plantearse la alternativa de escoger entre ir a prisión o recibir uno de los tratamientos sancionatorios que tienen la virtud de generar en la persona reacciones favorables de cara a su reinserción social y además tienen el efecto de difundir que el mal ejemplo no debe cundir⁴⁹.

48 El agraviado por el delito sería un vigilante especial señalado por el juez e instruido por este para que únicamente, sin intervenir ni relacionarse directamente con el sancionado, observe que esté cumpliendo lo que se dispuso e informarle de su incumplimiento.

49 Nos parece razonable, por ejemplo, que un joven que ha incurrido por primera vez en delito menor, concurra al domicilio del agraviado y vigile su casa durante cinco noches completas con un cartel que indique las razones del trabajo que está realizando. Igualmente, podría considerarse la posibilidad de que el joven primerizo concurra a determinados lugares (centros de menores, establecimientos penales para primarios, establecimientos de tratamiento de personas antisociales, escuelas, etc.) a contar su realidad, describiendo el hecho que ha cometido, el procedimiento que se le siguió y finalmente la sanción que se le impuso; de ese modo difundiría valores contrarios a su comportamiento negativo. Otra forma de tratamiento puede ser el internamiento en un establecimiento militar o policial por determinado tiempo, a fin de que el infractor sea sometido a los rigores de la vida militar como cualquier conscripto y realice todos los trabajos que ahí se realizan, debiendo llevar un distintivo que indique que está cumpliendo ese servicio por haber incurrido en delito. En fin, hay variadas formas imaginativas de sancionar a las personas cuando no se hacen efectivas las penas privativas de la libertad.

Todas estas modalidades y tratamientos siempre serían una alternativa al no cumplimiento de una prisión efectiva corta, vale decir, que al momento de sentenciar en los casos mencionados (jóvenes, primarios y delitos leves), se les otorgue a los agentes la alternativa de escoger entre ir a prisión por un tiempo corto (puede ser entre diez días y un año, por ejemplo) o cumplir un tratamiento que equilibre evitar los días de prisión, de manera tal que en vez de ir un año a prisión puede ir un año a cumplir servicio militar, o en vez de ir diez días a prisión concorra al lugar donde realizó el hurto y con un cartel paseé por la cuadra por tres días durante ocho horas; estas son alternativas razonables y proporcionales que de todas maneras servirían para los propósitos que se persigue con la imposición de las sanciones penales.

VIII. Conclusiones

El Derecho Penal, como último recurso para corregir comportamientos contrarios a la ley, tiene que ser eficaz y eficiente. La pena suspendida en su ejecución no contribuye con esos propósitos, por el contrario, hace evidente la inutilidad del proceso

penal. Una sociedad como la nuestra donde el incumplimiento de las normas es uno de los primeros problemas sociales, tiene que ser severa en el tratamiento punitivo. Es evidente que esta relajación social frente a la norma trae como consecuencia márgenes de delincuencia muy perniciosos, por tanto, la respuesta del Estado debe ser acorde con nuestra realidad.

Si bien es verdad la doctrina penal determina que la sanción no es una venganza social, sino que procura un tratamiento y la reeducación del ser humano, nuestra realidad, como sociedad incipiente en valores, en respeto y en convivencia social, todavía no está apta para un tratamiento tan ineficiente y contemplativo del infractor de la ley, tanto más si la inejecución de penas privativas de la libertad no está acompañada de un verdadero seguimiento y control de la persona que delinquirió, a fin de establecer si efectivamente ese tratamiento contemplativo es bien aprovechado o no por el ciudadano, lo que convierte a la aplicación de las penas suspendidas en su ejecución en un formalismo inútil, sin sentido ni propósito definido.