

EL SISTEMA DE PENAS EN EL CP PERUANO DE 1991

Martín Navarro Althaus

Sumario: I. Introducción. II. Sistema de penas: criterios funcionales. III. Las penas en el Código penal de 1991: 1. Penas privativas de libertad. 2. Penas restrictivas de la libertad. 3. Penas limitativas de derechos. IV. Conclusión.

I. Introducción

(p. 73) Las penas y medidas de seguridad constituyen, como señala Roxin¹, el punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas - sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del derecho penal. La ampliación de los instrumentos de la reacción penal se puede caracterizar del siguiente modo:

- a la función eminentemente represiva que se le asignaba a la pena se le han agregado otras funciones de corte utilitario, lo que ha dado lugar a una notable evolución cualitativa de la misma, **(p. 74)** en particular de la pena privativa de libertad, así como a la introducción de otras penas (ampliación del sistema de penas);

- las consecuencias jurídicas no sólo recaen en el comportamiento (individual) de la persona natural, sino también en los comportamientos delictuosos cometidos a través o por personas jurídicas. Esto implica la adopción de instituciones que refuercen la influencia del derecho penal sobre las personas jurídicas (sanciones a las personas jurídicas);

- dentro del contexto de la trilogía conformada por el autor de la infracción, el Estado y la víctima, se considera igualmente importante la compensación de los daños y perjuicios sufridos por la víctima. En la medida en que la compensación es inherente a la transgresión jurídica², la reparación debe constituir una respuesta propia del derecho penal y no paralela o complementaria a éste (reparación como modalidad sancionadora);

- la necesidad de acentuar el carácter preventivo del derecho penal supone que al lado de la atenuación de la peligrosidad subjetiva del agente, fundamento de la imposición de las medidas de seguridad, se considere asimismo relevante la disminución de la peligrosidad objetiva de los instrumentos que sirven para la comisión del delito o son el producto del mismo (perfeccionamiento del comiso o de otras consecuencias accesorias);

- finalmente, el aumento de la importancia de las estrategias de prevención del control penal determina que la sanción penal sea concebida no sólo como una consecuencia desfavorable al delincuente, sino también como un mecanismo de incitación a la observancia de la norma o de atenuación de los efectos negativos de su inobservancia (introducción de las llamadas sanciones "pémiales").

¹ ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, München 1992, p. 1.

² ESER, A., "Una justicia penal a la medida del ser humano", en *Revista de derecho penal y criminología*, n° 1 (1998), p. 144.

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir **(p. 75)** un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal³. Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue también la concepción adoptada por el legislador cuando estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito. Sin incluirlas dentro de un rótulo común, el legislador de 1991 las ordenó sucesivamente en la parte general del Código vigente, llegando a representar casi el 70 % de sus disposiciones.

La importancia de las sanciones penales no sólo es cuantitativa. Cualitativamente, su estudio permite observar con mayor claridad las opciones de política criminal seguidas por el Estado⁴. A través de su análisis sistemático se puede dar cuenta de las (dis)funciones, incoherencias, posibilidades de desarrollo y límites de las estrategias de control y prevención de la criminalidad. Habiendo transcurrido más de un lustro desde la entrada en vigencia del Código de penal es de preguntarse, en consecuencia, cuáles son en la actualidad las características y los problemas fundamentales del sistema de sanciones (en particular de las penas)

En el presente trabajo nos abocaremos, en primer lugar, a proponer algunos criterios referentes al carácter funcional de todo sistema de penas (II). Luego, abordaremos sintéticamente los rasgos fundamentales y/o cuestionables de las penas en el modelo original del Código de 1991 (III). Finalmente, presentaremos algunas conclusiones (IV)*.

(p. 76) II. Sistema de penas: criterios funcionales

Cuando decimos que las penas están organizadas en un sistema estamos asumiendo la idea de que se trata de una unidad global, cuyos elementos constitutivos están siempre relacionados entre sí⁵ y en contacto con una realidad determinada. Constituye en principio una unidad pues sus elementos responden a una misma finalidad en el control penal: la disminución de la criminalidad. A su vez esta finalidad es realizable a través de diferentes formas de intervención penal (penas en particular). En la medida en que estas modalidades de intervención penal cumplen tareas que repercuten en el funcionamiento del sistema en general, se encuentran vinculadas entre ellas a efecto de llegar a resultados coherentes. Los resultados perseguidos mediante la imposición y aplicación de un sistema de penas no es otro que la modificación positiva del comportamiento de los individuos a los que se aplica (influencia social de las penas). Los criterios de configuración de un sistema son además completados por otros que teóricamente lo hagan funcional. A continuación haremos un esbozo de los principales criterios que pueden dar tal calidad a las penas.

Un primer criterio a observar en la programación e implementación de un sistema de penas es el respeto de la dignidad humana (art. 1, Const.). La persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al momento que prevén, imponen o ejecutan penas. El carácter universal de este principio determina que sus alcances sean aplicables a toda persona cualesquiera que sea su condición física, síquica o jurídica. Por tanto, incluso los delincuentes más abyectos o peligrosos son titulares de este derecho.

³ Cf. PAGLIARO, A., *Principi de diritto penale. Parte generale*, Milán 1987, p. 675 y ss.

⁴ Cf. JORGE BARREIRO, A., "El sistema de sanciones en el Código penal español de 1995", en *La Reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, Castellón de la Plana 1997, p. 77.

* Respecto a los aspectos no tratados consultar, en especial, trabajos los trabajos de Felipe Renart, Esperanza Vaello y Joseph du Puit publicados en este mismo volumen (nota del editor)

⁵ BONAMI, M., "Approche systémique, organisation et management", en *Management des systèmes complexes*, 1993, p. 18.

La capacidad de todo individuo para autodeterminarse y definir sus proyectos de vida es, ciertamente, susceptible de restricción mediante la pena. Es aceptable que, en casos extremos, el Estado prive de libertad a un individuo que ha cometido un delito (prevención **(p. 77)** especial negativa). Pero esta limitación no debe ser absoluta ni indeterminada. El Estado no está autorizado a eliminar físicamente a una persona (proscripción de la pena de muerte) ni a privarla de manera perpetua de libertad o de otro derecho.

La reacción social frente a la comisión de comportamientos delictuosos debe asimismo ser proporcional. La observancia del principio de proporcionalidad, deducible del carácter democrático y de derecho del Estado (arts. 43 y 45, Const.), es verificable de diversos modos. Una primera exigencia, inherente a este principio, es la idoneidad de la sanción para alcanzar el fin perseguido. De conformidad con las múltiples funciones asignadas a la pena, ésta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger a la sociedad y resocializar al delincuente.

La proporcionalidad de las penas se mide igualmente en función de su necesidad. Esta manifestación del principio de proporcionalidad se concretiza principalmente en las penas privativas de libertad: éstas deben constituir la última ratio de la política criminal⁶. Este imperativo está en relación con el principio de utilización del medio menos severo para obtener el mismo fin (Grundsatz des relativ mildesten Mittels)⁷. De esta manera se puede racionalizar el uso de las penas y jerarquizarlas según el grado en que afecten los bienes jurídicos del condenado. Así, en casos de alternancia se debe preferir la multa u otras penas menos severas a la pena privativa de libertad, la suspensión de la pena a su aplicación efectiva, la exención de la pena a la suspensión de su ejecución, si de este modo se puede obtener el mismo resultado.

Finalmente, el principio de proporcionalidad stricto sensu limita el uso o la intensidad de una sanción de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura. Este es el sentido del art. IX del Código penal al prescribir que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es **(p. 78)** un criterio decisivo en la evaluación global del sistema de penas con relación al sistema de bienes jurídicos protegidos. De acuerdo al tipo y a la intensidad de la sanción utilizada en cada infracción penal, el intérprete puede detectar el grado de importancia que tienen los bienes jurídicos protegidos.

La racionalidad de un sistema de penas está vinculada al respeto de la prohibición de someter a actos violentos o a torturas o tratos inhumanos o humillantes (art. 2, inc. 24 h, Const.). Las implicancias de esta norma son de diverso orden. En el sistema de penas no se puede, por ejemplo, prever la imposición de penas corporales. Asumiendo la definición legal de tortura de la ley 26926 (art. 1º) caen dentro de la prohibición aquellas penas que supongan la producción de dolores, sufrimientos graves o el sometimiento a condiciones que anulen la personalidad o disminuyan la capacidad física y mental del individuo para castigarlo por cualquier hecho. Es inconstitucional, por tanto, la pena consistente en un tratamiento coercitivo destinado a hacer inocuo a un delincuente atentando gravemente contra su integridad física (castración química o física de los delincuentes sexuales por ejemplo)⁸.

Así mismo, son descartables del catálogo de sanciones las llamadas penas infamantes. Penas tales como el azote público, el marcado físico del condenado son incompatibles con la proscripción de infligir tratos humillantes⁹. Es así mismo discutible la admisibilidad de penas como la amonestación

⁶ FIGUEIREDO, J., *Direito penal português. Parte geral II*, Lisboa 1993, p. 53. Cf. VILLAVICENCIO, F., *Código Penal*, Lima 1997, p. 168 y s.; PRADO, V., *Todo sobre el Código penal*, Lima 1996, p. 65.

⁷ NIGGLI, M., "Ultima ratio?", en *Revue pénale suisse*, tomo 111, 1993, p. 239.

⁸ Para un análisis detallado de un proyecto de ley proponiendo la introducción de la pena de castración química de los delincuentes sexuales, ver: UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, J., "La castración química ¿Pena o medida de seguridad?", en *Consecuencias jurídicas del delito*, Lima 1997, p. 361 y ss.

⁹ MANTOVANI, F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1988, p. 712.

(prevista, por ejemplo, en Código penal portugués) o la publicación de la sentencia condenatoria por su connotación estigmatizante. Sin embargo, su imposición puede resultar proporcional para determinados delitos. La amonestación utilizada como pena substitutiva de una pena más severa puede ser un medio adecuado y suficiente para alcanzar los fines de la punición¹⁰. La publicación de la **(p. 79)** sentencia condenatoria es necesaria y útil sobre todo en la prevención y represión de delitos económicos¹¹ o contra el medio ambiente y respecto de las personas jurídicas.

En el ámbito de la ejecución penal esta exigencia es concretada por el llamado principio de humanidad (art. III CEP). Se viola este principio, mediante la ejecución de penas privativas de la libertad que impliquen, por ejemplo, la perturbación sistemática del sueño del condenado, su aislamiento en celdas pequeñas e insalubres, la privación de alimentos, etc.

El alto grado de formalización del Derecho penal es una consecuencia lógica de la exigencia de respeto de las garantías individuales¹². En la medida en que la pena es una forma de intervención significativa sobre los bienes jurídicos del condenado, está sujeta a los límites planteados por el principio de legalidad. En este sentido, la segunda parte del art. 2, inc. 24d de la Constitución establece que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley. En el Código penal se prescribe además que la pena no puede ejecutarse en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen (art. VI). La legalidad en la ejecución penal se entiende aplicable también, por analogía in bonam partem, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias¹³.

Las penas, conforme a este principio, tienen que ser reguladas de manera clara (nulla poena sine lege certa). A diferencia del principio de legalidad de los delitos, la exigencia de certeza es menos rígida. Las penas previstas en la parte general del Código deben ser descritas al menos en sus características principales. En la parte especial, el legislador debe indicar el tipo y la duración o el monto de la pena que corresponde a cada tipo legal. Sólo dentro de los límites legales mínimo y máximo preestablecidos funciona la libertad de apreciación del juez al momento de individualizar la pena (art. 45 y s. CP).

(p. 80) La pena establecida por el legislador debe, por tanto, guardar el equilibrio entre la exigencia de certeza y la adecuación de la pena a la gravedad del hecho y al imperativo de prevención especial¹⁴. De esta manifestación del principio de legalidad se deriva la proscripción tanto de las penas absolutamente indeterminadas, como de las penas tasadas o fijas. Una pena puede considerarse como indeterminada cuando la ley prevé el mínimo imponible pero deja un excesivo margen de apreciación al juez para fijar el máximo. Este es el caso del art. 328 (actos contra la seguridad nacional), en el que la pena mínima es de cinco años de privación de libertad omitiéndose fijar el máximo que puede llegar hasta los treinticinco años¹⁵. Lo mismo sucede con el delito de traición a la patria cometido por docentes (DL 25880), reprimido con la pena de cadena perpetua "quedando la pena mínima a discreción del juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva "(art. 1).

¹⁰ FIGUEIREDO, J., p. 147 (nota 7).

¹¹ TIEDEMANN, K., "Le système de sanctions en matière de délinquance économique", en *The sanctions in the field of economic criminal law*, Bonn 1984, p., 63.

¹² Sobre las diversas connotaciones de la formalización del control penal cf. HASSEMER, W., vor § 1, n° 301 y ss., en *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, R. Wassermann ed., Neuwied 1990.

¹³ En el mismo sentido, PRADO, V., p. 27 (nota 7).

¹⁴ MANTOVANI, F., p. 722 (nota 10).

¹⁵ Cf. RODRIGUEZ DEVESA, J. M., "Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidas en la parte general del Proyecto de 1980 en su parte especial", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, p. 340 y s.

El respeto de los principios constitucionales en la programación e implementación de las penas no debe servir únicamente para conformar un sistema racional, previsible y evaluable. Se trata igualmente de que el sistema de penas responda a las exigencias de eficiencia, eficacia y efectividad del control penal. Un sistema de penas puede ser legítimo, desde una perspectiva constitucional (legitimidad primaria) pero adolecer de legitimidad secundaria. Es decir, ser inaceptable socialmente debido a su falta de eficiencia (utilización de medios más severos para la obtención del mismo resultado), a su ineficacia (fracaso en la obtención de los fines de la pena) o, en última consideración, a su falta de efectividad (fracaso en la prevención o control de la criminalidad).

Una concepción de política criminal que responda a una visión integral de la criminalidad debe materializarse, en el ámbito de las penas, mediante un sistema coherente en sus fines, instrumentos y puesta en práctica. Toda reforma, como señala Ancel, debe integrarse en un sistema o al menos en un movimiento en la que aquella no sea más que **(p. 81)** un elemento; la reforma no debe ser ni perturbadora, ni aislada del sistema en general¹⁶. Resulta, en consecuencia, contraproducente la reacción social que esté sujeta a la improvisación, a las corrientes sucesivas de la opinión pública y a las reacciones impulsivas de los líderes políticos¹⁷. Reacción irracional que puede ponerse de manifiesto mediante la modificación del sistema de penas y la introducción generalizada de excepciones para combatir determinado tipo de criminalidad. De esta manera, la legislación penal “especial” o de “emergencia” termina haciendo tabla rasa de los fines, de los límites de duración de las sanciones o de su forma de ejecución.

La política de programación e implementación de un sistema de penas tiene, por otra parte, que responder a la complejidad de la criminalidad, como fenómeno social, y a los costos (lato sensu) necesarios para su prevención y represión. Esto no sólo es un imperativo propio del principio de proporcionalidad, que supone que a problemas diversos deben corresponder respuestas diferentes¹⁸, sino también una condición necesaria en la planificación de la política criminal. Los esfuerzos por encontrar nuevas respuestas a una criminalidad cada vez más diversificada, compleja y organizada van de la mano con el reconocimiento de la insuficiencia de la pena privativa de libertad para alcanzar objetivos plausibles y de lo mucho que influye en el mal funcionamiento del sistema penal¹⁹. Los sistemas de sanciones han devenido así más diferenciados, dinámicos y flexibles en su aplicación²⁰. A un sistema tradicionalmente centrado en la pena privativa de libertad, se **(p. 82)** le ha agregado substitutivos penales, penas alternativas, criterios de diversificación o atenuación de la ejecución penal.

Finalmente, un sistema racional, coherente y diferenciado debe ser susceptible de graduación. Intrínsecamente mediante el establecimiento de escalas que posibiliten la individualización de la pena. Extrínsecamente a través de la estructuración de una jerarquía claramente diferenciable entre las diversas penas, que tome en consideración no sólo la gravedad de la infracción penal, sino también las posibilidades de éxito en su aplicación.

Los criterios que venimos de enunciar son criterios esenciales en la evaluación de una política en materia de penas tanto a nivel de su programación como de su puesta en marcha. En lo que sigue haremos una rápida revisión de las penas, tal como fueron reguladas en el Código penal de 1991.

¹⁶ ANCEL, M., “Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle”, en *Archives de politique criminelle*, 1975, p. 36.

¹⁷ ANCEL, M., “Directions et directives de politique criminelle dans le mouvement de réforme pénale moderne”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlín 1985, p. 783.

¹⁸ Cf. VELÁSQUEZ, F., *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 677.

¹⁹ Cf. HUBER, B., “Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1996, p. 156 y ss.

²⁰ Para un visión general de lo diversificado de los sistemas de sanciones en el derecho comparado, cf. RENTZMAN, W./ ROBERT, J. P., *Les mesures alternatives à l'emprisonnement*, Strasbourg 1986; JUNGHER TAS, J., *Alternatives to prison sentences*, La Haya 1996.

III. Las penas en el Código penal de 1991

El legislador de 1991 intentó sistematizar las penas agrupándolas en cuatro categorías: penas privativas de libertad, penas restrictivas de libertad, penas privativas de derechos y multa. Esta estructura da al Código vigente una mayor transparencia, facilitando su estudio e interpretación. El criterio de diferenciación en función del bien jurídico afectado por la pena permite, como veremos luego, revelar algunas incoherencias.

1. Pena privativa de la libertad

La pena privativa de libertad es formalmente, luego de la pena de muerte²¹, la sanción más severa con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de seguir siendo la pena que más identifica al derecho penal actual, su importancia como instrumento de política criminal ha disminuido sensiblemente. Esta tendencia se pone de manifiesto fundamentalmente a nivel de las estrategias destinadas a controlar la pequeña y mediana criminalidad²². Respecto a estas formas de **(p. 83)** criminalidad, se busca privilegiar el uso de alternativas a la privación de libertad. En este sentido, el legislador de 1991 señala «la urgencia de buscar otras medidas sancionadoras para ser aplicadas a los delincuentes de poca peligrosidad, o que han cometido hechos delictuosos que no revisten mayor gravedad»²³.

Sin embargo, el uso diferenciado de la pena privativa de libertad, en función del tipo de criminalidad, no ha disminuido su presencia, como pena conminada, en la parte especial del Código²⁴. Lo diversificado del sistema de sanciones del Código de 1991, no niega el hecho que la pena privativa de libertad esté prevista como pena principal en 187 de las 407 infracciones penales contempladas en el Código y como pena acumulada en 169 casos. Si a ello se agrega los 31 supuestos en que es imponible como pena alternativa, constataremos que la pena privativa de libertad constituye el 95 % de las penas de la parte especial del Código. La introducción en el Código penal de nuevas penas (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, expatriación, expulsión) o de otras formas, diferentes a la suspensión de la ejecución de la pena, de atenuar la aplicación o de sustituir la pena privativa de libertad (conversiones, reserva del fallo condenatorio, exención de la pena) no disminuyen notablemente su importancia en el sistema de sanciones.

En realidad, el legislador no renunció a las penas privativas de libertad de corta duración. Al colocar el mínimo de duración de esta pena en dos días no hizo más que ratificar la opción ya asumida desde el Código derogado. No atenuó tampoco la importancia de su aplicación mediante la previsión de una cláusula de ultima ratio que haga de la pena de corta duración una sanción excepcional²⁵.

(p. 84) Las desventajas resultantes de una pena privativa de libertad con límites mínimos excesivamente bajos son diversas. Al ser excesivamente cortas son incompatibles con los esfuerzos por resocializar al delincuente. Es prácticamente imposible que en el lapso de unos meses la ejecución penal pueda influir positivamente sobre el condenado. Desde la perspectiva administrativa, la organización de medidas de tratamiento penitenciario requiere de un periodo de tiempo para su

²¹ El reconocimiento constitucional de la pena de muerte, a pesar de su difícil viabilidad normativa, forma parte de nuestro sistema de penas.

²² Cf. JESCHECK, H.-H., "La peine privative de liberté dans la politique criminelle moderne", en *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, n° 4, 1982, p. 723.

²³ *Exposición de Motivos del Código penal de 1991*, edición oficial, p. 8.

²⁴ VILLAVICENCIO (p. 168 y s., nota 7) señala, sin embargo que, en cierto modo, el Código de 1991 limita el recurso a la pena privativa de libertad, mediante instituciones alternativas y que se mantiene para delitos incuestionablemente graves

²⁵ Un ejemplo de esta forma de restricción de las penas privativas de libertad de corta duración es el art. 41 del Anteproyecto de revisión de la parte general del Código penal suizo: "El juez sólo puede imponer una pena privativa de libertad efectiva entre ocho días y seis meses si existen razones jurídicas y las circunstancias personales del condenado excluyen el pronunciamiento o la ejecución de otra pena".

aplicación efectiva. Además, una pena de este tipo desarraiga inútilmente al condenado del medio social y familiar. Situación que, en un medio como el nuestro con una alta tasa de desocupación y subempleo, tiene efectos contraproducentes.

Respecto a la duración máxima de la pena privativa de libertad, el legislador reformó tímida pero favorablemente la concepción subyacente en el Código derogado. En éste se preveía la posibilidad de imponer penas relativamente indeterminadas como el internamiento: siendo su duración mínima 25 años no tenía, empero, una duración máxima. En el Código vigente se fija la duración máxima de esta pena en 25 años. No obstante constituir un avance, esta opción sobrepasaba la tendencia legislativa en el derecho comparado que fija en 20 años el promedio de duración máxima de esta pena.

Los argumentos en favor de la reducción sustantiva del tiempo de duración de la privación de libertad tienen relación fundamentalmente con su adecuación a los fines de prevención especial de la pena. Intentar modificar positivamente el comportamiento de un condenado recluso tanto tiempo constituye una amarga ironía. En todo caso, el legislador de 1991 previó el máximo de duración de la pena en contados delitos: parricidio (art. 107), asesinato (art. 108), genocidio (art. 129), violación de menores (art. 173, inc. 1), tráfico de drogas calificado (art. 297), traición a la patria (arts. 325, 328, 329, 331, 332) y terrorismo, cuando aún estaba previsto en el Código (arts. 319, 320, 321 y 323).

2. Penas restrictivas de la libertad

Esta denominación comprende las penas de expatriación de los nacionales y expulsión de los extranjeros (art. 30 CP). Ambas se aplican como penas acumuladas a la pena privativa de libertad, teniendo una duración determinada, en el primer caso (hasta los 10 años), e indeterminada en el segundo caso. Retomando, esta vez con carácter de pena, la legislación especial en materia de tráfico ilícito de drogas (**p. 85**) (DL 22095, art. 63), el legislador prevé específicamente la expulsión de extranjeros en los casos de comisión de este delito (art. 303). La expatriación de nacionales está prevista en determinados delitos (dolosos) contra la seguridad nacional y de traición a la patria (arts. 325, 326, 329, 330, 331, 332).

Su inclusión, por arte de birlibirloque, en el Código vigente va a contra corriente de la tendencia político criminal de proscribirla del catálogo de sanciones penales. Desechada en los sucesivos proyectos de Código penal, a excepción del Proyecto de 1986 que preveía la expatriación (art. 34), apareció misteriosamente en el Proyecto de enero de 1991²⁶. El apuro del legislador por introducirla en el sistema de penas se pone en evidencia en la forma cómo rectificó la exposición de motivos del Proyecto de 1990. Al referirse a las clases de pena previstas por el Código, el legislador del 91 señaló: “ El Proyecto prevé un elenco de penas marcadamente simple. Las sanciones son de tres clases: privativa de libertad, restrictiva de libertad, limitativa de derechos y multa (art. 28) ”²⁷. Es decir, agregó a la anterior versión la nueva pena, pero siguió hablando de la existencia de tres clases de pena.

A pesar de tener un alcance práctico limitado, estas penas resultan incompatibles con un sistema de sanciones moderno y adecuado a la Constitución. La expulsión de extranjeros no tiene por qué ser considerada como una pena. La finalidad político criminal de la expulsión de extranjeros no es la de retribuir la comisión de un delito, ni la de prevenir, mediante su efecto disuasivo, la comisión de futuros delitos. No puede tener dicho carácter pues en este caso la pena privativa de libertad, ejecutada previamente, ya habría cumplido dichos fines. A fuerza de ser coherente y equitativo, el legislador debió, en el mismo caso, prever la pena de expatriación del nacional que cometa el delito de tráfico ilícito de drogas. Solución que, ciertamente, hubiera sido inviable, pues ningún otro Estado aceptaría recibir narcotraficantes.

²⁶ Para VILLAVICENCIO (p. 171, nota 7) la aceptación de la mixtura de los criterios de lo que él denomina “teoría unificadora aditiva de la pena ” hizo posible probablemente la introducción de esta pena.

²⁷ *Exposición de motivos del Código penal de 1991*, edición oficial, p. 9.

Es incomprensible, por otro lado, que la función de resocialización de la pena privativa de libertad previamente cumplida, se contradiga **(p. 86)** posteriormente con la expulsión del extranjero que tiene ciertos vínculos de integración al país²⁸. Tampoco es aceptable la duración indeterminada de esta pena. Hubiera sido más razonable que el legislador optara por dejar a la legislación de extranjería la regulación de dicha medida. En la legislación comparada, se justifica la expulsión como sanción administrativa vinculada a la comisión de un delito. Pero en este caso su duración es proporcional a la gravedad de la infracción cometida y su finalidad es diferente: garantizar la seguridad de los habitantes del Estado de donde el condenado es expulsado.

La pena de expatriación de nacionales constituye igualmente una innovación infeliz del legislador. Su dudosa constitucionalidad y su clara incompatibilidad con el derecho internacional ha sido relevada unánimemente por los autores nacionales²⁹. Al margen de su incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe que nadie puede ser expulsado del territorio del cual es nacional, ni ser privado de ingresar en el mismo, cabría también evaluar constitucionalmente su legitimidad. Como su nombre lo indica, las penas restrictivas de la libertad implican una restricción sustantiva a la libertad de residencia en todas sus manifestaciones: la posibilidad de establecerse en el territorio nacional, de transitar y de entrar en todo tiempo (art. 2, inc. 11 Const.). Como todo derecho fundamental, la libertad de residencia está sujeta a restricciones. En este sentido, la Constitución establece como limitaciones de su ejercicio razones de sanidad, mandato judicial o la aplicación de la ley de extranjería (D Leg 703). La concretización de estas restricciones está sin embargo sujeta al examen de tres condiciones: un interés público predominante, una base **(p. 87)** legal suficiente, y la observancia de la proporcionalidad de la medida. Estas condiciones difícilmente se cumplen en la manera como han sido reguladas estas penas: el interés público de expulsar a un extranjero que ha cometido un delito puede ciertamente existir y prevalecer sobre el interés del condenado de permanecer en el territorio nacional, pero difícilmente puede sostenerse que una expulsión indeterminada satisfaga las exigencias del principio de legalidad, ni mucho menos del principio de proporcionalidad.

No puede existir interés público preferente en expatriar a un nacional luego de que éste haya purgado 15 o 20 años de privación de libertad. Tampoco puede sostenerse que la expatriación sea una pena adecuada al fin de prevención especial negativa. Pues si de lo que se trata es de evitar que el nacional vuelva a coludirse con un Estado extranjero, no se percibe de qué manera se atenúa o desaparece dicho riesgo expulsándolo del territorio nacional. No existe, finalmente, una justificación moral para que el Estado se deshaga de sus nacionales que han cometido un delito en su territorio. El principio de personalidad, que hace posible la extradición activa de los nacionales, contradice precisamente la razón de ser de esta pena.

3. Penas limitativas de derechos

Dentro de las penas limitativas de derechos se encuentran consideradas, por un lado, las nuevas penas de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y, por otro lado, la pena de inhabilitación (art. 31).

El primer problema que ha de enfrentarse en la revisión de estas penas es el de su denominación. El título adoptado para denominarlas no resulta muy funcional para dar cuenta de su contenido. Al regularlas como una categoría independiente de las penas privativas y restrictivas de libertad, el legislador asume que existe una diferencia cualitativa entre los bienes jurídicos afectados con estas

²⁸ De manera menos chocante pero igualmente criticable, el art. 89 del Código penal español prevé la posibilidad de expulsar al penado extranjero no residente legalmente en España en sustitución de penas inferiores a seis años, o superiores a dicho límite, si han cumplido tres cuartas partes de la condena. Críticos en este sentido, VAELLO, E., "El sistema de penas", en *Estudios sobre el nuevo Código Penal de 1995*; DEL ROSAL, B. (ed.), Valencia 1997, p. 32; PRATS, J., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*; QUINTEROS OLIVARES/ VALLE MUÑIZ (ed.), Pamplona 1996, p. 490 s.

²⁹ PRADO, V, p. 59 (nota 7); PEÑA, R., *Tratado de derecho penal*, t. I, Lima 1995, p. 500 s.; BRAMONT ARIAS, L./BRAMONT-ARIAS TORRES, L., *Código penal anotado*, Lima 1995, p. 205; ZUÑIGA, L., "El nuevo Código penal peruano", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 521; VILLAVICENCIO, F., p. 171 (nota 7).

penas. Sin embargo, no existe una frontera claramente delimitada entre la afectación de la libertad y la de los derechos. La primera es concebida como un sinónimo parcial del término derecho³⁰. La libertad constituye una facultad (**p. 88**) natural que tiene toda persona de obrar de una manera o de otra o de abstenerse de obrar. Los derechos, en su acepción subjetiva, no vienen a ser sino los instrumentos establecidos por el ordenamiento jurídico para ejercerla. En consecuencia, la privación o la restricción de la libertad, mediante la imposición de una pena, es igualmente una forma de privar o limitar el ejercicio de un derecho.

Independientemente de este problema formal, lo cierto es que la introducción de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres, así como la ampliación de los alcances de la inhabilitación responden a la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad. En este sentido, el legislador señala que “los elevados gastos que demandan la construcción y sostenimiento de un centro penitenciario, obligan a imaginar nuevas formas de sanciones para los infractores que no amenacen significativamente la paz social y la seguridad colectiva”³¹. A esta ventaja de orden financiero, se agregan otras inherentes a su ejecución no carcelaria: mantenimiento del condenado en el sistema social (disminución de riesgos de pérdida de la socialización), utilidad de la prestación o actividad desarrolladas por el condenado (generación de beneficios sociales), disminución o neutralización de las condiciones generadoras del ilícito (prevención de acuerdo con la situación), concentración de esfuerzos en el tratamiento de los delincuentes llamados residuales (racionalización de objetivos).

Sin embargo, a efecto de no caer en un falso optimismo sobre la viabilidad práctica de las nuevas penas debe evaluarse con prudencia el argumento financiero de la exposición de motivos. Esta percepción puede resultar unilateral, simplista y, por ende, contraproducente en el mediano y largo plazo si es que no se examinan debidamente cuestiones tales como la de su costo real, la programación de su ejecución y sus efectos globales sobre el sistema penal. En todo caso, y a fin de llevar a su exacta dimensión la importancia del criterio económico, tendrían que evaluarse factores tales como: número de sustituciones o conversiones de la pena privativa de libertad, duración de las penas (**p. 89**) sustituidas, tipo de establecimiento en el que tiene lugar la detención, número de procesos a que da lugar la revocación de la conversión, costos marginales de la detención, costos de gestión de las penas limitativas y de mantenimiento y ampliación de los establecimientos penitenciarios³².

La regulación de las penas limitativas de derechos presenta algunos defectos de técnica legislativa que dificultan notablemente la aplicación de las nuevas penas. Así, en el art. 32, se establece que “las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos (prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres) se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como substitutivas de la pena privativa de libertad cuando la sanción substituida a criterio del juez no sea superior a tres años”. Al diferenciarse entre penas autónomas y substitutivas, se amplía aparentemente su función. De esta manera, el legislador se aleja del criterio asumido en el Código penal brasileño, que sirviera de fuente en este ámbito. El legislador brasileño trata ambas características como aspectos de la misma cuestión: las penas son autónomas porque son aplicadas independientemente, pero al mismo tiempo son substitutivas de la pena privativa de libertad³³. Si nuestro legislador quería ir más allá de su homólogo brasileño, previendo específicamente estas penas en la parte especial, hubiera optado por evitar toda confusión terminológica prescindiendo de introducir clasificaciones dogmáticas en la ley y tratando estas modalidades de aplicación como disposiciones independientes.

Un segundo problema es el relativo a la función de estas penas dentro del sistema de sanciones. En este sentido, es de preguntarse si la función substitutiva prevista en el art. 33 es cualitativamente

³⁰ NINO, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona 1983, p. 195.

³¹ *Exposición de motivos del Código penal de 1991*, p. 8.

³² Cf. JUNGER-TAS, J., p. 64 y ss. (nota 21)

³³ En este sentido el art. 44 del Código penal brasileño establece que “Las penas restrictivas de derechos son autónomas y substituyen las penas privativas de libertad”.

diferente de la función prevista en el art. 52 que regula el sistema de conversiones. En efecto, cabe pensar, prima facie, que estas penas pueden, por un lado, sustituir las penas privativas de libertad, de acuerdo con el art. 32 y, por otro lado, convertirlas de acuerdo al art. 52. En realidad, se trata de dos caras de la misma moneda³⁴. En el art. 33 sólo se fija el principio (**p. 90**) general de sustitución, en tanto que en el artículo 52 se precisan los criterios de conversión (llámese sustitución). La razón de esta dificultad interpretativa puede rastrearse desde los inicios del proceso de reforma penal. En el Proyecto 1984 (art. 66) se preveía ya la posibilidad de convertir la pena de prestación de trabajo en favor del Estado. Luego, en los proyectos de 1985 y 1986, se establecía únicamente las condiciones de conversión. Recién en el Proyecto de 1989 se previó que las penas limitativas de derechos podían substituir a la pena privativa de libertad cuando sea inferior a los tres años (art. 36), pero manteniéndose el sistema de conversiones dentro de este límite. Ulteriormente, en el Proyecto de 1990, se estableció la versión definitiva (vigente en el Código penal de 1991). De la misma manera que en las penas restrictivas de libertad, en el Proyecto de enero de 1991 se introdujo una modificación de última hora: se mantuvo el tenor propuesto en el Proyecto anterior, pero se redujo únicamente, en la parte de las conversiones, el límite de tres años a un año.

Se llega así a la situación paradójica que, por un lado, estas penas puedan substituir aparentemente penas privativas de libertad superiores a un año, sin mayores requisitos que el límite de la pena (establecida por el juzgador) y, por otro lado, se puedan convertir penas privativas de libertad con límites cuantitativa y cualitativamente más estrictos (penas no mayores de un año y de carácter conminado). Se trata finalmente, como señala Prado, de un lamentable error que debe ser corregido³⁵. Pero, a diferencia de lo que él parece dejar entrever, la fijación en un año del límite de conversiones del art. 52 no es en realidad un error de redacción, sino de política criminal al restringirse al máximo la aplicabilidad de estas penas como penas substitutivas.

a) Prestación de servicios a la comunidad

Respecto a las características de esta pena cabe hacer algunas precisiones. Primero, el contenido de la prestación realizable por el condenado puede abarcar todo tipo de trabajos, incluido los trabajos (**p. 91**) calificados. De este modo, la amplitud de opciones facilitará la tarea de ejecución. Sería además discriminatorio establecer diferencias entre los trabajos calificados y no calificados. El criterio decisivo para establecer el alcance de las prestaciones susceptibles de ser comprendidas en la ejecución de la pena no es la calidad de la prestación in abstracto, sino las condiciones personales del condenado.

El legislador, fuera de los pocos casos en que prevé esta sanción como pena autónoma, deja en manos del juez la elección de la pena substitutiva de la pena privativa de libertad. Pero la función substitutiva de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está sujeta a criterios jerárquicos que privilegie su aplicación frente a otras penas. El problema que plantea el no ordenamiento jerárquico de las penas substitutivas es cómo puede el juzgador formar su decisión en favor de esta pena sin contar con los elementos necesarios para establecer su idoneidad en el caso concreto. A diferencia de otros países, en los que el órgano de ejecución y control cumple igualmente una función consultativa, antes de la elección de la pena, en el caso nuestro la decisión es más intuitiva. ¿Qué factores decidirán al juez en favor de esta pena y no de una multa o de una pena de limitación de días libres? ¿Tomará en cuenta la solvencia económica del condenado, su aptitud para el trabajo, su experiencia laboral, sus antecedentes, su edad, su conformación psicológica, su grado de integración social o familiar ...? Estos criterios requieren de una información individualizada y especializada que el juzgador no podrá obtener a través del expediente.

Otra característica que ha sido materia de discusión tratándose de esta pena es el consentimiento del condenado. La legislación comparada y la doctrina han considerado indispensable dicho requisito para salvar objeciones relacionadas con la proscripción en los Convenios OIT del trabajo forzado. Hay sin embargo más ficción que realidad en esta salida. La voluntad del condenado es más un

³⁴ VILLAVICENCIO (p. 216 y s., nota 7) se muestra a favor de una aplicación diferenciada de estos dos artículos; es decir, del art. 32 cuando se trate de la pena de prestación de servicios a la comunidad y de limitación de días libres y del art. 52 cuando sea la multa la pena substituta.

³⁵ PRADO, V., p. 88 (nota 7).

eufemismo legislativo frente al garrote de la pena privativa de libertad substitutiva que pende sobre el condenado. Resulta difícil imaginar que alguien prefiera la prisión que realizar un trabajo en favor de la comunidad. Se trata, como dice Vass, de una visión “voluntarista” que ha devenido en un “respetable mito” pues en la práctica no tiene significación alguna³⁶. (p. 92) Lo cierto es que, en el caso de nuestro país, el consentimiento del condenado es más una necesidad de política criminal que una exigencia constitucional. En efecto, frente a la exigencia del art. 23 de la Constitución que establece que nadie está obligado a prestar un trabajo, sin su libre consentimiento, sólo cabría interpretar a contrario dicha disposición para considerar que esta pena requiere lógicamente del acuerdo del condenado. En definitiva, esta condición tiene sentido dentro del marco de los fines de la pena. Es indudable que si se quiere que la pena tenga éxito, se debe contar con la cooperación del delincuente. Imponerle verticalmente la ejecución de una prestación no es el mejor método para intentar integrarlo o para reforzar su responsabilidad social.

La duración de esta pena merece un breve comentario. El máximo de duración de la prestación de servicios a la comunidad se aleja definitivamente del baremo promedio en la legislación comparada. El fijar en 1560 horas el límite máximo de la pena, sin hablar ya de los exorbitantes resultados a los que se llega mediante la conversión (art. 52)*, se contradice con la función de sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración. Al igual que la pena privativa de libertad, la fuerza simbólica o instrumental de la pena de prestación de servicios a la comunidad no está en relación directamente proporcional a su duración sino a su efectividad. En un contexto como el nuestro, en el que no se cuenta aún con la suficiente experiencia en su aplicación y en el que la carencia de recursos es un factor negativo, es mejor concentrarse en la gestión y control de prestaciones de corta duración que pretender realizarlo en periodos prolongados.

La pena de prestación de servicios a la comunidad no ha estado exenta de críticas desde la perspectiva de su legitimidad y viabilidad práctica. Se pone en duda su carácter de pena teniendo en cuenta que el asentimiento del condenado acentúa excesivamente el elemento consensual en el derecho penal³⁷. Sin embargo, el consentimiento del (p. 93) condenado no elimina la necesidad de constatar la culpabilidad por el hecho cometido, ni dificulta la realización de los fines de la pena. En particular, esta pena está asociada a la finalidad de prevención especial puesto que somete al condenado a una especie de “training social”: el contenido educativo subyacente a su ejecución tiene un efecto socialmente integrador.

Esta pena ha sido descalificada así mismo por su carácter infamante. Se la considera incluso más grave que la simple detención dado que expone al condenado a los ojos de la opinión pública. Crítica en realidad excesiva dado que resulta bastante relativa la determinación de qué pena está más expuesta al conocimiento público. El progreso de los sistemas de información no hace necesaria la exposición física del condenado para que éste sea objeto de la crítica social. Además, el efecto infamante, inherente a todo tipo de pena, puede ser limitado si su ejecución se rodea de garantías (proporcionalidad, respeto de la dignidad, prohibición de la arbitrariedad ...).

No han faltado naturales dudas sobre el nivel de aceptación que pueda tener esta pena. Aun cuando las beneficiarias directas sean las instituciones de utilidad pública, queda por constatar el buen comportamiento del condenado. Será posiblemente difícil integrar en programas de ejecución de servicios a la comunidad a condenados por delitos o faltas contra el patrimonio por la explicable desconfianza social que tales infracciones despiertan. No menos dificultosa será la integración de condenados por infracciones violentas. Pero en la implementación de toda medida de política criminal debe pasarse por un proceso de aprendizaje. Es necesario informar e informarse sobre las potencialidades de una nueva institución a efecto de que llegue a insertarse debidamente en el sistema social.

³⁶ VASS citado por JUNG, H., *Sanktionensysteme und Menschenrechte*, Stuttgart 1992, p. 177.

* Cf. en este número, RENART, F., “La pena de trabajo en beneficio de la comunidad desde una perspectiva comparada” (nota del editor).

³⁷ En este sentido, por ejemplo, la SOCIÉTÉ SUISSE DE DROIT PÉNAL (*Révision de la partie générale du Code pénal suisse. Rapport du groupe de travail*, 1994, p. 11) señala que “la aceptación del interesado ...debilita el carácter penal de la sanción y restringe el poder de decisión del juez”.

Es cierto que, en función de la experiencia vivida en otros países, esta pena no reduce a cero la tasa de reincidencia. Aún más, es posible que un déficit en la gestión y control de la pena pueda resultar contraproducente en el mediano plazo. De manera realista debemos asumir con reserva sus bondades. Estas serán una realidad si es que existen programas administrativos mínimamente adecuados y la cobertura financiera suficiente. De lo contrario, el fracaso de esta pena no haría sino dar la razón a quienes sostienen que la diversificación de las medidas amplía la utilización del sistema penal sin jamás reducirlo, (p. 94) puesto que las medidas nuevas en lugar de reemplazar las medidas antiguas simplemente se agregan³⁸.

b) Inhabilitación

El Código de 1991 presenta algunas modificaciones relevantes en el ámbito de la pena de inhabilitación. Por ejemplo, se suprime ciertos supuestos de inhabilitación previstos en el Código derogado como el de la pérdida de la pensión, montepío, y otros ingresos. De esta manera se deja a la legislación administrativa la regulación de las consecuencias derivadas de la comisión de un delito en conexión con estas ventajas de orden pecuniario. Así mismo, es de considerar que el comiso puede funcionar mejor, en el ámbito penal, para regular este tipo de situaciones de obtención ilícita de ganancias.

Dentro de la concepción tendiente a limitar las penas perpetuas y, por tanto, desproporcionadas, el legislador de 1991 sólo consideró penas de inhabilitación temporales. La inhabilitación perpetua y absoluta equivale a la muerte civil del condenado.

Pero frente a la supresión de los supuestos mencionados, se agregó al Código de 1991 otras modalidades de inhabilitación. Acorde con la creación o el aumento de las fuentes de peligro en la vida social, el legislador introdujo, en el art. 36, la suspensión o cancelación del porte o uso de armas de fuego o de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículos. Del mismo modo, dejando de lado el tratamiento de la interdicción civil en el ámbito penal, le dio el carácter de pena a la declaración de incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.

Es difícil, sin embargo, encontrar un denominador común a los ocho casos de inhabilitación del Código vigente. Desde la perspectiva de los fines de la pena resulta complejo conciliar cada modalidad de la inhabilitación con los diversos objetivos previstos en el Código. No puede, por ejemplo, sostenerse que mediante la ejecución de las modalidades de inhabilitación se persiguen objetivos de prevención (p. 95) especial positiva. Su aplicación no tiene más efecto que la limitación, suspensión o privación de un derecho y no la resocialización, en sentido amplio, del inhabilitado.

Tampoco existe una finalidad retributiva en la aplicación de la inhabilitación como pena accesoria. Pues su duración está sujeta a la de la pena principal. La constatación de una de las circunstancias del art. 39, justificantes de la imposición de una pena de inhabilitación a título accesorio (por ejemplo, abuso de autoridad, de profesión, oficio, o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, patria potestad ...), constituye un requisito adicional al momento de individualizar la pena, pero que está determinada por los límites mínimo y máximo de la pena principal.

Habría que preguntarse entonces si la existencia de penas accesorias, como en el presente caso, son aún válidas en la política criminal moderna y si son compatibles con la aceptación de una pena con diversas funciones. No pueden cumplir una función preventiva general si están refundidas en la aplicación de la pena principal y, por ende, son poco notables. Tampoco cabe aplicarlas con posterioridad al cumplimiento de la pena principal pues de lo contrario serían penas acumuladas³⁹.

Lo cierto es que en la imposición de las penas de inhabilitación la finalidad básica es la protección de la sociedad, reduciendo o suprimiendo los riesgos derivados del goce o ejercicio del derecho afectado. Esta función protectora de la pena se pone en evidencia, por ejemplo, en la suspensión o

³⁸ KELLENS, G., "Le projet suisse de réforme des sanctions pénales en perspective internationale", Bauhofer/Bolle (eds), en *Reform der Strafrechtlichen Sanktionen*, 1993, p. 49.

³⁹ Una valoración crítica de las penas accesorias en FIGUEIREDO, J., p. 177 y ss. (nota 7).

cancelación de la autorización de portar o hacer uso de armas de fuego o de conducir vehículos. La inhabilitación se inscribe pues dentro de la concepción de la denominada prevención de acuerdo con la situación (reducción o supresión de las ocasiones de comisión de nuevos ilícitos penales).

Una rápida revisión de las modalidades particulares de inhabilitación previstas en el art. 36 del Código penal nos permite hacer las siguientes consideraciones:

a. La privación de función, cargo o comisión (inc. 1), retomada ad integrum del Código derogado sólo tiene por destinatario el **(p. 96)** funcionario o servidor público o una persona que sin ostentar tal calidad se desempeña en un puesto público. La pérdida de la función, cargo o comisión implica la privación tanto del goce como del ejercicio de éstos. A diferencia de otras legislaciones, como la española, en el Código vigente no se considera como un supuesto distinto y autónomo la suspensión de empleo o cargo público (art. 43 CPE). Este último es considerado, en la legislación española, como un supuesto diferenciado de la inhabilitación especial⁴⁰. Siendo una inhabilitación específica, el juzgador debe señalar clara y expresamente la función, el cargo, o la comisión que es objeto de la inhabilitación.

b. El legislador de 1991 decidió tratar separadamente la incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos o comisiones de carácter público (inc. 2) del caso anterior. De este modo resulta más mesurado, desde de la perspectiva de la individualización de la pena, el tratamiento diferenciado de la privación de la función - latu sensu - adquirida y de la incapacidad para obtenerla en el futuro. De modo que es algo artificiosa la distinción que se hace de ambas categorías, señalando que "la privación supone la perpetua extinción de la relación del sujeto con determinados derechos o actividades, mientras que la incapacidad tiene una eficacia temporal limitada al tiempo de la condena"⁴¹. La perpetuidad de la privación es incompatible con el carácter temporal de la pena de inhabilitación en el Código vigente (arts. 38 y 39 CP).

Queda abierta la cuestión de si la incapacidad o la privación recaen sobre los mismos objetos o por el contrario, la diferenciación asumida responde a la diversa amplitud de la inhabilitación en uno u otro caso. Por un lado, en el caso de la privación se hace alusión a la privación de la "función" mientras que en el caso de la incapacidad se menciona la incapacidad para obtener un "mandato". Matiz en todo caso introducido a última hora, pues ni siquiera el Proyecto de enero de 1991 lo **(p. 97)** contemplaba. Por otro lado, el inc. 2 del art. 36 agrega a la incapacidad para obtener un mandato, cargo o comisión públicas, la imposibilidad de obtener un "empleo".

Aun cuando sea aparentemente más amplio el alcance de la incapacidad, es también de precisar en la sentencia condenatoria cuál es la función lato sensu sobre la que recae la incapacidad⁴². El carácter disyuntivo de la norma en cuestión exige tal interpretación.

c. El legislador de 1991 no desarrolló el mandato de la entonces vigente Constitución de 1979 que señalaba, como se reproduce literalmente en la Constitución de 1993, la suspensión de la ciudadanía por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. En el art. 33, inc. 3 de la Constitución vigente se invierte la fórmula diciendo que la "inhabilitación producirá ... 3º suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia". Tenor uniformemente mantenido a lo largo del proceso de reforma penal, salvo el Proyecto de 1984 que prescribía la suspensión de los derechos políticos en general. De todos modos, la fórmula actual sigue siendo excesiva porque puede comprender no sólo el derecho de ser elegido (más amplio que la incapacidad del inc. 2), sino además el derecho de elegir. Derecho que por ser el más elemental en la participación en la vida democrática del país, no puede ser negado a ningún ciudadano. Es aquí donde los fines de la pena pierden todo sentido, saliendo a relucir más bien su carácter infamante.

⁴⁰ Cf. GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA, M. A./ ALASTUEY, M., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia 1996, p. 125 y s.

⁴¹ Cf. BRAMONT ARIAS, L./BRAMONT ARIAS TORRES, L. p. 211 y s. (nota 30).

⁴² En este sentido GRACIA MARTÍN, L./ BOLDOVA, M. A./ ALASTUEY, M., p. 120 (nota 42).

d. Con relación a la incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia (inc. 4), sólo debemos relevar el tratamiento uniforme de esta incapacidad durante la reforma: el juzgador debe precisar el tipo de profesión, comercio, arte o industria, objeto de la inhabilitación. Ha de establecerse un nexo de determinación entre la violación del deber de profesión, comercio, arte o industria y la consecuencia jurídico penal. De otro modo, la sanción será desproporcionada, criminógena (condena al hambre) e impropia en su finalidad de aseguramiento.

(p. 98) e. La incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela (inc. 5) tiene dos alcances distintos. Primero, si la incapacidad recae sobre el ejercicio de la patria potestad, por extensión motivada por las normas civiles, alcanza igualmente el ejercicio de la tutela y curatela (arts. 515 y 568 CC). Pero, segundo, la suspensión de cualquiera de estos dos últimos no implica necesariamente una suspensión de la patria potestad. Es cierto que la violación del deber de confianza en la tutela o curatela puede justificar el temor sobre la aptitud del condenado para ejercer la patria potestad. En todo caso, el juez debe motivar debidamente la extensión de esta modalidad de inhabilitación..

f. Respecto a la suspensión y cancelación de la autorización para portar armas o hacer uso de armas de fuego (inc. 6), las críticas de Boldova Pasamar⁴³ al Código Penal español son pertinentes en nuestro país. Retomando sus observaciones debemos llamar la atención del hecho que no se haya previsto esta forma de inhabilitación en los delitos en los que son evidentes el nexo causal entre el comportamiento delictivo y la consecuencia jurídica (por ejemplo, art. 279 del CP, tenencia ilícita de armas). Ciertamente, la dureza de la pena privativa de libertad prevista para este caso (3 a 10 años)⁴⁴ podría hacer pensar que una inhabilitación adicional es superflua. Igualmente, se puede recurrir a las disposiciones administrativas, así como al comiso de los objetos del delito. Pero esta forma de inhabilitación es más amplia en sus efectos preventivos si es considerada como pena.

Además, resulta incomprensible que el legislador prevea esta pena tratándose de un delito de homicidio culposo (art. 111 CP), y por el contrario omita preverlo para el caso de un homicidio doloso (más aún si el arma fue el medio utilizado).

g. Es indudable la pertinencia y la conveniencia político criminal de la suspensión o cancelación de la autorización para conducir **(p. 99)** cualquier tipo de vehículo (inc. 7). Lo mismo podemos señalar de su aplicación, como pena accesoria, en el caso de los delitos culposos de tránsito (art. 40). Sin embargo, debemos formular tres observaciones. Primero, el legislador ha creado una categoría de delitos que ha decidido llamar "delitos de tránsito". ¿En aras del respeto al principio de legalidad no hubiera sido más propio adoptar un criterio taxativo designando los tipos legales que caen bajo esta noción? Segundo, como en el inciso anterior, el legislador prohíbe lo menos pero permite lo más: sanciona con una pena adicional las conductas culposas, pero deja de lado las conductas dolosas que tengan como instrumento delictivo un vehículo. Piénsese por ejemplo en un delito de omisión de prestar auxilios necesarios (art. 127 CP), de huida después de haber herido o incapacitado a una persona (art. 126 CP), o simplemente el hurto de uso de un vehículo (art. 187 CP). La formula adoptada en el Anteproyecto de la parte general del Código penal suizo es, en todo caso, más adecuada⁴⁵. Tercero, el legislador se queda corto previendo únicamente la suspensión o cancelación de las autorizaciones ya concedidas. Le hubiera dado un mayor alcance preventivo a esta modalidad de inhabilitación si contemplaba también la incapacidad para obtener la autorización.

⁴³ Id., p. 129 (nota 42).

⁴⁴ Posteriormente, mediante la promulgación del D Leg 761, de 14.11.1991, se previó esta forma de inhabilitación, pero sólo respecto del delito de posesión ilegal de armas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

⁴⁵ En el art. 47, literal b del Anteproyecto de Código penal suizo se prevé dicha inhabilitación en caso de delitos dolosos: "...cuando el autor...ha sustraído un vehículo con la intención de utilizarlo o ha conducido, a sabiendas, un vehículo hurtado".

IV. Conclusión

Esta rápida revisión de nuestro sistema de penas nos ha servido para mostrar los avances pero también los límites de una de un sistema concebido como un mosaico. La constatación de múltiples incoherencias evidencian la complejidad en la tarea de hacer un sistema diversificado, jerarquizado, con múltiples funciones y respetuoso de las garantías de un Estado liberal y de derecho.

Si bien los autores del Código penal vigente se preocuparon por enriquecer el arsenal de sanciones recurriendo a otras modalidades de punición, lo cierto es que la pena privativa de libertad sigue **(p. 100)** conservando su importancia en el sistema. Las nuevas penas diseñadas como alternativas a la privación de libertad son el producto de una hipótesis de trabajo falsa: la introducción de nuevas penas puede influir en la atenuación de la severidad, inherente a las penas privativas de libertad. La falsedad de la hipótesis radica en el hecho que si las penas privativas de libertad tienen, en la parte especial, mínimos altos, penas como la prestación de servicio a la comunidad o la limitación de días libres no pueden funcionar como verdaderas alternativas.

A esta dificultad se aúna el hecho que aun las nuevas penas puedan adquirir las características de penas de larga duración, imponibles sin ningún criterio racional y dentro de la total incertidumbre. La pena concebida de manera polivalente en la parte general del Código se ve confrontada con penas tan desconcertantes como la expatriación de nacionales.

A pesar de todo, el modelo original del Código de 1991 trajo consigo algunas innovaciones interesantes y que relativizaron, teóricamente, la importancia de la multa como segunda pena, después de la pena privativa de libertad. El reto consiste en determinar en qué medida serán capaces, en la práctica, de hacer posible dicho objetivo.