



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POST GRADO
MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS:

**“La pena de multa en los juzgados penales
unipersonales de la ciudad de Chiclayo”**

Presentada por:

Abog. Vásquez Ruiz, Marisol

**Para optar el grado académico de maestra en derecho con
mención en ciencias penales**

Asesor:

Dr. Delgado Paredes, Francisco Santiago

Lambayeque, 2018

Tesis denominada “La pena de multa en los juzgados penales unipersonales de la ciudad de Chiclayo”, presentada para optar el grado académico de maestra, por:

.....
Abog. MARISOL VASQUEZ RUIZ
AUTORA

.....
Dr. FRANCISCO S. DELGADO PAREDES
ASESOR

Aprobado por:

.....
PRESIDENTE

.....
MIEMBRO

.....
VOCAL

DEDICATORIA

*Con todo el cariño, admiración y respeto hacia un ser maravilloso, ejemplo de virtud y sabiduría, **mi padre**, que desde el regazo de Dios vela por mi bienestar.*

AGRADECIMIENTO

A todas las personas que hicieron posible la cristalización de esta meta tan importante en mi carrera profesional, en especial a mi asesor y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

INDICE

Contenido

CAPITULO II.....	24
LA PENA, DETERMINACION, FUNCION Y TEORIAS.....	24
LA PENA, DETERMINACION, FUNCION Y TEORIAS.....	24
2.1. CONCEPTO DE LA PENA	24
2.2. DETERMINACION DE LA PENA.....	27
2.2.1. Criterios de Determinación del a Pena.....	29
2.2.2.- Sistema de tercios en la determinación judicial de la pena.	31
2.3. LA FUNCION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL.	34
2.3.1. La Función de la Pena en el Código Penal Peruano.	35
2.4. TEORIAS DE LA PENA.	37
2.4.1. Teoría de la Retribución o Absolutas.....	38
2.4.2. Teorías de la Prevención o Relativas.....	45
2.4.3. Teorías de la Unión, Mixtas o Eclécticas.....	60
2.5. Por su Autonomía:	69
2.6. Por el Bien Jurídico Afectado:	69
2.7. Por su Gravedad:	69
2.8. CLASES DE PENAS SEGÚN CODIGO PENAL DE 1991.	71
2.8.1. Pena Privativa de Libertad.....	71
2.8.2. Pena Restrictiva de Libertad.....	74
2.8.3. Penas Limitativas de Derechos.....	77
2.8.4. Pena de Multa.....	91
CAPITULO III:.....	97
LA PENA DE MULTA	97
3.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.	97
3.2. EVOLUCION LEGISLATIVA.	106
3.3. CONCEPTO DE PENA DE MULTA.....	110
3.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA MULTA.	118
3.5. CLASES DE PENA DE MULTA	121
3.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MULTA.....	123
3.6.1. Ventajas.....	123
3.6.2. Desventajas:.....	126
3.7. PRESUPUESTO ECONÓMICO DE LA MULTA.....	129
3.8. LA REGLAMENTACION DE LA MULTA.....	130
3.9. EL SISTEMA DE DIAS MULTA.	132
3.9.1. Problemas Específicos De La Aplicación del Sistema De Días-Multa a Determinadas.....	132

3.9.2.	Determinación de la sanción de multa en función al sistema de tercios de la pena.	135
3.9.3.	Impago de la Multa.....	137
3.9.4.	Conversión de la Multa en Pena Privativa de la Libertad.	138
3.10.	LA MULTA EN NUESTRO DERECHO PENAL VIGENTE.....	142
3.11.	PENA DE MULTA EN LA LEGISLACION COMPARADA.	146
3.11.1.	La Pena de Multa en el Derecho Penal Español:	146
3.11.2.	La Pena de Multa en el Derecho Penal Argentino:.....	148
CAPITULO IV		151
ANALISIS Y RESULTADOS		151
4.1.	Descripción Del Trabajo De Campo Realizado	151
4.2.	Resultado de Opinión de Especialistas en Derecho Penal.....	151
4.3.	Resultado de Análisis de Sentencias	156
CAPITULO V.....		160
CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS		160
CONCLUSIONES		163

RESUMEN

Es un criterio aceptable que la aplicación de la multa debe estar determinada por la capacidad económica por quien la ha de cubrir. En el tránsito de su aplicación o ejecución, nos encontramos con diferentes aristas que hacen prever que se trata de un problema cuya determinación está definida tanto por su naturaleza jurídica cuanto por el criterio técnico jurídico jurisdiccional al momento de su configuración como tal.

En tal sentido resulta prudente hacer el análisis de esta realidad en cada uno de estos aspectos, inicialmente deberemos accionar respecto a la valoración de la capacidad económica de los imputados, a quienes se les impondrá la pena de multa en mención, con la intención de verificar la eficacia del protocolo a seguir para tal fin.

Todo esto nos permitirá establecer los parámetros que nos conduzcan a arribar al puerto en el que estaremos en capacidad de definir si la pena de multa en principio resulta aplicable y luego determinar la eficacia para cumplir los fines jurídicos que atañen a la pena, básicamente el retributivo y el preventivo en su conjunto.

ABSTRACT

It is an acceptable criterion that the application of the fine must be determined by the economic capacity of the person who will cover it. In the transit of its application or execution, we are faced with different aspects that make it possible to predict that this is a problem whose determination is defined both by its legal nature and by the juridical legal technical criterion at the time of its configuration as such.

In this sense, it is prudent to analyze this reality in each of these aspects, initially we must act with respect to the assessment of the economic capacity of the accused who will be imposed the penalty of a fine in order to verify the Effectiveness of the protocol to be followed for this purpose.

All this will allow us to establish the parameters that lead us to arrive at the port where we will be able to define if the penalty of fine in principle is applicable and then determine the effectiveness to meet the legal purposes that concern the penalty, basically the remuneration And the preventive as a whole.

INTRODUCCION

La presente investigación tiene su desarrollo en el distrito judicial de Lambayeque, generada con la intención de verificar la aplicación de la multa como una pena principal, observando las aristas que hacen prever que se trata de un problema cuya determinación está definida tanto por su naturaleza jurídica cuanto por el criterio técnico jurídico jurisdiccional al momento de su configuración como tal.

Se ha iniciado la labor con el análisis respecto a la valoración de la capacidad económica de los imputados a quienes se les impondrá la pena de multa en mención, con la intención de verificar la eficacia del protocolo a seguir para tal fin, se verificaron además los argumentos que basan las decisiones jurisdiccionales, esto es la argumentación jurídica como criterio jurisdiccional tomado por los juzgadores que han tenido bajo su responsabilidad la determinación de la pena.

Ya con esa configuración se han determinado los parámetros que permiten definir la pena de multa como aplicable y luego eficaz para cumplir los fines jurídicos que atañen a la pena, básicamente el retributivo y el preventivo en su conjunto, en función a la teoría mixta o consensualista.

Todo ello se ha logrado establecer mediante la elaboración de los capítulos que componen la investigación, esto es en el Primer Capítulo se describe la estructura metodológica que condujo a la obtención de las metas trazadas.

En el Segundo Capítulo se ha descrito a la Pena, su determinación y funciones a través de las distintas teorías planteadas por la doctrina jurídica, lo que ha permitido encuadrar adecuadamente el concepto a tomarse en cuenta.

Ya en una sección correspondiente al Tercer Capítulo se desarrolla el concepto específico de la pena de multa, haciendo un recuento histórico en la legislación nacional para establecer su concepción mas apropiada.

Seguidamente tomamos el camino hacia la configuración de los resultados a través del análisis de los mismos, desde el aspecto del trabajo de campo recogiendo la opinión de los operadores jurídicos, así como el análisis de sentencias emitidas por los Juzgados unipersonales de la ciudad de Chiclayo.

Finalmente se ha plasmado en el Capítulo Quinto la contrastación de la hipótesis, con cuyo resultado estamos en posición de establecer las conclusiones y recomendaciones que delimiten la postura de los

CAPITULO I: ASPECTOS METOLÓGICOS

I. ASPECTOS METODOLOGICOS.

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema.

El investigador se enfrenta a una situación o problema de la realidad y establece una relación entre esta problemática con sus intereses y motivaciones para estudiar algún aspecto de la misma.

En el distrito judicial de Lambayeque, es de fácil verificación que la aplicación de la multa es una pena cuya aplicación debe estar determinada por la capacidad económica por quien la ha de cubrir. En el tránsito de su aplicación o ejecución, nos encontramos con diferentes aristas que hacen prever que se trata de un problema cuya determinación está definida tanto por su naturaleza jurídica cuanto por el criterio técnico jurídico jurisdiccional al momento de su configuración como tal.

En tal sentido resulta prudente hacer el análisis de esta realidad en cada uno de estos aspectos, inicialmente deberemos accionar respecto a la valoración de la

capacidad económica de los imputados a quienes se les impondrá la pena de multa en mención, con la intención de verificar la eficacia del protocolo a seguir para tal fin.

Seguidamente, hemos de analizar los argumentos que basan las decisiones jurisdiccionales, esto es la argumentación jurídica como criterio jurisdiccional tomado por los juzgadores que han tenido bajo su responsabilidad la determinación de la pena, con el fin de verificar si la aplicación de la pena de multa y su importe están gradados acorde a la realidad del imputado.

Todo esto nos permitirá establecer los parámetros que nos conduzcan a arribar al puerto en el que estaremos en capacidad de definir si la pena de multa en principio resulta aplicable y luego determinar la eficacia para cumplir los fines jurídicos que atañen a la pena, básicamente el retributivo y el preventivo en su conjunto, en función a la teoría mixta o consensualista.

Ya descrita la realidad problemática que abordará nuestra labor académica, estamos en posición de poder establecer un planteamiento exacto de lo que pretendemos demostrar. Así nos centramos en la idea de que la multa es una pena destinada, sobre todo, a ser aplicada en los casos en que el procesado tiene capacidad económica para soportarla. Esto como criterio general de la capacidad de ser sometido a una pena.

Esta pierde sentido y eficacia cuando es impuesta a quien carece de dicha capacidad económica. En este caso, será sentida como una doble injusticia social: agravación de la desigualdad social por razones económicas. La no aplicación de la multa a quienes carecen de medios financieros suficientes para cubrir sus necesidades básicas, siendo el único medio para evitar que sea convertida en otra pena privativa de derechos.

Resultaría entonces más prudente interrogarse ¿generar la previsión de la aplicación de otras penas para excluir la pena privativa de libertad resulta efectivo? En que ayudaría una respuesta positiva a la interrogante, toda vez que el derecho penal o la pena como tal debe cumplir con su finalidad.

Entonces, surge otro cuestionamiento, a nuestro parecer y es ¿Cómo resultaría apropiado establecer la pena de multa como sanción a un imputado? Desde luego en el entendido caso de que ha de evitarse a toda costa la vulneración de sus derechos fundamentales, básicamente en el sentido de que es posible entender una discriminación por condición económica o estatus.

Ya en este plano, nos tocaría plantear el problema en dirección hacia el análisis del criterio técnico jurídico de quien la define como apropiada a imponer, verificar la

acción argumentativa jurisdiccional, con el afán de establecer lo apropiado o inapropiado de su selección.

Es decir, tenemos una nueva interrogante que bien podría plantearse como ¿cuán eficiente es el criterio técnico jurídico que conlleva a la aplicación de la pena de multa? Así esta interrogante nos llevará a revisar las sentencias emitidas por los juzgados Penales Unipersonales en los que se haya definido la aplicación de esta pena convertida a sanción pecuniaria.

En ese orden de ideas nuestra investigación aborda como planteamiento del problema la necesidad de verificar la eficacia de la norma que establece la pena de multa en función a la eficiencia de los criterios técnicos jurídicos aplicados en las sentencias de los juzgados Penales Unipersonales de la provincia de Chiclayo del distrito judicial de Lambayeque.

1.2. Formulación del problema.

¿CÓMO SE PUEDE DEMOSTRAR LA EFICACIA DE LA NORMA QUE REGULA LA PENA DE MULTA, EN FUNCIÓN A LA EFICIENCIA DEL CRITERIO TECNICO JURIDICO APLICADO EN LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS PENALES UNIPERSONALES DE LA PROVINCIA DE CHICLAYO DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación e importancia del estudio.

Es necesario, asimismo, que se lleguen a explicar las razones por las cuales resulta conveniente realizar la investigación, y ello consiste básicamente en establecer ¿Por qué? Y ¿Para qué? Se investiga. Así la justificación del problema debe siempre surgir a partir de preguntas, podríamos decir que cuanto mayor número de respuestas se conteste positiva y satisfactoriamente, la investigación tendrá bases más sólidas para justificar su realización. En consecuencia, ella permite establecer en términos concretos la importancia de la investigación, la trascendencia de la misma. Sin embargo, es muy difícil que una investigación pueda responder positivamente a todas estas interrogantes; algunas veces, basta con cumplir uno o dos de estos criterios. Entonces, es imprescindible aclarar las razones por lo que se acomete la investigación, pero no sólo para llenar un requisito formal administrativo, sino por lo que sentimos íntimamente. (RAMOS NUÑEZ, 2007).

En ese orden de ideas, estamos en la postura de poder indicar que nuestra investigación está

motivada por la necesidad de poner al descubierto la real situación jurisdiccional en la aplicación de la pena de multa, verificar inicialmente si tal aplicación se está realizando de una manera eficiente por parte de los juzgadores, si la motivación encuentra esa armonía argumentativa que requiere del equilibrio entre el derecho como norma y la justicia como equidad.

Comprobación que de resultar negativa respecto de la eficacia en mención, tendría que pasar al otro nivel del desarrollo de nuestra investigación que encontramos justificada por su importancia en tanto el aporte que se estudiara como tal y en cuanto al efecto social que desembocará al propiciar un contexto de equilibrio; específicamente nos referiremos a la búsqueda de las razones que generan esa ineficacia observada, las mismas que al ser ubicadas colocaremos en un plano de análisis con el fin de obtener una fórmula jurídica que garantice en buena cuenta la solución al problema de la eficacia de la aplicación de la pena de multa en el proceso penal peruano.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

- Determinar si se puede demostrar la eficacia de la pena de multa en función a la eficiencia del criterio técnico jurídico aplicado en las sentencias de los juzgados Penales Unipersonales del distrito judicial de Lambayeque.

1.4.2. Objetivos Específicos.

- Desarrollar doctrinariamente la teoría de la pena en forma general y de manera específica la sub teoría de la pena de multa en su contexto internacional y nacional.
- Analizar el criterio técnico jurídico que argumenta las sentencias sobre imposición de la pena de multa en los juzgados Penales Unipersonales del distrito judicial de Lambayeque.
- Verificar el criterio de gradación de la pena de multa en las sentencias de los juzgados Penales Unipersonales del distrito judicial de

Lambayeque.

- Establecer si existe la necesidad de reformar la norma al punto de conseguir su eficiente imposición y su eficaz ejecución.

1.5. Hipótesis.

Si, el criterio técnico jurídico aplicado en las sentencias de los juzgados Penales Unipersonales del distrito judicial de Lambayeque es ineficiente; entonces, estará demostrado que la norma que regula la pena de multa es ineficaz.

1.6. Variables.

1.6.1.Variable independiente.

La eficacia de la norma jurídica que sanciona la pena de multa.

1.6.2.Variable dependiente.

La eficiencia del criterio jurídico aplicado para argumentar las sentencias en los juzgados Penales Unipersonales en el distrito Judicial de Lambayeque.

1.7. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.7.1. Métodos.

En nuestra investigación haremos uso de los siguientes métodos, que nos permitirán desarrollar la observación de una forma adecuada y sistemática, así tenemos:

- a. Método exegético jurídico. - Este método será aplicado para interpretar el sentido de las normas recopiladas, de manera especial aquellas que regulan el Sistema de Penas de Multa, que luego de ser analizadas y se buscará confrontar con la realidad nacional y regional, permitiendo obtener cifras como resultados, en base a las cuales podrá contrastarse la hipótesis planteada.
- b. Método sistemático jurídico. - Este método podrá ser empleado para realizar un análisis conjunto e interrelacionado de nuestro ordenamiento jurídico, Penal, lo cual nos permitirá arribar a la mejor conclusión del informe de investigación.
- c. Método hipotético deductivo. - Al emplear el método hipotético deductivo podremos

verificar su apoyo metodológico al momento de elaborar la hipótesis de trabajo, y en el transcurso de la investigación para realizar un correcto estudio del tema abordado desde comprender su naturaleza hasta llegar a sus manifestaciones específicas para casos concretos.

- d. Método inductivo. - La aplicación de este método nos permitirá analizar el material de estudio, el mismo que ha de servir de base para demostrar la hipótesis de trabajo, así como para la elaboración de las conclusiones y recomendaciones finales.
- e. Método histórico.- Consideramos importante la aplicación del presente método toda vez que permitirá estudiar la evolución del sistema de Penas de Multa, observando el nivel de eficacia de la norma y el de la aplicación jurisdiccional como labor eficiente; esto es, tanto a nivel nacional como en ámbito del derecho comparado, a efectos de examinar su regulación y aplicación, para un mejor entendimiento y de este modo arribar al resultado final de la investigación realizada, que desde luego se proyecta en generar un aporte valioso para la configuración un sistema adecuado que genere seguridad jurídica y favorezca al equilibrio social.

1.7.2. Técnicas.

En el desarrollo de nuestro tema, haremos uso de las técnicas de recolección de la información que nos permita establecer los parámetros con los que se definirá nuestra propuesta, permitiéndonos plantear al final las propuestas en función a los resultados

a.- Análisis Documental - Se utilizarán fichas bibliográficas, fichas de investigación documental, etc., con lo cual se van a obtener datos de los archivos de fuentes documentales, de textos que se hayan publicado en materia de Derecho Penal y Procesal Penal, específicamente respecto al sistema de transferencia de la propiedad inmueble.

b.- Observación. - Se utilizará la guía de observación, con la cual se va a observar la realidad socio jurídica que resulta de la aplicación del sistema de Pena de Multa, la eficacia de la norma para brindar seguridad jurídica, la eficiencia en la aplicación jurisdiccional de las multas; todo esto con el fin de verificar su esencia jurídica, la forma de su aplicación y finalmente su relevancia.

c.- Entrevista. - Se empleará la guía de entrevista; la cual será aplicada a personas que conocen el tema materia de observación, integrando a operadores jurídicos, jueces de los juzgados Penales Unipersonales, quienes verterán sus opiniones respecto de la problemática de la aplicación de las penas de multa en el distrito judicial de Lambayeque, específicamente en la ciudad de Chiclayo.

d.- Encuesta. -Se empleará un cuestionario, el cual podría ser aplicado a los abogados de la ciudad de Chiclayo a efectos de verificar la opinión sobre la experiencia, buscando obtener la postura media respecto a su eficacia y la opción de establecerle parámetros específicos al sistema de pena de multa.

1.7.3. Instrumentos.

Los instrumentos son los medios auxiliares para recoger y registrar los datos obtenidos a través de las técnicas.

a.- La Ficha. - Es un instrumento que se utiliza en la técnica del fichaje, y servirá para localizar las fuentes y también para almacenar la información que se va obteniendo durante la investigación.

b.- La Guía de Observación. - Instrumento que

se utiliza en la técnica de la observación, y servirá para realizar una observación directa no participante del objeto materia de investigación.

c.- La Guía de Entrevista. - Es un instrumento que se utiliza en la técnica de la entrevista, y consistirá en un conjunto de preguntas que se elaborarán para que sirvan de orientación en el dialogo que se debe tener con los entrevistados que son los conocedores del tema.

d.- El Cuestionario. - Este instrumento se emplea en la técnica de la encuesta, y servirá para recoger información de opinión de los abogados de la ciudad de Chiclayo, la cual tendrá una muestra de 100 individuos.

CAPITULO II

LA PENA, DETERMINACION, FUNCION Y TEORIAS

LA PENA, DETERMINACION, FUNCION Y TEORIAS

Como es de suponer en el contexto de nuestra investigación, se hace necesario recurrir al apoyo de la doctrina con el fin de cimentar los conocimientos que definen nuestro principal eje temático como lo es la teoría de la Pena, tal cual lo reflejamos en nuestro objetivo específico primero, desarrollaremos en el presente apartado lo concerniente a las definiciones que nos acerquen a conceptualizar adecuadamente.

2.1. CONCEPTO DE LA PENA

Nos remontaremos al origen etimológico, haciendo notar que el vocablo pena es sinónimo de castigo, en general, indica el dolor, el sufrimiento que se infringe a quien ha violado un mandato, su carácter esencial es la aflicción, por lo que, una pena no aflictiva constituye una verdadera “Contradictio in terminis”¹. De lo que se deduce que “(...) la pena es un mal jurídico con que se amenaza a todas las personas, aplicado precisamente a los que delinquen, en calidad de retribución del acto delictivo cometido, pero con el fin de impedir la comisión de delitos”². Por otra parte, la palabra “pena”, deriva del latín poena y del griego poiné, denota el dolor físico y moral que se impone al trasgresor de una Ley³.

¹ ANTOLISEI, Francesco. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá. 1988. Pág. 483-495.

² PEÑA CABRERA, Raúl. “Derecho Penal Peruano. Parte General”. Primera Edición. Lima. 1977. Pág. 301-302

³ ANTOLISEI. Francisco ob. Cit. Pág. 497

Así, un estado que debe concentrar sus fuerzas para el aseguramiento de su existencia, "...por ejemplo, en una guerra, empleara la pena de tal modo que a corto plazo le garantice su eficacia vía el empleo de penas severas; mientras que en un Estado sin problemas agudos de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo, para conseguir a largo plazo, la paz interna. Por lo que, lo señalado se refiere a la comprensión del sentido del orden, de la cual dependerá que se entienda por pena, siendo que, desde la teoría de los conflictos, se entera como tal el medio de lucha de la clase social dominante o como medio defensa frente a pretensiones de dominio ilegítimas o intempestivas"⁴.

CHOCLAN MONATALVO nos refiere que la pena es una consecuencia jurídico- penal del delito, la más importante, junto a la medida de seguridad. Por su parte, ZUGALDIA ESPINAR, expone los dos medios con que cuenta el derecho penal para cumplir sus fines:

- a) La pena, conceptuada como un castigo fundamento en la culpabilidad del autor, de esencia retributiva, y orientada en la medida de lo posible hacia fines preventivos y,
- b) La medida de seguridad, conceptuada como una privación de bienes jurídicos fundamentada en la peligrosidad del autor, de esencia preventiva y orientada exclusivamente hacia fines de prevención especial⁵.

⁴ JAKOBS, Gunter. "Derecho Penal. Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación". Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1995. Pág. 8.

⁵ CALDERON CEREZO, y CHOCLAN MONTALVO, J. A. "Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Segunda Edición. Editorial BROSCH. Madrid. 2001. Pág. 444.

JESCHECK postula que la pena “es la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la afirmación del Derecho”⁶.

BUSTO RAMIREZ Y HORMAZABAL MALAREE señalan que la “sanción penal es la consecuencia de la infracción normativa”⁷.

MUNOZ CONDE y GARCIA ARAN⁸ conciben la pena como “el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”, aunque advierten acertadamente que con esta definición no se dice nada, sin embargo, sobre cuál es la naturaleza de ese mal o porque para que se impone.

Y finalmente en la doctrina extranjera como bien dice ANTONIO GARCIA PABLOS, que existe una complejísima polémica sobre la pena y afirma que se aborda desde dos puntos de vista, ellos son el factico y el fenomenológico, este último afirma que son tan diversas las formas de aparición del castigo en la historia, y el modo de interpretarse y experimentarse que resulta incluso cuestionable que nos podamos referir, sin más, a la pena como a un valor entendido, idéntico así mismo a través de los tiempos⁹

⁶ JESCHECK, Hans Heinrich. “Tratado de Derecho Penal”. Volumen Primero. Editorial Bosch. Barcelona. 1981. Pág. 18

⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. “Lecciones del Derecho Penal”. Volumen 1. Editorial Trotta. Madrid. 1993. Pág. 44

⁸ MUNOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCIA ARAN, Mercedes. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1993. Pág. 44.

⁹ GARCIA PABLOS, Antonio. “Derecho Penal. Introducción”. Editorial servicios de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1994. Pág. 60.

En la doctrina Nacional, el concepto de pena es muy discutido por los especialistas, así por ejemplo HURTADO POZO afirma que “la sanción penal, consecuencia de la infracción, implica la restricción o privación de derechos fundamentales”¹⁰. Por su parte VILLA STEIN sostiene que “La pena objetivamente es la consecuencia violenta que el Estado impone al infractor de la norma”¹¹. Los profesores BRAMONT ARIAS Y BRAMONT- ARIAS TORRES conciben la pena como “El castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción de derecho y a causa de dicha infracción”¹².

En consecuencia, en nuestro criterio la pena es un acto de control social ejercido desde la Ley y desde su aplicación concreta en la decisión que tome un Juez.

2.2. DETERMINACION DE LA PENA¹³.

Sobre este aspecto la doctrina señala que el Juez es el llamado a precisar la pena sin apartarse de la Ley. Para lo cual el Legislador ha establecido ciertas reglas que se deberán tomar en consideración al momento de fundamentar e imponer la pena, el mismo que se

¹⁰ HURTADO POZO, José. “Manual de Derecho Penal. Parte Especial I”. Tercera Edición. Editorial Grijley. Lima. 2007. Pág. 34

¹¹ VILLA STEIN, Javier. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial San Marcos. Lima. 1998. Pág. 198.

¹² BRAMONT ARIAS, Luis y BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto. “Código Penal Anotado”. Editorial San Marcos. Lima. 1995. Pág. 198.

¹³ RODRIGUEZ DEVESA Y SERRANO GOMEZ, Alfonso. “Derecho Penal Español – Parte General”. Editorial Olkinson. 17ª Edición. Madrid. 1984. Pág. 932.

encuentran contenidos en el Art. 45 del Código Penal. y son:

1. Carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que dé el dependen.

Se trata de decidir. A través de esta institución jurídica, el quantum de la pena que corresponde imponer frente a la comisión del ilícito penal, según sea la función que se cree que debe perseguir. Para efectos de tomar una decisión de tales características, resulta de vital importancia conocer y entender el sentido y el fin de la pena y, además, los momentos en que la filosofía penal del Estado se manifiesta (Constitucional, legal judicial y administrativa de ejecución de la pena). BUSTOS RAMIREZ, indica sobre el particular que “...no hay duda de que le momento principal de la pena es aquel en que precisamente el Juez la determina, allí se resumen por qué y el para que de la pena; pero de nada serviría establecer garantías en relación con este momento, si los estadios anteriores no estuvieron suficientemente garantizados y también el posterior de carácter administrativo. Luego el problema de determinación de la pena surge con ella misma y termina con su extinción y, generalmente, más allá aun, pues se trata también de precisar los efectos posteriores de ella sobre el sujeto”¹⁴.

En consecuencia, tenemos que la primera operación a realizar para imponer una pena es la elección de la clase de pena aplicable

¹⁴ BUSTOS RAMIREZ Juan. “Manuel de Derecho Penal Parte General”. Editorial ARIIEL S.A. Tercera Edición. Barcelona. 1989. Pág. 395.

al hecho enjuiciado o determinación cualitativa. “Para ello debe partirse de la pena abstracta, que viene a ser aquella señalada en la Parte Especial del Código Penal para cada tipo penal, siendo las allí detalladas la correspondientes al autor del delito cuando el hecho ha quedado consumado. Y determinado el grado de la pena con arreglo a los criterios de determinación, se procede a establecer dentro sus límites la cantidad completa de pena que debe ser impuesta”¹⁵.

2.2.1. Criterios de Determinación del a Pena.

Entre los principales criterios para determinar una pena tenemos:

- a) El Criterio de Culpabilidad: Sirve la culpabilidad para fundamentar y limitar la pena. Es un logro garantista, pues mitiga criterios de “peligrosidad”, “personalidad” o “responsabilidad por el carácter”.
- b) El Criterio Preventivo General: Es importante la estabilidad de la norma. Al respecto BUSTOS RAMIREZ, nos dice que “la pena es auto constatación del Estado y su finalidad al imponerse, es buscar alternativas de dignificación del sujeto de aumentar su capacidad de libertad, de ser actor social”¹⁶.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y García Aran, Mercedes “Derecho Penal Parte General”. Cuarta Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 607 – 608: “En dicho proceso, el Código proporciona una serie de reglas que se basan en la consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, de manera que el recorrido por todo el marco penal no es una tarea absolutamente libre para el juzgador”

¹⁶ Ídem.

- c) El Criterio Preventivo Especial: Al imponerse la pena se deberá tomar en cuenta las necesidades de reeducación o resocialización del infractor. Por lo que, hablar de humanidad de las penas, de capacidad de libertad del sujeto, desarrollo de su personalidad, etc., sin asociar estos puntos con programas concretos de modificación conductual implica admitir que el Derecho Penal es un instrumento de control judicial y no control social.

Otros criterios de Determinación de la Pena: la pena se determina en la Ley y por el Juez debiéndose distinguir conceptualmente entre determinación legal de la pena y la individualización judicial de la pena, por cuanto, si bien ambas aluden a un proceso de diseño y elección de penas, la oportunidad, el modo de operar y el actor competente difieren sustancialmente en cada caso, a saber:

- a. Determinación Legal de la Pena: La pena para cada tipo la determina, en principio, el legislador. Se trata de la pena abstracta y sirve a los fines de la intimidación. La Ley determina las circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal y las penas para los tipos de autoría y de participación en abstracto, así como para el supuesto teórico de imperfecta realización.
- b. Individualización Judicial de la Pena: Es el juicio de imposición de pena que hace el juzgador para adecuar la pena genérica o abstracta al caso específico que se juzga, tomando en cuenta los criterios ya mencionados de culpabilidad y prevención. Así se tiene que: “un órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite tres juicios importantes. En un primer momento debe pronunciarse sobre la tipicidad de la conducta atribuida al proceso (juicio de subsunción). Luego, en base a la evidencia existente

decide sobre la inocencia o culpabilidad del imputado (declaración de certeza). Y, finalmente si declaro la responsabilidad de este deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicarle a su condición de autor o participe de la infracción penal cometida (individualización de la sanción). La determinación judicial de la pena se relaciona, justamente, con aquella decisión que debe adoptar el Juez Penal y se materializa en un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y a veces ejecutiva de la sanción penal”¹⁷

2.2.2.- Sistema de tercios en la determinación judicial de la pena.

Como se sabe, luego de determinar la culpabilidad de un sujeto en un determinado delito, se deberá aplicar la pena establecida para tal ilícito penal, pero esta debe ser graduada en función a la proporcionalidad existente entre el hecho punible y la sanción penal. Es donde surge el tema de la determinación o individualización de la sanción penal, el mismo que “se encuentra ligado con la teoría de las consecuencias jurídicas del delito que, a su vez, es uno de los acápites centrales de la Parte general del derecho penal, al lado de las construcciones sobre la ciencia penal y la conducta punible”.¹⁸

Consecuencias jurídicas de las que habla el autor, que consideramos no deben quedar en la subjetividad y discrecionalidad

¹⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Las consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima.2000. En curso especial de preparación de aspirantes para el primer nivel – ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA - 2001

¹⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; CRESPO, Eduardo Demetrio; VELÁSQUEZ, VELÁSQUEZ, Fernando; VAN WEEZEL, Alex; COUSO, Jaime. “Determinación Judicial de la Pena”. 1º Edición. Instituto Pacífico. Actualidad Penal. Año 2015. Perú, Página 102.

del órgano jurisdiccional, sino que es necesario se sigan las reglas y criterios jurídicos básicos que evidencien racionalidad en las decisiones judiciales que estos emitan. Así tenemos que nuestro código penal en el artículo 45- A se ha establecido las siguientes etapas para la individualización de la pena, las cuales constituyen el sistema de tercios:

Primera Fase. - “Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la Ley para el delito y la divide en tres partes”.

La primera etapa para la individualización de la pena gira en torno a establecer el espacio punitivo en cuanto a la sanción de un delito; en esta primera fase se toman en consideración el mínimo y máximo de pena que el tipo legal señala para cada delito específico.

Segunda Fase. -

“2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:

- a. Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
- b. Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
- c. Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior”.

Notamos que este segundo nivel que recoge nuestro código penal se procede a la individualización judicial de la pena propiamente dicha, para lo cual el legislador se ha encargado de establecer los parámetros encaminados a la concreción de la pena aplicable a un determinado delito, ello en función a la mayor o menor gravedad de la conducta desplegada.

“3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:

- a. Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
- b. Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
- c. En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito”

En la tercera y última etapa de la individualización de la pena se recogen aquellos presupuestos que servirán para graduar la pena, ante escenarios en los que se presenten circunstancias agravantes y atenuantes; pero a diferencia de la etapa anterior, en esta ocasión se tratará de delitos especiales, los mismos que se basan en circunstancias que presentan el sujeto activo del delito, las mismas que fundamentan el ilícito penal (delito especial propio) o que se trate de un delito común pero realizado por un sujeto especialmente cualificado (delito especial impropio); situaciones las anteriores que devienen en la generación de circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, las cuales graduarán la pena de forma proporcional.

2.3. LA FUNCION DE LA PENA EN EL DERECHO PENAL.

Pese a ser un problema fundamental de la doctrina tradicional y moderna el “Que” y el “Para que” de la pena, se llega a determinar que estas interrogantes han motivado poco la reflexión de nuestros juristas. Esa escasa inquietud se mantiene entre los juristas contemporáneos, nacionales. Así, para BRAMONT ARIAS la pena es en esencia retribución, pero tiene por función (en un plano individual) evitar futuros delitos. Por su parte PEÑA CABRERA asumió hasta dos criterios contradictorios. Primero en su “Tratado” asume que la pena **“Posee pluralidad funcional con base retribucionista”** y luego en otra publicación plantea que **la pena es una expresión política de “auto estado”**, concediéndole como única función “La protección de bienes jurídicos”. VILLAVICENCIO sostiene que nuestra constitución “es compatible con cualquiera función de la pena, salvo la estrictamente retributiva”. Todo lo expuesto nos permite afirmar que en nuestro país no ha habido un debate amplio acerca de la función de la pena; de lo que resulta que nuestros juristas se han ido alineando individualmente hacia planteamientos de corte eclécticos semejantes a los que proponen las llamadas “Teorías de la unión”.

Para MIR PUIG “...La pena cumple una función activa en el mantenimiento y fortalecimiento del consenso jurídico y de la seguridad de la ciudadanía...la utilización de la pena por el Estado no puede alejarse de sus fuentes de legitimación constitucional; esto es, de las exigencias de necesidad, bien jurídico real, humanidad, proporcionalidad y culpabilidad, ya

que desconocer tales límites implicaría usar la pena como instrumento estricto de autoritarismo y error”¹⁹.

2.3.1. La Función de la Pena en el Código Penal Peruano.

El Proyecto del Código Penal de 1991 incluía en su Título Preliminar dos disposiciones que trataban de la función de la pena. En primer lugar, figuraba el Artículo I que reproducía el criterio preventivo general positivo del proyecto de 1990; y, en segundo lugar, en el Artículo IX el legislador retomaba la curiosa descripción ecléctica que habían contemplado los proyectos nacionalistas de 1985 y 1986. La pena, según el Título Preliminar del proyecto de enero de 1991, era un conglomerado de funciones, donde se agrupaban criterios irreconciliables de prevención general, de prevención especial y hasta de retribución pura. Las críticas a tan errados planteamientos motivaron a que, del texto final de abril de 1991, se eliminase la función “retributiva” en el Artículo IX del Título Preliminar; sin embargo, en su Exposición de Motivos el nuevo Código sigue sosteniendo que “la pena ejercita una función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”.

El código Penal de 1991 asume una opción funcional preventivo-mixta y reconoce posibilidades preventivo-generales y preventivo-especiales. Luego, los artículos IV, VI y VII del Título Preliminar completan el

¹⁹ MIR PUIG, Santiago. “Tratado de Derecho Penal General”. Tomo III. Editorial Bosch. 1978. Pág. 1138

sentido de los Artículos I y IX con exigencias de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad.

Por consiguientes. El legislador peruano ha retornado, en parte, a los planteamientos dialecticos unitarios de ROXIN ya interpretaciones nacionales como las de VILLAVICENCIO. De lo que resulta que, los Artículos I y IX del título Preliminar del Código de 1991 están de más en un sistema penal como el nuestro, ya que no guardan coherencia con la realidad, por lo que se dice que “más encierra buenas intenciones”, pues en países como el nuestro la pena cumple únicamente las funciones que el sistema Organizacional de Control – Policía, Ministerio Público, Poder Judicial e INPE – quiere y permite que cumpla con independencia, pues, de lo que la Ley puede declarar.

La pena se aleja, definitivamente, de toda consideración preventiva especial “toda vez que cede al terror y al espectro siempre amplificado del sentimiento de inseguridad ciudadana que vive el país. Se convierte, en definitiva, en una repuesta irracional a la violencia, que cada vez desconoce más derechos fundamentales de la ciudadanía”²⁰; por tanto, se tiene que la función de la pena que se quiere asignar en el Derecho Penal dependerá de la función que se le otorgue.

De lo que resulta que el Código Penal de 1991, teniendo en cuenta sus Artículos I Y IX del Título

²⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Todo Sobre el Código Penal”. Editorial IDENSA. Lima. 1996. Pág. 43-52

Preliminar asume una opción funcional de la pena preventivo – mixta y reconoce las posibilidades preventivo-generales y preventivo especiales. Los Artículos IV, VII Y VIII del título preliminar completan el sentido de los artículos citados líneas arriba con exigencias de culpabilidad, lesividad y proporcionalidad, alineándose en parte a los planteamientos dialecticos de ROXIN. En conclusión, se sostiene en nuestro ordenamiento jurídico penal nacional una teoría ecléctica de la pena en donde aparece la prevención general (Artículo I Título Preliminar), la prevención especial (Artículo IX del Título Preliminar) y, retribución (Artículo VII del Título Preliminar).

2.4. TEORIAS DE LA PENA.

La teoría de la pena está vinculada a la función que corresponde al Derecho Penal dentro de la sociedad. Analizando la misión que se le asigna a la pena, se llega a descubrir la función del Derecho Penal; así, resulta que la justificación de la pena viene dada por mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social, de lo que resulta que aplicar una pena a una persona significa disminuirle considerablemente su capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso pueden darse casos en los que se le anule totalmente. Esto nos lleva a considerar que las penas importan la disminución o anulación del bien jurídico “libertad” perteneciente a una persona, atacando a si a uno de los bienes jurídicos más

preciados del hombre, lo cual solo se puede producir cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.

La función de la pena al igual que el Derecho Penal dependerá del rol que le quiera dar el Estado dentro de la sociedad en la cual se desenvuelve. Por ejemplo: conforme al Artículo 43 ° de la Constitución Política, en Perú es una República democrática, social, independiente y soberana, por tal razón, la pena debe responder a la protección de dichos principios.

En conclusión, el Derecho Penal se caracteriza por imponer sanciones, las que conforme a nuestro Código Penal pueden ser penas o medidas de seguridad. En nuestros días se tiene que el contenido del Derecho Penal gira en torno a la función de la pena, por lo que, las corrientes modernas apuntan a desplazar las penas cuando ellas resultan innecesarias. A continuación, presentamos las diversas teorías que explican la función de la pena.

2.4.1. Teoría de la Retribución o Absolutas.

Para esta postura ideológica, mediante la pena, se agotaba la solución del conflicto social producido por el delito, es decir, al delito se le sumaba un segundo mal que elimina los afectos nocivos del delito, restableciéndose el orden social alterado por el mismo. “La pena consiste esencialmente en una retribución o en

la compensación causada por el delito, constituyendo una especie de justicia penal compensatoria”²¹, mediante la cual el agente es objeto de sanción por una pena equivalente a su culpabilidad.

“La pena conforme a la concepción dada por esta teoría no solo busca la realización de la justicia sino también separar el mal del alma del penado en un sentido moral o ético – social como una retribución divina, moral o jurídica”²². En aras de la justicia, como escribe ROXIN, se requería con ella la aplicación de la pena también en aquellos casos concretos en que la misma resultaba innecesaria para la garantía de la paz social, es decir, la pena era instrumentalizada como un ideal de justicia, donde el condenado era un mero objeto de valores metafísicos y al servicio del sistema social.

La teoría retributiva, conocida también con el nombre de Teoría de la Retribución o de la justicia, tienen como máximos representantes a dos connotados pensadores, ellos son: HEGEL Y KANT. Para Hegel la pena es “una retribución jurídica justificada por la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado”²³.

La pena no es un mandato absoluto de la justicia, sino en un proceso “dialectico”, partiendo del ordenamiento jurídico como “querer general”, el delito sería la negación del mismo, y la pena, la negación de la

²¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Ob. Cit. Pág. 207

²² BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. Editorial Praxis. S.A. Barcelona. 1999.

²³ En: www.fmh.org.ar/revista/16/elanti.htm

negación²⁴, así desde el punto de vista del Hegel “el delito es la negación del Derecho”, frente al cual la pena esta llamada a restablecer el orden social alterado por la comisión del delito; de lo que resulta que “la pena es justa porque es necesaria”, al haber obrado libremente, el delincuente convirtiéndose así en un ser racional necesitado de castigo; de lo que resulta que la pena se encuentra, entonces, al servicio de la justicia de la defensa de los intereses sociales puestos en peligro por el ofensor de la norma, donde la retribución cancelada el delito a partir del dialectismo Hegeliano de la doble negación. El cumplimiento de la norma es la voluntad general, la negación de la misma es el delito, porque “la negación de la negación” se consigue con la pena. En consecuencia “la pena se aplica por el hecho punible cometido debido a finalidades ulteriores: el restablecimiento del orden social alterado por el delito”²⁵.

CLAUS ROXIN, reflexionando sobre los fundamentos Hegelianos, señala que “la pena no sirve a un fin social, sino a la idea de justicia, la tarea de la pena no es, por tanto, la prevención de delitos futuros, ni la intimidación de los ciudadanos, ni la mejora del delincuente(...) La justificación de la pena no deriva del aspecto subjetivo del delito, combinado con representaciones psicológicas triviales acerca de los estímulos y móviles voluptuosos y racionales, sino que

²⁴ GARCIA PABLOSA, Antonio. Ob. Cit. Pág. 72

²⁵ En: www.uned.es/dpto_fil/curriculum/jacintorivera/jacintorivera.htm

deriva de la misma naturaleza del delito, del desvalor que en si misma constituye la violación del derecho(...), la pena agota su función con su ejecución en la persona del culpable, si esta ya ha logrado su meta restablecedora en razón de su contenido compensatorio, ya no se espera más de ella”²⁶. Lo cual lleva a sostener que el presupuesto de pena es la infracción de una norma y su desvalor objetivo es la esencia de la misma.

Para EMANUEL KANT, la pena representa una retribución ética justificada por el valor moral de la Ley penal, infringida al culpable, y el castigo que consiguientemente se le influye. KANT, entonces, fundamenta la pena en la culpabilidad del autor, pero llevada en términos éticos o moralistas, “como una retribución de la culpabilidad del sujeto”. Según este postulado “(...) es justo que el individuo sufra un mal a la medida de su culpabilidad, por lo que, la pena se justifica como una retribución de acuerdo con el grado de su culpabilidad, con lo que se refuerza el valor ético – social del derecho atacado o vulnerado por el delito”²⁷. Para el creador de “Crítica de la Razón Pura” la pena “(...) es un imperativo categórico y, como tal, una exigencia condicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria (...) la pena no se funda en que sirve a la sociedad, porque el castigo del individuo, que es un fin en si mismo, no puede instrumentalizarse a

²⁶ CREUS, Carlos. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial ASTREA. Segunda Edición. Argentina. 1980

²⁷ En: www.monografias.com/derecho/derechopenal.

favor de fines preventivos ajenos a la proporción con el mal causado”²⁸.

KANT argumenta su posición con un racionalismo naturalista, concibiendo el sentido de dignidad humana, en la idea de que el hombre no puede ser instrumentalizado a fines ajenos a la justicia, únicamente debido a su culpabilidad, pero no llevado a fines utilitarios; pues con el castigo se agota la finalidad de la pena, concluyéndose así que la retribución de la pena tiene que ser jurídica conforme a los valores que inspiran el Derecho. “Emanuel Kant justificó, en el siglo XVIII, lo que llama Derecho del Talión, como único criterio para determinar en cada delito la especie y cantidad de la pena, de tal forma que el talión material consistiría en la aflicción de un mal al infractor estrictamente igual al que ocasiono; lo que equivale decir que mediante esta justificación material al que asesino se le podría imponer de igual manera la pena de muerte u otro de igual magnitud o de semejante naturaleza gravosa”²⁹.

Toda expectativa ante el autor que vaya más allá de la pena apunta a algo más que únicamente a la

²⁸ En: www.monografias.com/trabajos7/cripu/cripu.shtml: “Crítica de la Razón Pura, principal obra escrita por el filósofo alemán Emanuel Kant. Fue publicada en 1781 en alemán (título original: Kritik der reinen Vernunft) y fue reeditada (con alguna revisión) en 1787”

²⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal Peruano. Parte General: Teoría de la pena y las consecuencias Jurídicas del Delito”. Segunda Parte. Editorial RODHAS. Lima. 2004. Pág. 58. “La idea de retribución es expresada por KANT en un texto en que se relata como en una isla - estado sus habitantes deciden disolver la comunidad estatal y repartirse por todo el mundo, incluso en tal caso, antes de llevar a término esa decisión, debe realizarse la retribución de todos los delitos cometidos, es decir, deben de ejecutarse todas las penas pendientes a pesar de que tal cosa no comporta ya utilidad alguna para nadie. Si bien es cierto que KANT reconoce el ontologismo humano como un valor supremo de la sociedad, no duda en oponer dicho ontologismo a la realización de la justicia, pues sin justicia la sociedad ha perdido el orden que fundamenta su existencia comunitaria. “FIAT IUSTITIA UT PEREAT MUNDUS”: Es preferible decía KANT que muera un hombre a que se eche a perder todo un pueblo, pues si se va a pique la justicia, no tiene sentido ya que vivan los hombres sobre la tierra”.

simple compensación. Por ello “...la expiación como reconocimiento activo de la norma no constituye motivo para atenuar la pena o para no punir, pero la ausencia de expiación es algo propio necesariamente de la infracción de la norma no subsanada y por lo mismo no constituye un fundamento de la pena, junto a la infracción de la norma. Además, la promesa al autor de que puede reconciliarse con la sociedad mediante la aceptación de la pena no tiene en cuenta que las sanciones informales pueden ser independientes de las formales”³⁰.

GARCIA PABLOS, al respecto afirma que las teorías absolutas en su concepción retribucionista tienen un aspecto positivo y otro negativo: El primero es su significación liberal ya que las exigencias de una pena proporcionada a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, de un mal adecuado a un mal del delito, significan una garantía para el ciudadano ante los posibles abusos del estado. La pena retribucionista produce unos efectos más satisfactorios en orden a la prevención general y a la especial que cualquier otra sanción que no respete la proporcionalidad con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Su eficacia intimidadora es superior, porque la realización del derecho de la pena “justa” hace ver a la comunidad el contenido ético de aquella y confiere a las prohibiciones un respaldo social del que carecen los mandatos legales injustos o desproporcionados³¹. El

³⁰ JAKOBS, Gunter. “Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación”. Editorial MARCIAL PONS. Madrid. 1995. Pág. 25

³¹ GARCIA PABLOS. Antonio. Ob.Cit. Pág. 75 – 77.

segundo, se le reprocha que lejos de delimitar los presupuestos del ius puniendo, confieren un auténtico cheque en blanco al legislador, lo que es cierto que estas teorías solo precisan “como”. Legitiman cualquier intervención penal en lugar de ofrecer criterios claros y eficaces para limitar aquella³².

BARJA DE QUIROGA, al respecto expresa que las teorías absolutas son teorías que se basan en la represalia, en la venganza, pero en ningún momento han sido demostradas. El retribucionista castiga como represalia por el delito que culpablemente ha cometido su autor. Esto implica que la culpabilidad del autor se compensa con el mal del autor. Pero, y aquí se encuentran las dificultades indemostrables, ¿Es cierto que existe esa culpabilidad basada en la libertad de voluntad? Y, ¿es posible afirmar cual es el quantum de culpabilidad? Y por último afirma que de la sucesión de males o de la vulneración de la vulneración no se deduce bien alguno, ni tampoco es cierto que un mal desaparezca porque se le añada otro mal. En todo caso, expresa, debe reiterarse que imponer el sufrimiento de un mal (el cumplimiento de una pena) sin finalidad alguna, es absolutamente irracional y que solo soporta la idea de venganza³³.

En conclusión, en nuestro criterio se puede afirmar que existen dos puntos muy importantes acerca de estas teorías absolutas o retributivas: En primer

³² GARCIA PABLS

OS DE MOLINA, Antonio. “Derecho Penal. Introducción”. Editorial servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1995. Págs. 75 – 76.

³³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. M2004. Pág. 39 y 40

lugar, detrás de esta teoría hay una idea de justicia³⁴ y proporcionalidad³⁵; entonces, la sanción penal ha de estar enmarcada en la justa retribución, es decir, la pena debe graduarse de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad del delito – proporcionalidad. En consecuencia, esta teoría responde a la arraigada convicción de que **“el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido”**³⁶. Ello se fundamenta en razones religiosas, éticas y jurídicas. Y, en segundo lugar, es criticable esta teoría porque parte de un solo orden de valores, cuando en la realidad la sociedad tiene diversos grupos con diferentes órdenes de valores, también, es criticable que no se tenga en cuenta el libre albedrío del inculpado, “pues se castiga la acción sin importar si ha sido coaccionado o no el sujeto en el momento de realizarla”³⁷.

2.4.2. Teorías de la Prevención o Relativas.

Las teorías relativas de la pena se alejan sustancialmente de los fundamentos de las teorías retribucionista, toda vez que propugnan fines axiológicos a la pena, no asumibles en un normativismo desenvuelto exclusivamente en campo jurídico; asignando a la pena una función preventiva en relación con el colectivo o con el penado: de lo que resulta que la pena debe ser

³⁴ En www.pucp.edu.pe/dike/investigacion... “Segun Kant la función de la pena consiste en la realización de la justicia y ello lo fundamenta de la siguiente manera: por una parte, la pena solo puede imponerse contra el autor, porque ha delinquido, pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, se trata a la persona meramente como un medio para los propósitos de otro y se le confunde con los objetos de los derechos reales”.

³⁵ Un ejemplo de proporcionalidad seria: no se le impondrá la misma pena a una persona que cometido un robo que a otra que violó a un menor.

³⁶ JAKOBS., Gunther. Ob. Cit. Pág. 31.

³⁷ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial SANTA ROSA. Lima. 2000. Pág. 73.

utilizada con fines utilitarios. Así, la pena es legítima porque es útil correspondiéndole un doble fin:

- La intimidación de la colectividad mediante la amenaza de la sanción, es decir, “disuadir a los autores potenciales mediante el terror penal”, frenando sus impulsos delictivos, lo que se denomina Prevención General Negativa³⁸,
- Se está frente a la prevención especial cuando el infractor es sometido a un tratamiento destinado a lograr su rehabilitación. Para esta corriente penológica la pena deber perseguir criterios utilitarios, orientándose la misma a prevenir delitos en el futuro, siendo que, su legitimidad viene sustentada por su utilidad³⁹.

Al respecto JAKOBS, quien nos habla de una teoría de la prevención general positiva, refiere que “así como los hombres en su relación con la naturaleza solo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades; del mismo modo en los contactos sociales, se encuentran los inicios que aquí interesan”⁴⁰. De lo que resulta que, “(...) solo será posible la orientación, si se contara a cada momento con comportamientos previsibles de la otra persona, de lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible”⁴¹. El mero hecho de iniciar un contacto social

³⁸ La determinación judicial de la pena surge un problema al momento de combinar ambos fines, es decir cuándo debe fijarse la pena dentro de un marco penal fijado por cuantums mínimos y máximos previsto para el tipo penal infringido, por ende, si este momento es sometido únicamente a consideraciones de prevención general, aquello puede desembocar a una imposición de un grado de pena superior a la gravedad de autor. De este modo, se podría ver vulnerado el pretendido programa resocializador, al subordinarse los fines de prevención especial por los de prevención general

³⁹ JAKOBS, Gunther. Ob. Cit. Pág. 40.

⁴⁰ “No se trata de contactos naturales, no sociables con salvajes pre-morales o de otros marginados de la sociedad; tampoco se trata aquí del origen de la sociedad, sino de una condición de su existencia”.

www.google.com.pe/derechopenal/penal/penas.

⁴¹ Ahí no se establece por anticipado el límite entre el trato con la naturaleza, por una parte, y los contratos sociales, por otra: sino que se desplaza a favor del ámbito social, mientras que se

es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se decepciona esa expectativa, para el surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadran.

Las orientaciones prevencionistas se estructuran en referencia a dos elementos valorativos, bien por los miembros de una comunidad, bien por aquel individuo que ya ha delinquido, por lo tanto, atribuyen a la pena verdaderos fines sociales. Se trata pues, de genuinas teorías sobre el fin de la pena las cuales persiguen con su punición fines útiles, dirigidos a la obtención de resultados en la lucha contra el crimen. “En realidad, las teorías relativas encierran una ideología basada en el sometimiento de los asociados hacia los fines del Estado, bajo la proposición de políticas totalitarias, que hacen un uso desproporcionado del ius puniendi, coartando libertades, ingresando solapada y soterradamente sobre las esperas individualistas de los ciudadanos, una legitimidad que se ensombrece cuando se reflejan los verdaderos fines que encubren la mascarada preventiva”⁴².

A estas teorías se les objeta desde distintos ángulos de la teoría del estado, desde una cosmovisión fenomenológica e ius naturalista, así se tiene que desde los postulados Kantianos se argumenta que el hombre no puede ser tratado como un mero medio para fines de otros. Desde una perspectiva ético-social, señala el penalista alemán WELZEL, que “la sola

concibe la naturaleza como algo que actúa como persona, y a favor del ámbito natural, en tanto que se concibe a las personas como meros lugares por donde pasan los procesos naturales.

⁴² En www.pucp.edu.pe/investigacion.

justificación del fin no basta, ya que la finalidad como tal no santifica el medio, sino también como fin en sí mismo”⁴³

En conclusión, las teorías preventivas asumen los postulados de intimidación, disuasión, corrección, pedagogía social y tratamiento en afectación de un cometido retributivo de la pena, destinado a la efectiva realización de la justicia, las mismas que llegan a ser clasificadas de la siguiente forma:

A. Teoría de la Prevención Especial⁴⁴: La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello “el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual, de donde surge la prevención especial como fin de la pena; que, al contrario de la concepción de la pena retributiva, es una teoría relativa, pues se refiere al fin de prevención de delitos”⁴⁵.

Según la concepción de FRANZ VON LISZT, considerando su portavoz, “la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, (mediante el encierro de estos); intimidando al autor (mediante la pena, para que no cometa futuros delitos);

⁴³ ZARZOSA CAMPOS, Carlos. Derecho Penal. Parte General I. Editorial Fondo de Fomento de la Cultura, Trujillo. 1993

⁴⁴ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 87. “la teoría preventiva especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marginarlo, sino integrarlo, con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución”.

⁴⁵ ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 85.

y, preservándole de la reincidencia (mediante su corrección)”⁴⁶.

La teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización el mismo que, conforme a sus partidarios quienes resaltan sus méritos teóricos y prácticos vienen cumpliendo de manera extraordinaria con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo, con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social.

La prevención especial se clasifica en dos tipos o modalidades:

- a) La prevención especial positiva:** mediante la cual se pretende que el autor del delito no vuelva a delinquir en el futuro, logrando la resocialización del mismo a través de la pena y;
- b) La prevención especial negativa:** que pretende evitar la peligrosidad del autor en sociedad mediante la inocuización del mismo, por lo cual, la pena despliega únicamente sus fines preventivos incidiendo sobre la personalidad conforme a su faz positiva, y, en su faz negativa, segregándolo, afectando a través de la prisionización indefinida del autor⁴⁷.

⁴⁶ En: www.Carlosdepama.com.ar/derechopenal/derecho. “conforme a esto, Liszt, en su denominado programa de Marbugen 1882, que fue fundamental para su trabajo posterior, exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciando según el tipo de autor, la inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore, la intimidación del delincuente ocasional y la corrección del autor corregible. Sobre todo, la tercera de las posibilidades de influencia preventivo especial, la corrección, que en lenguaje técnico se denomina resocialización o socialización”

⁴⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. “Lecciones del Derecho Penal. Parte General”. Editorial Praxis. S.A. Barcelona. 1999.

La puesta en práctica del enfoque preventivo especial también suscita problemas, conocidos desde hace mucho tiempo, y que después de los años de la reforma han llevado de nuevo, no obstante, a un escepticismo cada vez más fuerte frente a esta doctrina, su defecto más grave, probablemente, consiste en que, al contrario de la retribución, no proporciona un baremo para la pena. **“Este consistiría en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Lo que llevaría a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada; y también, en su caso, a que por un delito de poca importancia se pudiera aplicar una pena privativa de libertad de muchos años, en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad. Incluso se podría considerar un tratamiento resocializador, cuando alguien apareciese como sujeto que entraña un grave peligro de criminalidad sin que se pudiese probar que hubiese cometido delito hasta el momento”**⁴⁸. De lo que resulta que, todas estas constituirían intervenciones que se saldrían ampliamente de la media permitida según la teoría de la retribución, limitando la libertad del individuo más radicalmente de lo que pueda ser deseable y permitiendo en un Estado de Derecho.

JAKOBS nos dice, con respecto a la prevención especial, que las objeciones que se le atribuyen a esta teoría, se traduce en la que vulnera al principio del hecho. Al menos, nominalmente, en la prevención general se puede limitar la responsabilidad a la medida en que el autor haya perjudicado a la validez de la norma – prevención general positiva o la

⁴⁸ Ídem.

expectativa fáctica de que se obedezca la norma prevención general negativa. Por el contrario, en la prevención especial es desde el principio imposible desalentar al autor, con la sola punición, de que cometa delitos como los que han ejecutado. Así, “no hay ningún método que enseñe como disuadir al autor de cometer hurtos o estafas, sean o no aquellos hechos del mismo tipo que el cometido. Aun cuando no se siguiera un principio como todo o nada, sino que se aceptase que una persona se halla más o menos adaptada socialmente, resulta ajena a la experiencia, al menos en la mayoría de los casos, la idea de poder adaptar a una persona no adaptada exclusivamente según la clase y la medida del hecho cometido. Por ello, la teoría de la prevención especial debe despedirse del principio del hecho... el hecho no es sino motivo para el tratamiento”⁴⁹.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, critica a las teorías de la prevención especial, tanto en lo concerniente a su posibilidad misma como en relación con la forma de llevarse a cabo. Si la finalidad resocializadora es que no se vuelvan a cometer delitos por parte del delincuente que ya lo cometió y el pronóstico es claro y rotundo, no cometerá otro delito, entonces, la consecuencia ha de ser que no deber ser sometido a tratamiento, pues ya está conseguido lo que se pretenderá obtener con dicho tratamiento. ¿Sería estas conclusiones aceptadas por la sociedad? La idea resocializadora, aceptable en su perspectiva más simple, se toma peligrosa en cuanto se examina más de cerca su protección concreta y sus consecuencias. Se trata de una fundamentación que otorga al estado grandes posibilidades en aras del ideal

⁴⁹ En: www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/octubre05/La%20imputacon%20objetiva.pdf

resocializador, como es a la imposición coactiva de unos valores a un grupo social que no los comparte, al tiempo no resultan nada precisos los límites de la actuación estatal⁵⁰.

B. Teoría de la Prevención General: Esta teoría nos propone una instrumentalización del hombre por el hombre, bajo fines sociales de asegurar mediante la amenaza legal el mantenimiento del orden social. Entonces, la crítica desde la filosofía kantiana viene dada en el sentido de que el individuo no debe ser utilizado como medio para realizar las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas. La pena así concebida, dice **Roxin**, convierte al hombre en “**medio al servicio de otros fines... en objeto de fines preventivos**”⁵¹; entonces, al agente no se le castiga en proporción al daño cometido y según su culpabilidad, sino para servir de ejemplo a los demás, para que aquello no delinca.

Ante la coyuntura actual, donde la realidad social viene asumida por una violencia estructural de escalas desbordantes – violencia, riesgo y amenaza como fuente de percepción cognitiva, los miembros de la sociedad, especialmente la chilena, demandan mayores respuestas al delito, en razón de la inseguridad ciudadana que se percibe como manifestación vivencial; demandándose entonces, una represión más severa contra la criminalidad, reclamo que finalmente es acogido por el legislador quien en su afán de protagonismo político. Procede a afianzar su poder extendiendo sustancialmente las redes de la represión penal.

⁵⁰ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 48 y 49.

⁵¹ En: www.carlosdeparma.com.ar/derechopenal/drecho/jakobs/teoriaspenales.

Para Roxin, el principio de la prevención general presenta considerables deficiencias teóricas y prácticas, indicando que al igual que la prevención especial, no incluye ninguna medida para la delimitación de la duración de la pena. “La objeción de que un castigo con fines preventivos atenta contra la dignidad humana tiene más peso en la prevención general que en la prevención especial. Mientras la resocialización debe ayudar al condenado, el castigo por motivos de prevención general solo pesa sobre el autor por motivo de la comunidad y la facultad para ello requiere una justificación que esta teoría no puede ofrecer por sí misma. De otro lado, la teoría de la prevención general comparte el defecto de la teoría de la retribución de no poder dar impulso alguno a la ejecución de la pena. Esto es válido para todas las formas de manifestación de la prevención general en tanto que está siempre se dirige a la comunidad y no al autor. Sin embargo, la pena que tiene a la mera intimidación de los ciudadanos incitara más a la reincidencia que a su evitación y, de esta manera, perjudicara más antes de beneficiar a la lucha contra la criminalidad”⁵².

Ahora bien, dentro de las teorías de la prevención general, se llegan a ubicar dos tendencias claramente diferenciadas, la teoría de la prevención general positiva y la teoría de la prevención general negativa, a saber:

- a. Teoría de la Prevención General Positiva:** Es el modelo de una pena, cuya función consiste en ejercitar el reconocimiento de la norma. Se explica que los modelos que se corresponden con la prevención general positiva cada día encuentran más

⁵² ROXIN, Claus. Ob. Cit. Pág. 93

representantes en la bibliografía reciente, e incluso acompañan a numerosas variantes de las teorías retributivas.

Esta teoría considera que la pena reafirma la vigencia de la norma, la pena es definitiva en forma positiva y, de ahí, que se le denomine prevención general positiva. Es prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos y es positiva, porque no se pretende que este efecto consista en que se tenga miedo ante una pena, sino en una certeza en el sentido de que la norma está vigente, de que la vigencia de la norma, que se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena. También reconoce a la realidad comprobable y sobre ella actúa desarrollando el concepto. La pena produce una intimidación o que sirve para resocializar, son afirmaciones no demostradas, por lo que esta teoría no lo asume, para este enfoque teórico, el mantener que cuando se infringe una norma se está desautorizando su vigencia y la pena lo que hace es reafirmar que aquella norma estaba vigente, es una constatación real e indiscutible.

El principal defensor de esta teoría, que sirve de base a la construcción dogmática de la teoría del delito. Es JAKOBS, quien se basa en la concepción sistemática de Luhmann que afirma las posibilidades de estabilización de los sistemas sociales por medio del derecho. Para Jakobs. Esta teoría llamada también “estabilizadora o integradora”, busca afirmar el derecho

como tenedor de convicción jurídica fundamental y valiosa⁵³. VILLA STEIN, seguidor de esta corriente en nuestro país y del maestro Alemán Gunter Jakobs, afirma que: **“las relaciones interpersonales en la sociedad deben dar a sus actores la seguridad y el conocimiento de su desenlace preciso y así como el conocimiento de todo género de regulaciones en la historia personal de los hombres puede llevarlo al éxito o al fracaso como Poena naturalis, si no se tiene y respeta seto conocimiento, del mismo modo a la disposición de observar las normas le falta una garantía natural de este tipo: tal es el motivo de que sea necesario una sanción”**⁵⁴.

Este autor cita a Jakobs, el cual expresa que: “la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor”.

Como quiera que el destinatario de la norma no es un infractor potencial específico, sino, además de este hipotético infractor, la totalidad de los ciudadanos, pues todos interactúan y todos deben esperar de cara a la norma orientadora en que consiste la de contenido penal. Por otra parte, también expresa este autor que el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta en una sociedad. La legitimización material

⁵³ VILLA STEIN, Javier. “Derecho Penal. Parte General” Editorial San Marcos. Lima. 1998. Pág. 114.

⁵⁴ VILL114A STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 114

del Derecho Penal se obtiene de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente aquellas conductas que expresan un máxima de comportamiento incompatibles con la norma correspondiente.⁵⁵

Finalmente, Jakobs desarrolla un concepto de culpabilidad estrictamente normativo en función de la necesidad de la pena⁵⁶. La necesidad de vigencia del principio de culpabilidad no está en evitar una instrumentalización de la persona al imponer la pena, sino en que solo puede tener sentido comunicativo social el comportamiento de una persona en el ejercicio de un rol. La defraudación de expectativas normativas de conducta solo puede operar por un sujeto capaz de poder plantear un modelo de orientación social distinto al establecido por el ordenamiento jurídico vigente.

Como puede verse, en el pensamiento de Jakobs se encuentra la culminación del cambio de dirección en el sistema, lo que ciertamente ha despertado la crítica encendida de penalistas que no han logrado desprenderse del lastre antologista. La construcción de la teoría del delito y de la pena debe estar guiada únicamente por la función social del derecho Penal (el

⁵⁵ Revista de Derecho. Universidad de Piura. Volumen II. 2001. Pág. 181.

⁵⁶ Esto significa que renuncie al principio de culpabilidad como presupuesto de la pena, sino que plantea un entendimiento distinto, funcional; es decir, desde la perspectiva del orden social de cuya estabilización se trata. En JAKOBS, Gunter. "El principio de culpabilidad". Pág. 365

mantenimiento de la vigencia de la norma) lo cual, por otra parte, significa una renuncia a pretensiones político – criminales transcendentales.

GARCIA – PABLOS DE MOLINA, expresa que la teoría de la prevención positiva limita el ius puniendi, concepto que comparte con MIR PUIG, y evita la tendencia peligrosa de la prevención general (negativa) hacia fórmulas de rigor (terror penal) también que, esta teoría no hace concebir falsas expectativas sobre la ejecución penal de la privación de la libertad, en consecuencia, origina una discusión sobre las alternativas reales a la misma, lo cual es necesario y meritorio. Critica a esta teoría expresando que responde a un modelo “Tecnocrático”, “legitimador” y “acrítico”, así la pena no resuelve conflictos sociales, sino que los integra en el sistema, los reduce, interviniendo donde y cuando aquellos se exteriorizan no donde y cuando se generan.

Otra crítica que hace a esta teoría es que desvincula la pena de la función protectora de bienes jurídicos, cuando define el delito no como lesión de estos, sino como expresión simbólica de falta de lealtad al derecho que cuestiona la confianza constitucional en el sistema.⁵⁷

Para LOPEZ BARJA DE QUIROGA, La teoría de la prevención general positiva no parte de apriorismos indemostrables ni le atribuye fines que la teoría y la práctica demuestra que son absolutamente irreales. Simplemente consigue explicar con total abstracción que es lo que ocurre en realidad y le asigna unos efectos

⁵⁷ GARCIA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Derecho Penal. Introducción”. Editorial servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1995. Págs. 75 y 76

que ciertamente son correctos, convenientes y realizables. Esta teoría se enmarca en un sistema de Derecho Penal que contiene las garantías precisas y necesarias. Y a su opinión las otras teorías (prevención general negativa, prevención especial, etc.) han demostrado que no sirven para conducir una ideología ni para contener al legislador.⁵⁸

b. Teoría de la Prevención General Negativa: conocida también con el nombre de Teoría de la Coacción Psicológica. La idea es que la misión de la pena es intimidar o hacer desistir a autores potenciales; aquí se trata del carácter drástico del sufrimiento propio de la pena como consecuencia desalentadora del comportamiento infractor.

FEUERDACH, resulta ser quien mejor fórmula esta teoría, pero como teoría de la pena, sino de la conminación penal mediante Leyes penales. El cual parte de que **“el Estado tiene el derecho y el deber de hallar institutos mediante los cuales se impidan las lesiones jurídicas”**. Agrega que las instituciones que requiere el Estado deben ser instituciones coactivas y mediante ellas cancelar las lesiones jurídicas, y para impedir tales lesiones jurídicas deberá existir otra coerción junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica, y que sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza solo puede ser de índole psicológica. Dicha coacción Psicológica es posible, pues todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad.

En consecuencia, la pena no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico: Primero: la prevención contra futuras contravenciones de un injuriante en particular, Segundo: Ninguna retribución moral; Tercero: Ninguna clase de intimidación mediata

⁵⁸ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. M2004. Pág. 39 y 40

de otro a través de los sufrimientos inferido al mal hecho, porque no hay ningún tipo de derecho para ello; y, por último: Ningún mejoramiento moral.

GARCIA – PABLOS DE MOLINA, indica tres objeciones a la teoría de la prevención general negativa: La primera: es de índole moral y axiológico, así entendida la pena dice instrumentaliza al hombre, le convierte en medio al servicio de otros fines, en objeto de fines preventivos. Porque no se le castiga por lo que ha hecho, sino para que los demás no delincan. La segunda objeción discurre en el ámbito psicológico, se reprocha a esta teoría por su simplismo y falta de imaginación por la forma en que concibe el proceso anímico de liberación del infractor y el efecto contra motivador atribuido a la norma jurídica. Y por último objeta la propensión al “terror estatal” de la teoría de la prevención general, su ausencia de límites propios y la imposibilidad de trazar criterio que precisen los presupuestos de la intervención penal si se parte de este solo concepto.⁵⁹

Para LOPEZ BARJA DE QUIROGA, se trata de una teoría que carece de límites y, por consiguiente, puede permitir bajo su ámbito la imposición por el estado del terror penal. Si la esencia de la prevención general negativa se encuentra en la intimidación a los ciudadanos, cuanto más fuerza se utilice, cuanto más crueldad se aplique en las penas, cuanto más graves y duros sean los castigos tanto más intimidadores se encontrarán los miembros del colectivo social. Fundar la coerción estatal en algo tan irracional como el terror no puede ser admisible en un Estado Social y Democrático de Derecho.

También objeta a esta teoría que utiliza claramente a una persona como medio para producir la intimidación en las demás

⁵⁹ GARCIA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Derecho Penal. Introducción”. Editorial servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense de Madrid. Madrid. 1995. Págs. 83-85

personas. El hombre aparece como instrumento de coacción frente a sus semejantes. A una persona no se le va a castigar en proporción al delito cometido sino en relación con las necesidades que existan de intimidar al resto de los ciudadanos. Al autor del delito no se le castiga en relación con lo que ha hecho sino para que los demás se abstengan de conductas semejantes. Evidentemente esta teoría puede fácilmente justificar la imposición de penas y el establecimiento de una conminación penal en los códigos penales, con una visión equivocada de la realidad. No se mira al individuo, sino que se le utiliza.⁶⁰

En conclusión, la prevención especial formula su programación teórica dirigiéndose a la individualidad, es decir, a la prevención de delitos en el futuro, no en relación con la intimidación de la colectividad, sino en función de la persona del delincuente a través de la pedagogía de la enmienda. Se trata de evitar, por tanto, que quien ya infringió la Ley penal, vuelva a hacerlo en el futuro; la prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena.

2.4.3. Teorías de la Unión, Mixtas o Eclécticas.

A través de esas teorías se intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las teorías relativas en suerte de teoría unificadora. Combinándose, con ciertos matices, la retribución, la prevención general y la prevención especial. Por lo que al llegar a las teorías eclécticas se deduce que la pena desempeña una pluralidad de funciones.

⁶⁰ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. "Derecho Penal. Parte General". Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004. Pág. 41 – 43.

Conforme dice JESCHECK “tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios en tantos puntos enfrentados y de tan diferente genealogía, sino a partir de la reflexión practica de que la pena desempeña una pluralidad de funciones... No cabe duda de que en las teorías mixtas puede detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes. Es así como se pueden dar las llamadas antinomias de los fines de la pena”⁶¹, en este sentido ROXIN señala que la “mera adición no solo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo”⁶².

Como ya dijimos son teorías que tratan de combinar los principios legitimadores de las teorías absolutas con las relativas, en una solo teoría que las une. Por lo tanto, se trata de cambiar al mismo tiempo la capacidad de reprimir y de prevenir, es decir, la utilización de la justicia con fines utilitarios. Según esta posición finalista la orientación, en palabras de SAUER, seria “separar el injusto grave y expiar la culpabilidad, y además también, en cuanto sea posible, asegurar a la comunidad estatal contra el injusto y actuar – intimidar- mejorando – educativamente- al autor y a los otros miembros de la comunidad”⁶³.

La pena, así, es retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se orienta a la realización de otros fines de prevención general y de prevención especial “....a la prevención de futuros delitos y a la resocialización del delincuente, la pena se

⁶¹ La suma desordenada de las diversas finalidades de la pena entre si no resultan compatibles, por ello colisionan; no solo no ofrecen la disolución de las contradicciones planteadas, sino que además no son adecuadas para eliminar las insuficiencias de las distintas teorías. En: www.carlosdeparma.com.ar

⁶² Ídem.

⁶³ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. “Derecho Penal Peruano. Parte General: Teoría de la pena y las consecuencias jurídicas del Delito”. Segunda Parte. Editorial RODHAS. Lima 2004. Pág. 137.

fundamenta por utilidad justificadora como meta de toda justicia encuadrada en los fines del Estado del Derecho, pero aquella debe ser sometida a necesidades sociales, por lo tanto, debe someterse a fines preventivos, en razón de la individualidad especial, en razón del colectivo general.... Se admite la retribución normalmente concebida al servicio de la protección de la sociedad, función esta que justifica la retribución, pero esta retribución no puede rebasar el límite máximo de la prevención...”⁶⁴.

Bajo esta perspectiva, la pena se traduce en una retribución de la culpabilidad – idea de pena justa – pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito – idea de pena útil- en consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características a la vez: ser una pena justa y pena útil. Sin embargo, se debe señalar que ambos fines, por detentar un contenido axiológico diferenciado, no pueden coexistir de una forma proporcional, por ende, se debe otorgar preponderancia de uno sobre el otro. Por lo que, cabe señalar que lo que más se acerca a los fines de un Estado Social es aquello que distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia.

Como ya se mencionó, la utilidad es el fundamento de la pena y por lo tanto, solo es legítima la pena cuando opera preventivamente, pero, esta utilidad está sujeta a un límite, de lo que resulta que solo es legítima en cuanto no supere el límite de una pena justa, así, la pena se encuentra limitada por el grado de reproche culpabiliza del autor derivado del injusto atribuible; entonces, la culpabilidad es un límite infranqueable que no puede ser rebasado por razones de justicia, y en ese marco delimitador, la

⁶⁴ www.pucp.edu.pe/investigacion... “Así mediante esta proposición metodológica se arriba a la teoría del espacio del juego Spielraumtheorie – en Alemania, MIRG PUIG, Santiago. “Ámbito circunscrito por la culpabilidad dentro del cual, y no más allá, pueden tomarse en cuenta los fines preventivos”

pena debe buscar una compensación entre los fines de prevención general y de prevención especial. Cuyo propósito resocializador puede significar_ en determinados casos_ graduar la pena por debajo del grado de culpabilidad.

En suma, las teorías de la unión son de tendencia integradoras. Se las denomina en la doctrina alemana “SPIELRAUMTHEORIE” O “RAHMENTHEORIE” por el modo que combinan las exigencias derivadas de los principios de culpabilidad y de prevención en el sentido de reclamar una pena proporcional a la culpabilidad. Vale decir, en el marco de la culpabilidad, aun cuando si bien dentro de este ámbito admiten que puedan operar los principios preventivos (la pena justa no puede exceder las necesidades preventivas); por lo tanto, la culpabilidad asume una posición limitadora que los fines retributivos deban respetar al momento de la imposición judicial de la pena.

La teoría mixta, conforme la doctrina, se bifurca en dos variantes, una concibiendo al fundamento de la pena un contenido retribucionista, donde la prevención juega un rol meramente complementario; y, otra más innovadora, propuesta por un sector progresista de la ciencia alemana, que invierte los términos de la relación, por la cual, el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad- protección de bienes jurídicos- correspondiéndole a la retribución únicamente la función de limitar las exigencias de prevención.

“La primera dirección, denominada conversadora, encuentra en la retribución el fundamento de la pena”⁶⁵; siendo que en “esta variante unificadora se observa una fundamentación de la pena más

⁶⁵ En: www.luscanonicum.org/articulos/art034.html. “La pena tiene sentido en cuanto retribución de la culpabilidad del autor y reafirmación del orden jurídico, sin perjuicio de que además pueda cumplir determinados fines de política criminal, como el de prevención de futuros delitos, mediante la intimidación individual, la general y de forma más duradera mediante la recuperación del delincuente”

tendencialmente llevada a una posición retribucionista, complementada subsidiariamente por fines preventivos con metas político- criminales”⁶⁶, pero oponibles a las tesis sostenidas por los partidarios de una retribución pura, de que la pena no ha de tener un fin, pues el Derecho como factor ordenador de convivencia, con el propósito teórico de mejorarla, no puede consistir en un mero sistema de retribuciones; sin perjuicio de que en algún sector del Derecho, baste con procurar la restauración de la situación anterior. El derecho Penal, como último medio de control social al cual hay que acudir para garantizar la exclusiva protección de bienes jurídicos, no puede funcionalizarse a partir de la idea de una aplicación AB INITIO de la norma, con el pretérito fin de restablecer la función reparatoria; esta se limita a restituir, en lo posible, el estado del bien afectado antes de su lesión, pero no en sentido retributivo, pues al mal de la pena se suma al mal del delito, agravando la conflictividad social y no procurando vías de evitabilidad futura, instrumentalizando al penado como un bandolerismo de la justicia, negando su integridad y dignidad humana, como un fundamento ético- social entre las relaciones estado- ciudadano.

Así, las principales diferencias que se observan entre la dirección conservadora y la progresista residen en tres datos: la función que se le asigna al Derecho Penal; la relación entre proporcionalidad de la pena con el delito; y las necesidades de prevención general o de la especial, en el marco de una política prevencionista.

Estas teorías en términos generales presentan dos direcciones: La primera, remarca la idea de justicia por encima de la

⁶⁶ Ídem. “así mismo se desprende una función de prevención general positiva cuando la pena tiende a la reafirmación del orden jurídico, que en nuestro concepto indicara al momento de la determinación judicial de la pena, donde despliega inminentes efectos comunicativo- simbólicos hacia la comunidad de integración social sobre la fuerza cognitiva del derecho”.

prevención o utilidad. Lo principal “es la defensa del bien jurídico”. Esta indica que, al afectado se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo con los principios de la prevención. Conforme dice el profesor MIR PUIG “quienes creen que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y en la determinación de la pena, conceden a los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución”⁶⁷. La segunda, se orienta a la utilidad. A la retribución solo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas, impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida (soluciones útiles que no sean injustas). “El fundamento de la pena sería la defensa de la sociedad... a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido”⁶⁸.

Lo que se pretende lograr, a nuestro entender, es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

A. La Teoría aditiva de la Unión: Esta teoría resalta la idea de justicia (retribución) sobre la utilidad (prevención), aunque acepta que en alguna medida juegue la idea de utilidad de la pena. Parte de un concepto de culpabilidad como fundamento de la pena y para ello recoge las ideas retributivas que fundamentan la pena en la culpabilidad. En efecto, el retribucionismo considera que el castigo presupone la culpabilidad de la persona, pero al mismo tiempo se afirma que la persona, es libre y que la delinquir ha hecho un mal

⁶⁷ BRAMONT- ARIAS TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Editorial SANTA ROSA. Lima. 2000. Pág. 79

⁶⁸ Ídem. Pág. 80.

uso de su libertad, y, por tanto, es culpable y debe ser la pena justa, y únicamente, dentro de los márgenes de la pena justa es posible buscar la pena útil.⁶⁹

B. Teoría Dialéctica de la Unión: ROXIN elaboro la TEORIA DIALECTICA DE LA UNION⁷⁰. Este autor manifiesta que es preciso contemplar la pena en su total dimensión y en casa uno de sus componentes; siendo que aquello es justamente lo que no han realizado las teorías clásicas, aportando una visión parcial de la pena. Así, este nuevo planteamiento ubica las diversas teorías conforme el orden secuencial del delito a saber:

a. Al Momento de la Conminación Legal: La pena tiene la función de proteger bienes jurídicos, lo cual se realiza a través de la prevención general intimidatoria. Para poder realizar esta función se señala es necesario saber que puede prohibirse; “de donde resulta que la respuesta a esta pregunta dependerá de la función que le asigne el Estado a la pena, en cuya fijación se derivara el fin que ha de cumplir el Derecho Penal”⁷¹. En esta etapa rima entonces la prevención general, conforme al Artículo I del Título Preliminar del Código Penal de 1991.

b. Al Momento de la Determinación Judicial: Se complementa la prevención general; es decir, al imponer el juez la pena, reafirma la seriedad de la amenaza anterior. Además, la pena no puede sobrepasar el límite de la culpabilidad del autor. De lo que resulta que la culpabilidad no sirve para fundamentar la potestad de penar,

⁶⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo III. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004. Pág. 49-50.

⁷⁰ En: www.filosofiaderecho.com/rtfd/numero5/AndresboteroBeranal/unificadora.htm. “Esta teoría se presenta con la pretensión de aunar los “aspectos acertados “de las diferentes teorías de la pena de una concepción superadora y de suprimir las debilidades mediante un sistema de complementación y limitación.

⁷¹ Ídem. “en opinión de Roxin, el derecho penal se limita a crear y a asegurar a un grupo reunido en el estado, exterior e interiormente las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales y, entonces, este solo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro”.

pero si para limitarla, lo cual resulta necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra Ley fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de asumir su culpabilidad y responsabilidad.

Por tanto, el momento de determinación judicial está referido al periodo en el cual se está procesando al inculcado; en esta etapa predomina la retribución absoluta, porque lo que busca la sentencia es la proporción entre la pena y el hecho cometido conforme al Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. La determinación de la pena, al individualizar al autor y calificarlo, está utilizando la prevención especial, pero no tiene que ver con la resocialización.

c. Al Momento de la Ejecución: Después de la sentencia; la cual tiende a la resocialización del delincuente; es decir, la reincorporación del delincuente a la sociedad- prevención especial- “Aquí debe incluirse el posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente, evitando su atrofia, en los casos en que aquel no precise un propio tratamiento terapéutico- social”⁷². Según es de verse del Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

Pero, conforme aclara el propio ROXIN, en ningún momento se resuelve el problema respecto a ¿Qué puede pensarse? Lo que se tiene claro es que la pena representa una función diferente en cada una de las fases; eso si, lo hace con el presupuesto de que cada etapa siguiente ha de acoger en si los principios de la fase precedente.

En realidad, la teoría dialéctica de la unión, conforme dice el propio Roxin, está muy lejos de sus pretensiones, a causa de las inevitables contradicciones de los fines concretos en los que se basa;

⁷² En especial no se resuelven las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad: el punto de vista retrospectivo de compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles.

lo único que puede llevar a cabo es una “ponderación recíproca y una ordenación”, siendo que no presenta una concepción unitaria_ la pena se vuelve un medio ineficaz para lograr la satisfacción social.

Si observamos la teoría anterior (Teoría Dialéctica) a la luz de nuestro Código Penal, vemos que se puede establecer de la siguiente manera:

- a) Conminación Legal: Artículo I del Título Preliminar del Código Penal: prevención de delitos – prevención general.
- b) Determinación Judicial: Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho retribución.
- c) Ejecución: Artículo IX del Título Preliminar del Código Penal: la pena es resocializadora – prevención especial.

En conclusión, la pena en un primer momento tiene como finalidad prevenir la comisión de delitos, luego, debe establecerse de forma proporcional sin llegar al límite que sería la retribución y finalmente, procurar que durante el cumplimiento de la sentencia se logre resocializar al individuo para poder reincorporarlo a la sociedad.

Consideramos importante recoger en un capítulo separado lo correspondiente a la clasificación de las penas, por su extensión, así en general dentro de las muchas clases de pena hemos creído conveniente citar la siguiente clasificación:

2.5. Por su Autonomía:

Se clasifican en principales y accesorias. Dentro de las primeras tenemos, la pena privativa de la libertad y dentro de las segundas la inhabilitación o la multa, cuando así lo establezca la norma.

2.6. Por el Bien Jurídico Afectado:

Las penas se clasifican en privativas de la libertad, privativa de otros Derecho o Limitativa de otros Derechos y Multa.

2.7. Por su Gravedad:

La pena se clasifica en graves, menos graves y leves. Las penas graves cuando se imponen a delitos que implican determinada peligrosidad y que, según nuestra normativa penal, resultan ser aquellos en los que la pena es superior a las cuatro años de pena privativa de la libertad, entendiéndose como aquellas menos graves, penas que se imponen a delitos de poca peligrosidad, y a las que según nuestro ordenamiento jurídico penal resultan ser menores a cuatro años de pena privativa de la libertad por ejemplo; y penas leves, cuando se trata de faltas.

De otro lado, efectuando un estudio comparativo de las diversas legislaciones, encontramos que estas asumen diferentes formas de clasificar la pena y no siempre son uniformes; pues “desde que la pena se implantó como sanción en las sociedades civilizadas, ha primado la privativa de la libertad”⁷³, la que a su vez se clasifica en

⁷³ En: www.carlosdeparma.com.ar/derechopenal/penas/cortezraul/

prisión, relegación internamiento o cualquier otro nombre que cada legislación le ha querido otorgar a la privación de la libertad, llegando muchos países a clasificar en sus legislaciones la pena privativa de la libertad, de forma tan complicada como lo mantiene hasta la fecha la legislación chilena. En nuestro país, por ejemplo, hasta antes de la vigencia del actual Código Penal, se señalaba como penas las siguientes: internamiento, penitencia, relegación, prisión, expatriación, multa e inhabilitación.

Así expresamente lo regula el Artículo 10 del Código Penal derogado⁷⁴, de donde se aprecia que las cuatro primeras penas no eran más que subclases de penas privativas de la libertad. Siendo que esta misma tendencia se ha seguido en la mayoría de las legislaciones por mucho tiempo, siendo el común denominador la mayor utilización de la pena privativa de la libertad, sin embargo, esta pena ha ido cediendo ante las tendencias humanizantes del Derecho Penal por otras sustitutas, como son las penas restrictivas de la libertad y limitativas de Derechos, tal como muy bien se señala en países como Alemania, México, España. Además, por el surgimiento de las llamadas medidas alternativas a la pena privativa de la libertad⁷⁵.

⁷⁴ Código Penal de 1924 o Código Penal de Mautua.

⁷⁵ Por cuyo mérito se legisla las sustituciones de penas, las conversiones, las suspensiones, la reserva de fallo condenatorio, las exenciones de pena, entre otras, cuya finalidad es limitar las penas privativas de corta duración.

Nuestro actual Código Penal, acorde con las tendencias modernas de punibilidad, divide o clasifica las penas según el bien jurídico afectado; así, Señala en el artículo 28 que las penas son a) Privativa de libertad; b) Restrictivas de la libertad; c) Limitativas de Derecho y d) Multa; siendo que dentro de la pena privativa de la libertad se encuentra lo que comúnmente se entiende por prisión; mientras que al interior de las restrictivas de libertad se encuentra la expulsión del país para los extranjeros que comenten delitos; en nuestro país aplicándose después de cumplida la medida, y en lo que respecta a la pena limitativa del Derechos encontramos a la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.

2.8. CLASES DE PENAS SEGÚN CODIGO PENAL DE 1991.

El Código Penal peruano clasifica a las penas de la siguiente manera:

2.8.1.Pena Privativa de Libertad.

Se denomina de esta forma a la pena emitida por el Juez como consecuencia de un proceso penal y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel, aunque cada ordenamiento

jurídico le dé un nombre concreto (correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, etcétera)⁷⁶.

La pena privativa de libertad, tal como su nombre lo indica, consiste en privar de libertad de tránsito al individuo sentenciado; se diferencia de la “prisión preventiva” porque la pena privativa es resultado de una sentencia y no de una medida transitoria como sucede con aquella. Asimismo, se diferencia de las denominadas “penas limitativas de Derechos” en que la pena privativa no permite al reo conservar su libertad ambulatoria mientras la pena limitativa de derecho por cuanto esta no afecta en modo alguno la libertad del reo para desplazarse y solamente impone la obligación de realizar ciertos actos (por ejemplo, prestar servicios a la comunidad) o el impedimento de ejecutar otros (ejercicio de una profesión, por ejemplo)⁷⁷.

Ahora bien, refriéndonos al aspecto normativo o teórico del tema, sino a la realidad práctica, pues como ha sostenido GARCIA MENDES “la pena privativa de la libertad no solo está en crisis, sino que ha perdido legitimidad, ella ha fracasado como instrumento de control social, dado que ejecutándola en las mejores condiciones posibles o no haciendo nada por ella, los resultados han sido siempre negativos. Nuestro país no ha sido la excepción a tan nefasto y paradójico destino,

⁷⁶ En: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pena>

⁷⁷ Ídem.

es más, la prisión en el Perú se ha convertido en el indicador más degradante de las carencias sociales y políticas de nuestro tiempo”⁷⁸.

En la actualidad, y pese a existir un Código de Ejecución Penal inspirado en la ideología del tratamiento y el humanismo, “la pena privativa de la libertad se ejecuta aun en ambientes donde reinan la anarquía, la promiscuidad, la explotación, la enfermedad y el hambre... realidad tan cruel que convierte en sádica, ironía las aspiraciones de reinserción social proclamadas en la Constitución Política del Estado, y en el Artículo I del Título Preliminar del C.E.P”⁷⁹. siendo que, otro hecho que caracteriza a las cárceles del país es que “aquellas se encuentran están hacinadas de presos sin condena, los cuales suman alrededor del 70% de la población Penal”⁸⁰.

Por lo que, cabe señalar que lo único transcendente del Código Penal de 1991, en lo que ha pena privativa de libertad se refiere, fue la unificación de dicha pena; decisión legislativa que había sido constantemente reclamada por la doctrina y puesta en práctica en todos los proyectos elaborados entre 1984 y

⁷⁸ Conferencia sobre los orígenes de la Cárcel, pronunciada en Barcelona el 7 de junio de 1986, en las primeras jornadas de Poder y Control. Hoja resumen s/d. En ese mismo sentido Luis Marco del Pont. Los sustitutivos en el nuevo Código Penal de Veracruz, en Revista jurídica Veracruzana N° 4, 1982, JESCHECK, Hans Heinrich. “La crisis de la Política Criminal en Nuevo Foro Penal N° 10.” 1981. Pág. 156 y SS

⁷⁹ Señalado en la exposición de motivos del Código Penal

⁸⁰ SANCHEZ MORENO, José Ugaz. “Cultural Inquisitiva y Presos sin sentencia”. En IUS ET VERITAS N° 11. 1995. Pág. 85 y SS. Instituto Nacional Penitenciario Anuario Estadístico Penitenciario; Oficina de Estadísticas. Lima 1998. Pág. 21 y SS.

1991. Sin embargo, a partir de 1992, se incorporó un tipo de pena privativa de libertad indeterminada y de por vida, a la que se designó con la infamante denominación de “Cadena Perpetua”. Esta sanción inicialmente prevista para la represión de formas agravadas de terrorismo se ha encaminado luego para delitos comunes como el secuestro, el lavado de dinero y la violación de menores agravada, sin mencionar la prescrita pena de muerte la misma que en los últimos tiempos ha vuelto al debate nacional, propuesta para ser aplicada a los violadores sexuales de menores de edad.

2.8.2. Pena Restrictiva de Libertad.

La pena restrictiva de libertad que contemplaba el Código Penal antes de la modificación del Artículo 30⁸¹, en la que se consideraba: La expatriación, tratándose de naciones; y la Expulsión del País, tratándose de extranjeros; siendo que esta pena viola las más elementales normas del Derecho humanitario, sobre todo, cuando ordena que ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad, conforme al texto del Artículo 30 del Código Penal.

Al parecer, sostenían las doctrinas nacionales su inclusión se debe a cuestiones políticas, toda vez que en el discurso de los diferentes proyectos se observa que en el proyecto del código penal de 1986 si se encuentra

⁸¹ según la segunda disposición complementaria modificatoria de la ley 30219 del 08 de julio del 2014

contemplada, pero, en el Proyecto de 1990, se omitió su regulación. Sin embargo, en nuestro Código Penal de 1991 aparece esta clase de pena, siendo el artífice e esta clase de sanción o mejor dicho de su incorporación el Doctor Javier Alva Orlandini, integrante de la comisión Revisora, por parte del Senado. La historia legislativa del Congreso permite señalar que la razón que condujo al senador pareciera estar en las deportaciones personales sufridas en su pasado.

En la actualidad esta clase de penas han caído en crisis, “tanto por su utilización histórica para el delincuente político, como por sus efectos discriminatorios con relación a las facultades económicas del sujeto al ser desplazado de un lugar a otro y, además no tener utilidad social. Por ello estas penas deben ser expulsadas de nuestro Código Penal”.⁸² La configuración actual del Artículo 30 del Código Penal es de la siguiente manera:

“La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.”

⁸² PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal, Parte General, Estudio Programático de la Parte General”. Tercera Edición; Editorial GRIJLEY, Lima. 1997. Pág. 613 – 614.

- a. La Expulsión: Por los mismos fundamentos señalados en el comentario anterior, considerados inconstitucional e inhumana esta forma de Penalidad, que no persigue fines resocializadores, sino “la sola defenestración del individuo. Este tipo de pena está reservada específicamente para el extranjero, que ha cumplido condena de pena privativa de libertad, en los casos señalados específicamente por la Ley penal; como, por ejemplo, en los delitos de tráfico ilícito de drogas”⁸³

La Ley, a diferencia de los casos de la expatriación, no ha señalado límites máximos o mínimo, para la duración del alejamiento del extranjero del suelo nacional. Debemos entender, aplicando el principio de no distinguir donde la Ley no lo hace, que tal medida resulta aplicable de manera perpetua, por lo cual, el extranjero no podrá regresar al país. Tal es el caso de lo dispuesto por el Artículo 303 del Código Penal, (tráfico ilícito de drogas) al disponer que el extranjero que haya cumplido la condena impuesta será expulsado del país, quedando prohibido su reingreso. Lo inhumano resulta, por ejemplo, si se trata de “personas arraigada en nuestra patria, donde tiene familia, negocios. Etc. en tal sentido sería propicio el señalamiento de un tope máximo a este tipo de pena e inclusive su reglamentación.”⁸⁴

⁸³ ESCOBAR, Guillermo. “*Sistema Penitenciario*”, Trama Editorial, Madrid-España, 2007, Pag. 329

⁸⁴ VIZCANDE, Hugo. “Derecho Penitenciario Peruano”. Segunda Edición, Editorial Investigaciones Jurídicas. Lima. 2000. Pág. 57 – 58.

2.8.3. Penas Limitativas de Derechos.

Como innovación legislativa, y siguiendo una saludable corriente desprisionizadora, el vigente Código Penal, teniendo como modelo el Código Penal Brasileiro de 1984, en su Artículo 32 específicamente, ha introducido una serie de posibilidades alternativas a la pena privativa de libertad para delitos de poca significancia o dañosidad social y en casos en los que las condiciones personales del agente así lo justifiquen, aspectos que han sido tratado en los diferentes proyecto, como el proyecto de 1985, en su Artículo 56, las mismas que se han mantenido en los proyectos de 1986, en su artículo 55 y de 1989 en su Artículo 35 y que han llegado al Código de 1991, en su Artículo 31.

En general, cuando se habla de penas limitativas, se alude a las sanciones que afectan Derechos como el del ejercicio profesional o de la participación en la vida política del país, en este sentido el prototipo de las penas limitativas de Derechos se dice, es la inhabilitación⁸⁵.

Ahora bien, aceptado el fracaso de la pena privativa de libertad, utilizada más por un criterio de necesidad que de utilidad, se planteó en doctrina, la urgencia de implementar medidas que resulten menos perjudiciales y que puedan reemplazar eficientemente a la privación de la libertad, sobre todo en los

⁸⁵ BUSTOS RAMIREZ Juan. "Manuel de Derecho Penal Parte General". Editorial ARII ELS.A. Tercera Edición. Barcelona. 1989. Pág. 440

eficientemente a la privación de la libertad, sobre todo en los casos de pena de corta duración. La respuesta a ello surgió así, con la creación de las penas limitativas, que, en nuestro caso, recoge el Artículo 31 del Código Penal, como la Prestación de servicios a la comunidad; la limitación de días libres y la inhabilitación.

Se establece, así mismo, que **“...en lo que refiere a la pena de prestación de servicios y limitación de días libres, ellas se aplicaran como autónomas cuando estén específicamente señaladas en la Ley penal para cada delito, y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de la libertad cuando la sanción sustituida, a criterio del juez no se superior a cuatro años (Artículo 32 del Código Penal). La duración de estas penas, en cuanto sean aplicadas como sustitutivas de la pena privativa de la libertad, se fijará conforme a las reglas sobre conversión que establece el artículo 52 del Código Penal, a razón de servicios a la comunidad, o por una jornada de limitación de días libres”**⁸⁶.

a. Prestación de Servicios a la Comunidad:

“En el Perú encontramos escasos antecedentes de la prestación de servicios a la comunidad. Quizá el más cercano puede ser el trabajo que en obras del Estado o de Instituciones de utilidad social, considero el Código Maurtua como forma de sustituir la prisión convertida por el no pago de una multa; y como se sabe, no pudo ser aplicado por la falta de los recursos y la

⁸⁶ HUGO VIZCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 59.

organización requeridos. Cabe señalar como otro antecedente indirecto, (...)”⁸⁷.

Esta pena se define como aquella sanción punitiva, por la cual el condenado es obligado a realizar determinadas actividades en beneficio de la comunidad; resultando por tanto ser una prestación social no remunerada que se orienta a una mayor integración del penado con la sociedad, pues mediante ella asume los costos gravosos de la infracción normativa y promueve su rehabilitación social, de indudables efectos de prevención especial. Con ella se evita alguno de los inconvenientes de las penas privativas de libertad, como la separación del condenado de la sociedad; y al mismo tiempo se le hace partícipe de intereses públicos, al tener que cooperar en actividades que tiene ese carácter.

En un Estado Social y Democrático de Derecho, la pena de prestación de servicios a la comunidad guarda relación con una respuesta punitiva racional, de encaminar el esfuerzo o soluciones más resocializadoras, integradoras, en cuanto el efecto del servicio comunitario produce una comunicabilidad entre penado y sociedad, atribuyéndose un rol social, sin significar su desarraigo, y reconociéndose la corresponsabilidad de la sociedad en el delito⁸⁸. ES PER SE una forma de reintegrar a penado los valores comunitarios de base material e ideológica.

Como señala el Artículo 34.- Prestación de servicios a la comunidad:

34.1. La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales,

⁸⁷ PRADO SALDARREAGA, Víctor. Ob. Cit. Pág. 86

⁸⁸ Ídem.

hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras, siempre que sean públicos.

34.2. La pena de prestación de servicios a la comunidad también puede ejecutarse en instituciones privadas con fines asistenciales o sociales.

34.3. Los servicios son asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados, domingos o feriados, de modo que no perjudiquen la jornada normal de su trabajo habitual.

34.4. El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días hábiles semanales, computándose la jornada correspondiente.

34.5. Esta pena se extiende de diez a ciento cincuenta y seis jornadas de servicios semanales, salvo disposición distinta de la Ley.

34.6. La Ley y las disposiciones reglamentarias correspondientes establecen los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios.

En consecuencia, la prestación de servicios a la comunidad deviene en una sanción punitiva que aplica la realización de una determinada prestación positiva del condenado en beneficio de la comunidad, que debido a su naturaleza jurídica no es un trabajo remunerado, efectivizado e instituciones públicas, tomando en consideración las habilidades del condenado y que detenta un contorno temporal predefinido⁸⁹.

⁸⁹ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 323 - 324

Ahora bien, la prestación de servicios a la comunidad se integra en el rubro clasificado de las penas limitativas de Derechos, pero la realización obligatoria de determinadas prestaciones laborales nos lleva a sostener que podría significar limitación de Derechos, sino que, a lo más, se trata de una disposición de tiempo libre, sin embargo. Los Derechos que se sustraen al condenado a esta pena no cabe concretarlos específicamente, sino que forman parte o son manifestación de libertad general del ser humano y del libre desarrollo de su personalidad, que se ven limitados con la imposición de esta pena, por lo que esta sanción, a nuestra consideración, significa una verdadera afectación de Derechos; en concreto, el Derecho a recibir una contraprestación (remuneración) por una jornada laboral afectivamente realizada.

Nuestra legislación punitiva, a diferencia de lo que acontece en la legislación comparada, no somete la operatividad de esta pena al condicionamiento derivado del consentimiento del penado; es decir no se prevé una manifestación de voluntad del penado a realizar el trabajo comunitario, sino es de carácter coactivo. Al respecto, se llega a sostener que el consentimiento del penado sería de LEGE FERENDA positivo, pues significaría dejar a su libre arbitrio, la decisión de someterse a una pena de privación de libertad o en su defecto una de prestación de servicios comunitarios; siendo que en nuestra codificación dicha decisión se somete al poder discrecional del Juzgador, quien tomara en consideración la mínima gravedad del injusto, y sobre todo, las necesidades de prevención especial, tal vez la prescripción al no incorporar el consentimiento del penado, se inclinó por las necesidades reales de la justicia Penal, en específico la

incapacidad material de mantener a una sobrepoblación carcelario en ascenso y a si mismo por sus efectos innegablemente resocializadoras.

Es necesario precisar que si bien es cierto que la constitución establece en su artículo 23, que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los Derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador y que nadie está obligado a prestar trabajo **sin retribución o sin su libre consentimiento** (el resaltado es propio)⁹⁰, la imposición de este tipo de pena no importa trasgresión constitucional alguna ya que se aplica vía penal, que es precisamente recorte jurídico de Derecho. Además, no se trata de trabajo forzado, ni existe explotación económica alguna. “La nota distintiva de esta peculiar forma de trabajo está en que tiene connotaciones de solidaridad social, es gratuito y para la distribución del trabajo se toma necesariamente en cuenta las aptitudes del condenado y, asimismo, las jornadas de trabajo no interrumpen la labor normal del condenado”⁹¹.

Este tipo de pena se cumple en jornadas de diez horas semanales entre los días sábados, domingos o feriados, de modo tal que no resulte perjudicada la jornada normal de trabajo del condenado, quien incluso, de acuerdo con su conveniencia, puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándosele la jornada correspondiente.

⁹⁰ Art. 23 de la Constitución Política de 1993 “El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del estado, el cual protege especialmente a la madre al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los Derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”

⁹¹ En: www.monografias.com/derechopenal/penaslimitativas/aguirrealvarado

Además, los lugares donde se desarrolla el trabajo son de carácter no lucrativo, descartándose cualquier tipo de aprovechamiento indebido del trabajo a realizarse, sin embargo, la ausencia de remuneración no debe implicar la imposibilidad de beneficiarse con el sistema de Seguridad Social, de los riesgos de la actividad laboral que pueden implicar una indemnización por daños y perjuicios por posibles efectos perjudiciales a la vida y a la salud del penado.

Así mismo, **“los trabajos comunitarios a efectuarse no serán de naturaleza infamante ni degradante, sino al contrario, son en suma provechosos tanto para el penado como para la sociedad, pues se realiza en función de las aptitudes del primero y debido a las necesidades del segundo y esta jornada laboral no significan interrupción alguna a sus labores normales y cotidianas, en tanto la prestación de servicios a la comunidad se ejecutan por regla general en días inhábiles”⁹².**

Ante este estado de cosas, resulta que esta pena no priva de su libertad al condenado, no lo desarraiga de la sociedad y no lo desvincula de su círculo familiar, por lo que la diferencia de la reclusión en prisión resultando por tanto que, si tiene efectos resocializadores.

De otro lado, se tiene que, con la finalidad de dotar a esta pena de eficacia real, se sanciona Decreto Legislativo N° 1191: Decreto Legislativo que regula la Ejecución de las penas de prestación de Servicios a la Comunidad y de limitación de días libres; RATIO LEGIS que busca dotar de infraestructura material y logística para la aplicabilidad de

⁹² HUGO VIZBARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 60 - 61

esta sanción en el ámbito ejecutivo. Para este efecto, el instituto Nacional Penitenciario hace las veces de un ente registrador y controlador de las instituciones receptoras públicas o privadas que reciben al sentenciado para que preste servicios en forma gratuita, en cumplimiento efectivo de la pena de prestación de servicios a la comunidad o que realice actividades educativas o psicológicas conducentes a la rehabilitación del condenado, en particular a las relacionadas con la prevención o tratamiento de conductas adictivas.

Para tal objeto se organiza un registro y una base de datos, que se encarga al Registro Nacional de Entidades como entidad adscrita al Instituto Nacional Penitenciario. Esta oficina deberá poner en conocimiento de los presidentes de las cortes Superiores de cada Distrito Judicial las entidades receptoras debidamente inscritas.

Finalmente se tiene que, la prestación de servicios a la comunidad podrá ser revocada en caso de que el sentenciado no asista injustificadamente, a tal efecto se le revocara la sanción por la pena privativa de libertad, según las reglas del Código Penal. (Artículo 53). Por lo que, frente a la regulación de la revocación de la conversión, se sostiene que al existir ahora una regulación positiva más expedita y material de esta pena, se espera que los jueces se manifiesten positivamente y dejen de lado una cultura inquisitorial; la que viene dada en aplicar únicamente la pena privativa de libertad; y “dándose inicio así a una judicialización sancionatoria de tendencia preventiva y discriminatoria, para que estas sanciones no queden en el marco de un romanticismo declaratorio”⁹³

⁹³ Ídem.

- b. Limitación de Días Libres: Doctrinariamente, pena de limitación de días libres no es ni un arresto de fin de semana, ni una variante de lo que la legislación italiana o portuguesa conocen como “Semidetención”. Se trata de un modelo diferente desarrollado por el legislador brasileiro, que no impone el internamiento breve del condenado en un centro Penal, sino su asistencia obligatoria los fines de semana, por horas, a un establecimiento adecuado donde el recibirá cursos y conferencias o participará en otras actividades educativas. Cabe agregar que en Brasil la limitación de fin de semana opera como pena restrictiva de derechos y solo en sustitución de penas privativas de libertad, (Véase en su Artículo 48).⁹⁴

Esta forma de pena alternativa se constituye en una especial forma fraccionada de ejecución de la pena privativa de libertad. Es conocida también como “arresto domiciliario”, “arresto de fin de semana” o “semidetención”, aunque el modelo peruano, tomado del modelo brasileiro, es completamente distinto, ya que no involucra el efectivo internamiento del condenado en un establecimiento penitenciario.⁹⁵

La pena de limitación de días libres se encuentra normada en el Artículo 35 del Código Penal, de la siguiente manera:

“La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a

⁹⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor, BOJORQUEZ PADILLA, Uldarico y SOLIS CAMARENO, Edgar. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial GRIJLEY. Lima. 1995. Pág. 806

⁹⁵ HUGO VISCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 62.

disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales...”⁹⁶.

De tal forma que, la pena de limitación de días libres consiste en una verdadera limitación de la libertad, que, sin significar su privación total, obliga al penado a permanecer en determinados establecimientos los fines de semana y feriados lo que no implican el pernoctar en ellos; afectando así el Derecho de disponer de tiempo libre, sea de descanso, esparcimiento y participación en actividades culturales.

A fin de evitar los efectos criminógenos de la prisión, se prevé que la estancia deberá realizarse en establecimientos con características muy distintos a la prisión, al efectuarse con fines educativos, se supera con esta novedosa regulación las limitaciones materiales que hubiera importado una recepción acrítica del instituto existente en la legislación comparada como la institución denominada “Arresto de fin de semana”, previsto en el Artículo 37 del Código Penal Español, como una especie de pena corta de prisión discontinua en el tiempo, que trata a lo sumo de evitar ciertamente una pena corta de prisión por sus efectos disocializadores; asumiendo una finalidad tendencialmente orientada a la prevención especial, evitando la desvinculación del reo con su familia y de privarlo de su trabajo.

⁹⁶ Código Penal de 1991. Edición Oficial

El legislador nacional prefirió optar por una “limitación de días libres”, que significa una limitación a la disponibilidad del tiempo libre, sin necesidad de acudir a una opción de custodia cerrada, como lo es cualquier institución que recluya a un individuo, por más mínimo de tiempo que este sea. El asunto más allá de las funciones de prevención especial que se le quiera asignar a esta pena, resulta de un estado social real, de lo que resulta que, si el Estado peruano a duras penas puede mantener a niveles “INFRA” las condiciones de vida en la prisión, menos contra con fondos materiales suficientes para poder edificar establecimientos penitenciarios distintos a la prisión convencional que puedan fungir como instituciones educativas.

Por lo expuesto, resulta que, para la generalidad de los casos, el arresto de fin de semana deviene simplemente en inejecutable en una sociedad como la nuestra, de falta de recursos económicos, ante la demanda continua de los sectores productivos, comprendidos por los no desviados, aun cuando en los últimos tiempos se le viene aplicando, pero para un reducido sector de procesados, sometidos a proceso penal con ocasión de la corrupción en las altas esferas del gobierno y del país.

La limitación de días libres obliga al condenado a permanecer en el establecimiento hasta un máximo de diez horas semanales, recibiendo orientaciones para su reinserción social, y si bien taxativamente no lo dice la

norma, consideramos que la orientación educacional deberá ir aparejada según las aptitudes del condenado, a fin de asegurar un tratamiento eficaz acorde con la prevención especial.

En cuanto a los lugares para su cumplimiento efectivo, la norma se limita a señalar que la “la Ley establecerá los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios”. Al respecto el Decreto Legislativo 1191 en su Cuarta Disposición Complementaria, indica:

ADECUACIÓN. - Las instituciones que, a la fecha de la promulgación de la presente norma, se encuentren inscritas como entidades receptoras, ante la dirección de medio libre, sus órganos desconcentrados o los que hagan sus veces, pasarán automáticamente a ser denominadas “unidades beneficiarias.

De esta manera se dota de eficacia material a esta pena valiéndose de la colaboración desinteresada de instituciones que coadyuvan a la tarea rehabilitadora y resocializadora del agente, como manifiesto de una confirmación de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito; pues, “debe quedar claro que el delito como asunto criminológico es problema de todos, siendo tarea de todos el propiciar formas participativas conducentes a la rehabilitación del reo, para que este pueda reasumir el rol social gravitante en una comunidad de inmanente interacción social”⁹⁷.

⁹⁷ HUGO VISCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 71.

- c. **La Inhabilitación:** La pena que consiste en la privación y restricción de ciertos Derechos del delincuente; Derechos de carácter político, económico o social, como consecuencia de la realización de un delito, es lo que conocemos como inhabilitación⁹⁸.

Este tipo de pena consiste en la privación o restricción de ciertas prerrogativas o Derechos de carácter político, económico, social permisivos del condenado, que se deben especificar en la sentencia. Su estructuración normativa en el vigente Código Penal, ha sugerido importantes modificaciones, se ha incrementado el número de conductas delictivas pasibles de su aplicación, se ha suprimido el carácter perpetuo que le imprimo el Código de 1924, fijándose los límites de seis meses a diez años como duración, salvo determinados delitos que varía de cinco a veinte (art. 38 Código Penal); se precisa también los casos en que la inhabilitación es aplicada como pena accesoria, permitiendo de esta manera adecuarla a la naturaleza del deber infringido⁹⁹.

El Derecho Penal contemporáneo rechaza las penas infamante, por estar en abierta contradicción con el espíritu que guía las modernas Leyes represivas, manteniéndose únicamente las que restringen la capacidad jurídica, importando solo la privación de ciertos Derechos, ya sean civiles, honoríficos o profesionales; siendo que hoy por hoy se admite la conveniencia y eficacia de las

⁹⁸ PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit. Pág. 617.

⁹⁹ HUGO VISCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 63

inhabilitaciones o privaciones de Derechos, cuando se trata de prohibir el goce de algunas actividades a quien ha demostrado, por su conducta criminosa, la falta de capacidad para el ejercicio de las funciones más importantes de la vida civil, como también se le priva de funciones y Derechos específicos que utilizados abusivamente, permitieron la ejecución de un hecho punible.

Las inhabilitaciones todas, aun las más benignas, constituyen en cierto modo penas limitativas de la libertad, y si bien no de la locomoción, por no entrañar encierro, si de la libertad de elegir y ejercer las propias actividades. Ciertas inhabilitaciones, las de cargos y distinciones de carácter público, llegan a ser consideradas como afectivas del honor y así se las denominan en la terminología alemán “EHRENSTRAFEN”¹⁰⁰.

Las inhabilitaciones especiales de tipo profesional, en fin, constituyen, también, efectivas penas pecuniarias, al privar temporalmente al condenado de su habitual medio de vida. La naturaleza de las penas de inhabilitación resulta ser predominantemente circunstancial y oportunista: pues la finalidad lógica de la inhabilitación no es tanto privar al reo de un medio de vida, sino evitar que ponga su profesión al servicio de ulteriores actividades criminales, por lo que se impone que la sanción tome más en cuenta la conducta de futuro que la pretérita. De ahí que la inhabilitación recaiga comúnmente en cargos profesionales susceptibles de un riesgo general, como los de carácter público, sanitario o de transportes, careciendo de todo sentido prohibir, por ejemplo, el oficio de sastre o de zapatero o el uso de la bicicleta¹⁰¹.

¹⁰⁰ FONTAN BALESTRA, C. Ob. Cit. Pág. 390-391.

¹⁰¹ ídem

En consecuencia, podemos afirmar que la pena de inhabilitación es siempre una pérdida de Derechos, que se halla previsto en el texto vigente argentino en la forma de inhabilitación absoluta y de inhabilitación especial¹⁰².

2.8.4.Pena de Multa.

La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el Juez, es una verdadera pena cuyo fin es herir al delincuente en su patrimonio; en consecuencia, al igual que las demás penas, es personal, resultando inaceptable el pago de la multa por un tercero, por lo que no hay solidaridad entre varios obligados, ni se puede heredarse la obligación de pagarla.

Si el autor del delito muere antes de que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, queda extinguida la acción Penal; si muere después y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, tal obligación queda extinguida y no afecta a los herederos aun después de muerto, para el pago de la indemnizaciones pecuniarias inherentes a la pena, pues la multa no tiene carácter, ya que “el fin del Estado, al imponer una multa, no es el de aumentar sus rentas o crearse una fuente de recursos sino reprimir un delito en la persona de su autor”¹⁰³.

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Tratado de Derecho. Penal Parte General”. Tomo V. Editorial EDIAR. Tucumán. 1983. Pág. 230.

¹⁰³ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Tomo III. Editorial Argentina. Buenos Aires. 1973. Pág. 385.

En cualquiera de sus versiones, esto es, como multa de aplicación global o con la utilización del sistema de días-multa. Jescheck, además, considera que la pena de multa constituye “la alternativa más importante a la pena privativa de libertad”, y que su aplicación sustitutiva se encuentra difundida en la mayoría de países. El Código Penal Alemán de 1975, por ejemplo, le otorga dicha función en su Art. 47¹⁰⁴.

La pena de multa constituye también un interesante medio alternativo a las penas privativas de corta duración, puesto que consiste en la obligación de pagar cierta suma de dinero al Estado por parte del condenado, en tanto forma de reprimir la comisión del hecho punible, como ya mencionaremos. La multa como pena tiene antecedentes muy antiguos “(...) que se remonta al momento mismo en que el hombre comenzó a desarrollar el instinto de propiedad, en donde y consiguientemente, la afectación de su peculio producía los efectos sancionatorios de la pena”. En nuestro Derecho Penal Nacional, la multa también ocupa un lugar preponderante, habiendo sido legislada tanto en el Código Penal en 1863 en sus Art. 23 y 53; así como en el código Penal de 1924, en sus artículos 10 y 20.

¹⁰⁴ En:

http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/La_Med_Alt_Priv_Lib.htm

El Código Penal de 1991 trata legislativamente sobre la Pena de Multa en sus Artículos 41 al 44¹⁰⁵, introduciendo como novedad el concepto de día multa, que equivale al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza, abandonándose así la “fuente helvética en que se sustentó su aplicación durante la vigencia del Código Penal derogado, que establecía el cálculo en base a la renta probable del condenado, la misma que posteriormente fue complementada con el concepto de sueldo mínimo vital, que evidentemente fracasó por problemas de inflación económica”¹⁰⁶.

En suma resulta que la pena de multa no ha cumplido un rol importante en el país, siendo varios los factores que han determinado este fracaso, pero el principal de ellos se relaciona con la baja renta per capital de nuestra población, y con el galopante proceso inflacionario, consecuencias negativas del subdesarrollo y de la crisis económica que clínicamente agobia a la sociedad

¹⁰⁵ Código Penal de 1991: “Artículo 41: la pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. Es importante del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza”.

Art. 42: Extensión de la pena de multa: La pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley.

Art. 43: Importe mínimo y máximo de cada día-multa: El importe de día-multa no podrá ser menos de veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

Art. 44: Tiempo y forma de pago de la multa: La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de la pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo con las circunstancias, el juez podrá permitir que le pago se efectúe en cuotas mensuales. El cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el Art. 42. El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

¹⁰⁶ HUGO VISCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 67.

peruana, aun cuando en la actualidad nuestro país experimenta un sostenido desarrollo económico pero a nivel de cifras magro. En este sentido se afirma que “un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de penas y fomentar las penas privativas de libertad”¹⁰⁷.

De todos modos, la pena de multa es notablemente superior a las penas cortas privativas de libertad, pues no genera importantes gastos para el Estado y los problemas familiares que se crean no son tan graves como los que si genera la pena privativa de libertad. Con esa sanción el condenado no pierde su trabajo, ni lo abandona siendo pues aplicativa, ya que golpea uno de los bienes más preciados de las últimas épocas: el patrimonio, que día a día se revitaliza en esa sociedad consumista, característica del siglo xx y la que nos ha tocado vivir¹⁰⁸.

En su aplicación objetiva, el Código establece que la pena de multa se extenderá de un mínimo de diez días multa a un máximo de trescientos setenta y cinco días multa, salvo disposición distinta de la Ley. El importe del día multa no podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.

¹⁰⁷ Ídem.

¹⁰⁸ HUGO VISCARDO, Wilfredo. Ob. Cit. Pág. 66.

En cuanto a la forma de pago, el Artículo 44 establece que la multa deberá ser cancelada, dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo con las circunstancias, el juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales. El cobro de la multa, también se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de Derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el Art. 42, es decir que la multa no deberá exceder de un mínimo de diez y un máximo de trescientos sesenta y cinco día multa, salvo disposición distinta de la Ley.

De otro lado, en este acápite, es importante mencionar que la pena de multa puede sustituir a una pena privativa de libertad no mayor de tres años, lógicamente cuando no ha sido posible aplicar otro beneficio, como la condena condicional o la reserva de Fallo Condenatorio. En este supuesto regirá la equivalencia de un día multa por cada día de privación de libertad sustituida.

La conmutación de la pena privativa de libertad por multa fue tomada del Código Penal tipo para Latinoamérica, esa disposición, aun cuando subsidiaria, refleja con claridad la función de la pena pecuniaria para el bloqueo de la ejecución de penas privativas de libertad de corta duración.

Sin embargo, la aplicación de la pena de multa ha evidenciado en la praxis jurisprudencial de nuestro país un desarrollo muy limitado, en lo fundamental, los órganos jurisdiccionales han aplicado de manera parcial este tipo de sanciones. Por lo general, solamente determinaban el Quantum concreto de los días-multa, y procedían a definir la cantidad total en nuevos soles que el sentenciado debería abandonar al Estado.

Por lo que “frente a dicha práctica, verificable a nivel nacional y en todas las instancias de la justicia Penal, consideramos pertinente se proceda a elaborar una guía para orientar y uniformar la definición judicial de la pena pecuniaria”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ PRADO SALDARREAGA, Víctor. Ob. Cit. Pág. 75.

CAPITULO III: LA PENA DE MULTA

3.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Las penas pecuniarias tienen un origen remoto, que es prácticamente imposible rastrear con precisión ya que no en todos los pueblos se regularon del mismo modo. Lo que, si es seguro, porque obedece a su propia naturaleza, es que se comenzaron a aplicar en el mismo momento en que se atribuyó valor al patrimonio individual. Por eso es también concreto que la aceptación o rechazo de esta pena también tiene relación con el sistema político, y sobre todo económico, imperante, así con la Ley del Tali3n, que se fund3 en el principio del ojo por ojo y diente por diente, permiti3 establecer una proporci3n entre el da3o causado y el castigo que cabía imponer al culpable, produci3ndose cambio paulatino en la concepci3n punitiva y que conduce a la composici3n econ3mica, surgiendo as3 el m3s antiguo antecedente de la multa¹¹⁰.

Es as3, que en los pueblos del antiguo oriente los principales castigos que se aplicaron fueron la mutilaci3n corporal (incluyendo la ceguera), la deportaci3n y la muerte (por lapidaci3n, crucifixi3n, descuartizamiento o decapitaci3n). Sin embargo, en el C3digo de Hammurabi (S. XXIII a C), tambi3n se

¹¹⁰ MANZANARES SAMANIEGO, Jos3 Luis. "La Pena de Multa. EXMA. Mancomunidad de Cabildos. Plan Cultural." Zaragoza. 1997. P3g. 36.

consideró una forma de composición económica, consistente en imponer al infractor patrimonial la devolución de un equivalente al tripe del valor de los bienes que fueron objeto de su delito¹¹¹.

Es precisamente en estas épocas, que, en la india, el Código de Manu o Mana- Dharma Sastra (S. XIII a C) incorporo a la multa, de forma específica en su sistema de penas. Lo interesante de este precedente es que la pena pecuniaria incrementaba su cuantía según la jerarquía social del agente de la infracción criminal, actitud represiva que resulta ser uno de los primeros modelos de individualización de la pena de multa y que ya refleja su flexibilidad aplicativa¹¹².

También en el derecho penal hebreo o mosaico que se elaboró en base a los Diez mandamientos se encuentran antecedentes de la multa. Además, para los delitos de escasa gravedad este sistema jurídico de la antigüedad permitía la composición, la cual requería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso. Posteriormente, con la recopilación contenida en el Talmud (s. V d C.) la pena pecuniaria se mantuvo dentro del sistema de sanciones¹¹³.

En una etapa anterior a la fundación de Roma se recurría a la confiscación total o parcial del patrimonio

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Derecho Penal. Parte General". Ediciones jurídicas. Buenos Aires. 1990. Pág. 141 y SS.

¹¹² Ídem. Pág. 143 y ss.

¹¹³ Ídem. Pág. 145.

para sancionar delitos gravísimos, como la traición a la patria. Luego en la Republica, con la Ley de las Doce Tablas se incluyó la multa en el listado de sanciones; por ejemplo, la injuria fue sancionada con el pago de veinticinco ases. Igualmente, esta etapa histórica la composición fue empleada como un medio de evitar la venganza privada, es así como, para el hurto, al que se estimaba como delito privado, se regulaba una restitución consistente en un determinado múltiplo del valor de lo hurtado¹¹⁴.

Durante la Edad Media la multa y otras penas patrimoniales no se constituyeron en sanciones relevantes, ya que el protagonismo represivo lo tuvieron las penas capitales, corporales e infamante, sin embargo, el derecho germano (s. V a XI d. C.) que se destacó por su tendencia al restablecimiento de la paz social mediante la reparación y composición, considero algunas medidas de carácter Patrimonial pero que no eran estrictamente consideradas como penas.

Por cierto, existía una multa de carácter penal, a la que se denominaba bannus, y que consistía en un pago por la violación del orden jurídico y su cobro correspondía al fisco¹¹⁵. Muchos atribuyen a esta fase de la historia universal el mérito del surgimiento de la pena de prisión, señalándose particularmente al derecho penal canónico como su principal precursor, en tanto establecía como sanción la reclusión en

¹¹⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Segunda Edición. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1995. Pág. 105 y ss.

¹¹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. Cit. Pág. 37 y ss.

monasterios y celdas. No obstante, este derecho eclesial tampoco desconoció la aplicación de penas de carácter económico, las cuales se utilizaron fundamentalmente a partir del siglo XI. Cabe señalar, por ejemplo, que el tribunal del Santo Oficio considero la confiscación como un castigo frecuente para los herejes¹¹⁶.

El periodo de la ilustración con su ideología humanista y sus principios de libertad, igualdad y fraternidad, proyecto trascendentales efectos en el campo del derecho penal. Que condujeron al triunfo de las penas privativas de la libertad sobre las penas corporales y la pena de muerte. La pena de multa, considerada por aquel entonces como privilegio de la aristocracia, experimento por esa razón un significativo retroceso¹¹⁷. Pese a ello, al criticar el sistema de penas del absolutismo basado en la tortura y la crueldad, los principales reformadores liberales propusieron la aplicación sistemática de sanciones pecuniarias, sobre todo para los delitos de hurto. Algunos llegaron a sugerir que para evitar las desigualdades económicas que podían generarse con las multas impuestas a personas pobres, estas penas debían ser susceptibles de sustitución por prestación de trabajo a favor de la sociedad¹¹⁸.

¹¹⁶ CUELLO CALON, Eugenio. "Derecho Penal". Tomo I. Volumen Segundo. Decima Octava Edición. Editorial Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona Pág. 890.

¹¹⁷ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. Cit. Pág. 41.

¹¹⁸ BECCARIA, Cesare. "De los Delitos y las Penas". Tercera Edición. Editorial Temis. S.A. Colombia. 1994. Pág. 63.

En el imperio incaico no existieron estas penas ni la confiscación de bienes porque allí se estimaba que castigar en la hacienda y dejar vivos a los delincuentes, no era desear quitar los males del cuerpo social sino la hacienda de los malhechores. Esta especie de repugnancia reaparece en distintas épocas y es así como entre los siglos XVI a XVIII no faltaron voces que consideraban que con el cobro de las multas el Estado se convertía en vil mercenario de los atentados¹¹⁹.

A partir de la revolución industrial, hacia finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la multa ha de experimentar notables transformaciones en su configuración, uso y regulación. Fue en los países europeos donde se impulsaron los primeros intentos para reintroducir la sanción patrimonial como una forma principal de reacción punitiva. Esta tendencia se aprecia en el hecho que pese a la significativa reducción que se produce en las listas de sanciones penales, la multa es mantenida por los legisladores y su incorporación conminada en los códigos y Leyes se extiende cada vez más a nuevos supuestos delictivos¹²⁰.

Es en este momento evolutivo en que surgen diferentes modelos de aplicación, siendo el más importante el de los dagsbot o días multa. En la actualidad la política criminal contemporánea le concede a la multa un lugar de privilegio, al atribuirle junto a la pena privativa de

¹¹⁹ En: www.google.com.pe

¹²⁰ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. Cit. Pág.41.

libertad la condición de pilares básicos del catálogo de sanciones.

La pena de multa es prevista por diversas legislaciones bajo distintos sistemas (Clásicos, temporal, días-multa). Desde fines del siglo pasado, sobre todo en Portugal y en los países nórdicos, se empezaron a ensayar el sistema de días multa introducido por Tiren en el proyecto del Código Penal Sueco de 1916 y admitido por Finlandia (1921), Dinamarca (1939), Austria (1978), Portugal (1982). Este plan, saludada como la principal para la criminalidad media supera los efectos discriminatorios de la multa tradicional. Conforme a este sistema se fija en el Código Penal, la aplicación de la pena de multa al condenado, considerando por tanto sus entradas y sus obligaciones de carácter económico.

Después de la pena privativa de libertad, es la multa la segunda pena en importancia del derecho vigente. Normalmente no se impone juntamente con la pena privativa de libertad, sino sola ya que con la multa se persigue, entre otros fines, precisamente evitar la imposición de la pena privativa de libertad.

La imposición conjunta de ambas clases de pena prescindiendo ahora de los casos de coincidencia por aplicación de las reglas del concurso real, solo prevista excepcionalmente y de un modo facultativo, cuando el delincuente se ha enriquecido o ha intentado enriquecerse con la omisión del delito. Actualmente es

la multa, la sanción que más veces se impone en la administración de justicia penal.

El triunfo de la multa comenzó a finales del siglo pasado como consecuencia de la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración. Líderes de esta lucha fueron Franz V. Liszt, en Alemania y Bonneville de Marsangay en Francia. En 1882, la relación entre penas privativas de libertad y multa era la praxis de los Tribunales alemanes respecto a delitos graves y menores del 75 al 25%. El 80% de las personas condenadas a penas privativas de libertad lo eran a penas inferiores a tres meses. En 1913, la multa había casi alcanzado a las penas privativas de libertad (48.5% penas privativas de libertad, 47% multa) y superando a las penas privativas de libertad de corta duración. La primera reforma de la multa, tuvo lugar como anticipo de una reforma que supuso la elevación del límite máximo de la multa, la posibilidad general de conversión de las penas privativas de libertad de duración inferior a tres meses en multa, la consideración obligatoria de las condiciones económicas del delincuente, la concesión de plazos para su pago y la posibilidad de su cancelación por el trabajo voluntario, se consiguió una situación jurídica relativamente moderna que estuvo vigente hasta la segunda reforma de 1975.

La segunda reforma de la multa en Alemania representa la introducción del sistema, ya

experimentado en Finlandia, Suecia y Dinamarca, de los días-multa. El nuevo sistema de determinación de la multa fue aceptado tras una detenida discusión por la Gran Comisión de reforma del Derecho Penal en el proyecto del 1962, siendo después acogido en el nuevo Derecho Vigente. El modelo de multa duradera propuesto en la reforma no ha sido, por el contrario, aceptado. Con la aceptación del sistema de los días multa; la multa conforme a su amplia función en el nuevo sistema penal debe ser tanto más justa y comprensible para el delincuente y la sociedad, cuando más sensible y controlable. Decisiva es la idea de la igualdad de sacrificio a través de la autonomía de la capacidad económica del delincuente como factor de la determinación de la pena frente a otros factores de determinación.

La pena de multa ha despertado un interés teórico en nuestro medio¹²¹. El legislador se ha preocupado en regularla suficientemente en la parte general del Código Penal desde 1924 y de preverla con relativa frecuencia como pena en la parte especial, sobre todo en el Código de 1991.

Los jueces no son reacios, como parece mostrar la práctica, a aplicarla, aunque no siempre de manera adecuada. Sin embargo, los juristas han orientado sus análisis, en particular, hacia la interpretación doctrinal

¹²¹ En este sentido los trabajos recientes de PRADO, V. "Problemas y desarrollos jurisprudenciales en la aplicación de la pena de multa" y YON, R, "Notas sobre la pena de multa en los delitos financieros", en consecuencias jurídicas del delito. Lima 1997. Pág. 335 – 375.

de las normas que la regulan. La manera y la frecuencia con que se le aplica, así como la eficacia que tiene, no han sido estudiadas hasta ahora. Mas aun, poco se ha reflexionado sobre la conveniencia de su utilización en un país en donde la desocupación y el subempleo son predominantes, lo que implica que la mayoría de la población no dispone del ingreso mínimo vital. En un trabajo elaborado, en base de un estudio sobre la pena de multa en derecho penal suizo, Hurtado Pozo¹²² hizo algunas reflexiones en esta última dirección.

Si bien no son completas, tienen el mérito de mostrar la necesidad de plantearse esta cuestión partiendo de la constatación que el éxito legislativo y judicial de la multa, en países como los europeos, se debía sobre todo el nivel de vida allí alcanzado por los diversos sectores sociales. La escasez de información a nuestro alcance y las características del presente artículo nos impiden aspirar a llenar este vacío. En realidad, para lograrlo, es necesario hacer un análisis polivalente de la realidad social y judicial. Nos limitaremos, mediante la confrontación de las disposiciones del Código derogado y del vigente, a señalar las principales interrogantes que se plantean sobre la pena de multa.

¹²² HURTADO, J. "L'amende", en *Revue penale suisse*. Tomo N° 102. 1985. Pág. 77 y ss.

3.2. EVOLUCION LEGISLATIVA¹²³.

El profesor Hurtado Pozo nos explica que, en el código derogado de 1863, la multa era considerada como pena grave o leve (Art. 23). De manera redundante, se establecía que solo podía ser aplicada en los casos especificados por la Ley (Art. 53). Como era corriente en la época, no se preveía ningún tipo de preferencia en la relación con las penas privativas de libertad. Ambas penas tenían el carácter de principales. Es decir, la pena pecuniaria no era concebida como un medio para reemplazar las penas privativas de libertad de corta duración. En buena cuenta, estas no eran cuestionadas y, de acuerdo con la concepción retribucionista, se les preveía para poder reprimir las infracciones menos graves (arresto mayor y arresto menor).

La regulación de la multa y de su dominio de aplicación era bastante incompleta. En el nivel teórico no fue debidamente estudiada o discutida. En la práctica, la multa no llegó a ser aplicada correctamente, tanto porque no contaba con la preferencia de los magistrados como por las dificultades materiales anteriormente mencionadas. En este sentido, es de señalar que ignoró frecuentemente el hecho que, de acuerdo con el Art. 53, para su aplicación debía de tenerse en cuenta “no solo la gravedad del delito, sino también la renta del culpable...” (Art. 53 CP, de 1924).

¹²³ En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas. “Pena de multa”. Volumen 50. Lima. Año 1993.

Los autores del proyecto de código que fuera adoptado en 1924 estimaron, expresamente, que “la principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que entrañaba cuando se imponía el pago de cantidades determinadas a personas de diferente condición económica”¹²⁴ e implícitamente, la inconveniencia de convertir automáticamente la multa no cancelada en pena de prisión. Ya que a pesar de considerar esta conversión como un medio “ventajoso” previeron la posibilidad de remplazarla por “la prestación obligatoria del trabajo diurno”¹²⁵. Para combatir este defecto de la multa tradicional se recurre, primero, al modelo de los días- multa¹²⁶. Y se prevé, luego que el juez pueda conceder un plazo para el pago o disponer su cancelación por partes.

Sin embargo, ninguna mejora se hace a fin de convertir la multa en un medio eficaz que evite las penas privativas de libertad de corta duración, su dominio de aplicación estaba determinado por dos factores. Primero por el hecho que se le considere una pena de doble naturaleza: a) principal cuando se a prevista como pena única o alternativa para reprimir al responsable de una infracción y b) accesoria en la mitad en que su aplicación este supeditada a la imposición de otra pena

¹²⁴ Exposición de motivos. En: Espino Pérez. Pág. 22

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Sistema que fue definitivamente concretizado por Carlo Thop (proyecto del código penal noruego de 1917) y Johan C. Thyren (Proyecto sueco de 1916). El primero había formulado, ya en 1900, una proposición concreta, cf. Ermgassen. Pág. 88 (nota 3). En América Latina, los antecedentes de este sistema se encuentran en el CP. Brasileño de 1830.

aplicada como principal (como en el caso en que el agente hubiere actuado con fines de “lucro o por codicia”) y aun cuando “no esté establecida para el delito cometido” (Art. 25 del CP derogado de 1924). Segundo, por la omisión su aplicación preferente a la de las penas privativas de corta duración.

A pesar de las mejoras que significó la nueva regulación legislativa, no se lograron los efectos esperados. El sistema de días-multa, defectuosamente regulado, nunca fue realmente comprendido por los órganos judiciales. En el momento de la determinación de la renta del procesado para precisar la unidad punitiva (día-multa) y la segunda consistente en la fijación del número de éstos de acuerdo con la índole del delito y la culpabilidad del agente. Además, el legislador tampoco fue consecuente, ya que cada vez que dictó una nueva Ley estatuyendo como pena la multa no se refirió al sistema previsto en el código.

Por último, las multas infligidas en base a las disposiciones del código no fueron generalmente ejecutadas, debido a la falta de un sistema administrativo destinado a hacer efectivo su pago. Esto último queda evidenciado por el hecho que la caja de indemnizaciones a las víctimas, donde debían haberse depositado el producto de la ejecución de las multas (Art. 47 del CP de 1924), nunca se hizo realidad. Fondos que debían ser administrados por el Concejo Local de patronato (Art. 403 y 404 del Código derogado de 1924).

Durante el proceso de reforma que culminó con la promulgación del Código de 1991, se ha perfeccionado la regulación legislativa de la multa; pero no se han tomado, en la práctica, las medidas necesarias para hacer efectiva su aplicación. Siguiendo sobre todo las normas del Código Penal tipo para Latinoamérica (Arts. 45, 48, 80), nuestro legislador ha precisado el sistema de días-multa, ampliando la aplicación de la multa, y en cierta medida, flexibilizado tanto su ejecución como su conversión en caso de no cancelación. Estos cambios legales no aseguran, de ninguna manera, el funcionamiento correcto y eficaz del sistema.

Nuevamente, se ha procedido de una manera inadecuada: no se ha reflexionado sobre cómo hacer efectiva una sanción que solo ha tenido efectos positivos, aun de modo relativo, en sociedades desarrolladas y ricas económicamente. Se ha seguido un modelo jurídico avanzado fundamentalmente por razones teóricas. La ventaja que avizoramos es la misma que la obtenida, en 1924, con la previsión de la suspensión condicional de la pena¹²⁷. Su aplicación frecuente, aunque desnaturalizada, impedirá la aplicación y ejecución de penas privativas de libertad de corta duración en un buen número de casos.

¹²⁷ HURTADO POZO, José. "Condena Condicional". In Derecho

3.3. CONCEPTO DE PENA DE MULTA.

Existe muchos autores que tratan este tema, y por lo mismo adquiere diversos nombres de acuerdo al país que se maneje como por ejemplo tenemos que se le conoce como “multa”, “amende”, “ammenda”, “fine”, “busse” y “geldstrafe”¹²⁸. Así tenemos que, para HURTADO POZO, la multa es “la pena pecuniaria, consistente en la obligación de pagar cierta suma de dinero, para reprimir la comisión de una infracción, ocupa un lugar preponderante en el arsenal punitivo de los países europeos. Dos causas han condicionado su desarrollo. La primera, de naturaleza social, es la prosperidad económica alcanzada por las llamadas sociedades de consumo. La segunda es más bien ideológica: la firme convicción de los penalistas de anular los efectos nefastos de las penas cortas de libertad”¹²⁹.

En igual sentido CALDERON CEREZO Y CHOCLAN MONTALVO opinan que la pena de multa es “la imposición de una sanción pecuniaria al condenado”¹³⁰. Por su parte LOPEZ BARJA DE QUIROGA anota que “es una pena cuyo contenido

¹²⁸ STANISLAW PLAWSKI. “Los Días-Multa”. En Revista Internacional de Policía Criminal. Número 381. 1984. Pág.205

¹²⁹ Citado por PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Todo sobre el Código Penal”. Tomo I Editorial Editora Idemsa. Lima. 1996. Pág.68.

¹³⁰ CALDERON CEREZO, A y CHOCLAN MONTALVO, J. A. “Derecho Penal. Parte General”. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Bosch. Madrid. 2001. Pág. 453.

implica el pago de una determinada cantidad de dinero”¹³¹.

Mientras que JORI TOLOSA dice que esta sanción “es aquella que se caracteriza porque el daño o el perjuicio que impone al condenado afecta a su capacidad de disposición patrimonial, a la vez que implica una disminución de su patrimonio personal. Supone, por tanto, una limitación o una restricción de la capacidad del individuo para determinarse libremente en aspectos que se obtienen mediante precio”¹³².

Por otra parte, para el suizo CARL STOOSS se trata de “una infracción contra el culpable, tendente a influir en su voluntad por medio de la disminución forzosa de sus derechos patrimoniales y motivada por su delito”. Además, agrega que esa disminución del patrimonio del condenado se obtiene “por detracción forzosa de una cantidad de dinero”¹³³.

El alemán HEINZ ZIPF la califica como “una intervención en el patrimonio del penado, realizada en el ejercicio de la soberanía penal estatal y cuya medida se especifica en dinero”¹³⁴.

¹³¹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 225.

¹³² JORI TOLOSA, Joseph Luis. “La Multa en las penas en el Código Penal de 1995: Parte General”. Revista del Consejo General del Poder Judicial. Generalista de Cataluña. 1999. Pág. 107

¹³³ En similar sentido. Se han pronunciado Garruad y Laborde Lacoste, Bouzat y Pinatel, Foignet, Neymark, Merkel y Fontan Balestra. Ver los conceptos expuestos por estos autores den Manzanares Samaniego, José Luis. Ob. Cit. Pág. 15 y ss.

¹³⁴ Citado por Gracia Martin, Luis. “Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1996. Pág. 143.

El argentino SEBASTIAN SOLER se refiere a ella como la “obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez. Es una verdadera pena, cuyo fin es herir al delincuente en su patrimonio...”¹³⁵.

PEÑA CABRERA, citando a MARTINS BATISTA, afirma que la multa es “una pena apropiada para dos tipos de infracciones: los delitos contra el patrimonio, dado la codicia de lucro, y para los ilícitos de pequeñísima gravedad, como las faltas, donde en muchos casos, es la única pena impuesta. También esta pena es idónea para combatir los ilícitos de cuello blanco, como son los cometidos contra el orden económico, principalmente. Sobre estos agentes las penas privativas de la libertad no surten ningún efecto disuasorio ni rehabilitador, estas penas no resultan adecuadas”¹³⁶.

Por otra parte, la multa es una pena principal, a la que le son aplicables todas las características que se tiene en una pena y cuya orientación es la prevención general positiva. El sistema de días multa persigue permitir una mejor individualización de la pena de multa, tomando en cuenta tanto el delito como la culpabilidad del autor, así como la situación económica

¹³⁵ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Tomo II. Tipografía Editora Argentina. Tercera Reimpresión. Buenos Aires. 1956. Pág. 143.

¹³⁶ PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. Quinta Edición. Editorial Editora Jurídica Grijley. Lima. 1994. Pág. 522.

de éste, que, así mismo cada delito establece el marco penal en el que va a poder ser impuesta¹³⁷.

En otro sentido, es necesario decir que la pena de multa también es una pena accesoria, la cual consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria, es la única sanción pecuniaria como pena principal¹³⁸ y como pena accesoria. Viene dado por la obligación de pagar el Tesoro Público una determinada suma de dinero¹³⁹, impuesta a través de la sentencia judicial y dentro de los límites establecidos por el Código Penal.

En nuestro país los autores nacionales que hablan propiamente de la pena de multa son escasos, así tenemos que para PRADO SALDARRIAGA la multa “es una pena pecuniaria y afecta al patrimonio económico del condenado. La multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o participe de un hecho punible”¹⁴⁰. De modo similar, BRAMOT ARIAS precisa que ella consiste “en la obligación impuesta al

¹³⁷ CARO JHON, José Antonio. “Diccionario de jurisprudencia Penal. Definiciones y Conceptos de Derecho penal y de Derecho Procesal Penal Extraídos de la jurisprudencia”. Editorial editora jurídica Grijley. E.I.R.L. Lima. 2007. Pág. 474.

¹³⁸ HUGO VISCANDO, Wilfredo. Ob. Pág. “La Multa: La pena de multa constituye también un interesante medio alternativo a las penas privativas de corta duración. Consiste en la obligación de pagar cierta suma de dinero al Estado por parte del condenado, como una forma de reprimir la comisión del hecho punible. La multa como pena tiene antecedentes muy antiguos, que se remontan al momento mismo en que el hombre comenzó a desarrollar el instinto de propiedad y consiguientemente la afectación de su peculio, producía los afectos sancionatorios de la pena. En nuestro –Derecho Penal Nacional, la multa también ocupa un lugar preponderante, habiendo sido legislada tanto en el Código Penal de 1863 (Art. 23 y 53), así como en el Código Penal de 1924 (Art. 10 y 20)”.

¹³⁹ SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino. Tomo 11. Tea- Tipografía Editora. Argentina. Buenos Aires. 1973”

¹⁴⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. Cit. Pág. 53.

penado de satisfacer al Estado determinada suma de dinero en calidad de pena”¹⁴¹.

En consecuencia, la pena de multa es una sanción pecuniaria, aplicable al condenado, equivalente a su ingreso promedio diario y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. La multa, por ser una pena, necesariamente, es impuesta en una sentencia por el juzgador. A pesar de las objeciones a esta sanción, por cuanto trataría privilegiadamente a ricos y castiga más a los pobres, esta desigualdad se encuentra en la mayoría de penas y puede evitarse en gran parte atendiendo objetivamente a la fortuna del condenado, además de ello, en su ejecución, el Código Penal sugiere un tratamiento diferente para el solvente que frustra el cumplimiento del pago y para el caso del insolvente por causas ajenas a su voluntad. Por otra parte, es sumamente recomendable para sustituir penas cortas de prisión y adecuada desde el punto de vista económico pues además de constituir una fuente de ingresos para el Estado, no supone para este a diferencia de la pena de prisión, gasto alguno.

Es preciso distinguir la multa, de la indemnización por los perjuicios ocasionados por el delito, igualmente, de la reparación civil. Nadie duda que los tres institutos se caractericen por la obligación

¹⁴¹ BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. “Código Penal Anotado”. Editorial El Ferrocarril. Lima. 1966. Pág. 91. Revisar también BRAMONT ARIAS, Luis. A. y BRAMONT ARIAS TORRES, Luis A.

de entregar cantidad de dinero; sin embargo, solamente la multa tiene una esencia retributiva de la infracción penal, mientras que la reparación civil e indemnización, aspiran a la reparación del daño pecuniario causado. No mantiene, pues, relación alguna con la entidad de ese daño es estrictamente “personal”, es decir, participa del principio de individualidad de la pena, no es patrimonial y en tal medida, incide sobre la persona del autor del delito, no sobre su patrimonio, en consecuencia tal pena se extingue con la muerte del condenado pues no admite la transmisibilidad; a diferencia de la reparación civil, que por imponerse sobre un conjunto de bienes pueden hacerse efectivas sobre dichos bienes aun después de muerto.

Frente a las penas privativas de libertad, la multa presenta ventajas evidentes. Por ejemplo, su imposición implica únicamente una limitación en la calidad de vida al afectar la capacidad económica del condenado. Socialmente, se mantiene a este como elemento activo ya que no se desperdicia su fuerza de trabajo privándolo de su libertad. así mismo se le conserva en su medio, sin destruir sus contactos familiares, laborales, sociales. En lugar de convertirse en una carga financiera para el Estado (como recluso), participa en la vida productiva de la comunidad. Todo esto supone respecto a su persona un respeto de su dignidad, a diferencia de la pena privativa de libertad que tiene un efecto degradante. Por último, desde un punto de vista práctico, es una pena que se puede graduar y adaptar

con bastante facilidad a la situación individual del condenado¹⁴².

La pena de multa posee una larga tradición en el derecho penal nacional. Es así como ya en la Ley de imprenta de 1823 se establecían penas pecuniarias tasadas y porcentuadas en los artículos 18 y 19 del código de santa cruz y el código de 1863 también incluyeron en sus catálogos de sanciones y como se han señalado anteriormente, el derecho penal nacional fue de los primeros en introducir en Latinoamérica el practico sistema de días multa. Sistema ideado por el Sueco Johan Thyrem, con antecedentes en el Código Brasileño en 1830 y que es el que actualmente predomina en la legislación extranjera.

El legislador peruano lo incluyo inicialmente en el proyecto de 1916 (Art. 22 al 26) y lo mantuvo luego en el código de 1924 (Art. 20 al 25), al respecto MAURTUA sostuvo que la organización de la pena de multa en el proyecto es excelente. La principal dificultad de esta pena ha consistido en la desigualdad que extrañaba cuando se imponía el pago en cantidad determinada a personas de diferentes condiciones económicas. El proyecto establece que la multa corresponde a la renta probable del condenado desde dos días hasta tres meses. Se considera como renta lo que obtuviera el condenado cada día por bienes, empleo, industria o trabajo. No se

¹⁴² DU PUIT, Joseph. *“La Pena de Multa”*. Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1997_07.pdf

obligará al condenado a pagar la multa de una sola vez con gran quebranto de sus necesidades o de las de su familia. El juez fijara un plazo prudencial para el pago y podría autorizar también a realizarlo por partes.

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

Por todo esto, en conclusión, podemos afirmar que la multa, como pena, consiste en la obligación impuesta por el juez de pagar una suma de dinero por la violación de una Ley represiva y tiene el efecto de afectar al delincuente en su patrimonio. La pena de multa ha adquirido en los últimos tiempos nuevo auge como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración, a las que se considera inconvenientes, al mismo tiempo que se las considera como un castigo apropiado para algunos delitos de lucro.¹⁴³

¹⁴³ En: <http://www.monografias.com/trabajos44/derecho-penal-penas/derecho-penal-penas2.shtml#penamulta>

3.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA MULTA.

La multa es una pena. En esta frase se encuentra comprendida la naturaleza jurídica de la multa, pues afirmar que se trata de una pena implica que son aplicables a la multa todas las características que se predicen de una pena. De manera que dirige en toda su extensión el principio de legalidad y por supuesto, habrán de estar presentes los fines que deben perseguir la imposición de toda pena¹⁴⁴.

En efecto, en un Estado de derecho no puede aceptarse que la afirmación de *ius puniendi* del estado carezca de toda finalidad. En consecuencia, la multa como pena que es debe ir orientada hacia la prevención de manera positiva, es decir, a obtener la estabilización de las normas a través de la restauración de la confianza en las mismas; todo ello mediante la imposición de la pena. Sin perjuicio de que la individualización de la pena se pueda mantener también criterios basados en la prevención especial.

Así pues, la pena se presenta como el instrumento adecuado para afirmar la vigencia del derecho y para restituir la confianza de la sociedad en las normas jurídicas. De manera que solo cuando la pena de multa puede cumplir con este fin, para encontrarse legitimada. Precisamente el fin de la prevención general positiva

¹⁴⁴ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 225.

será el que deba encontrarse presente en todo momento: tanto en el momento de la imposición de la pena de multa (individualización) como cuando vaya a ser ejecutada.

Por su parte MANZANARES SAMANIEGO, sobre la naturaleza jurídica de la multa afirma que “la multa se incluye en el grupo de las penas patrimoniales, por cuanto incide sobre la fortuna, pero constituye el ejemplo principal y en ocasiones pecuniarias. Se calcula y se paga en dinero, lo que pone de relieve su carácter obligacional o crediticio. Se trata de una obligación de derecho público con carácter penal, y no de una simple deuda civil. La multa, como pena se propone actuar sobre la voluntad del reo y en ese sentido la disminución del patrimonio del culpable no pasa de ser el medio escogido para lograr el fin propuesto. La multa no consiste solamente en el abono de una cantidad de dinero, sino en la imposición de un sufrimiento a una persona determinada. Si bien esta actividad retributiva adopte la forma última de un débito pecuniario”¹⁴⁵.

Por otra parte, un sector de la doctrina calificó la naturaleza de la multa como una especie de “pena de privación parcial de libertad” o “pena limitativa del estándar de vida, que es libertad objetiva”.

¹⁴⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. Cit. Pág. 17. “Es de mencionar que Nagler, citado por el autor, señalaba como la primitiva doctrina obligacional llegó a colocar el nacimiento del crédito, no en la fecha de la sentencia o de su firmeza, sino en la comisión del delito. No obstante, reconoce que la concepción de la multa como mera obligación civil ya ha sido abandonada”

Este criterio fue inicialmente expuesto por JÜRGEN BAUMAN en 1963 y acogido luego por el proyecto alternativo alemán de 1966 para sustentar la aplicación de la multa temporal o de pago escalonado. Según esta tendencia, dicha sanción está orientada a provocar una reducción en el nivel de vida del condenado, durante un lapso y no contra su patrimonio en sí, ya que el aplazamiento de los pagos preceptivamente fraccionados genera una disminución del poder consumo y por ende de interacción social del sentenciado, lo cual motivaría que la multa dejase de ser una pena pecuniaria para convertirse en una pena de privación parcial de la libertad¹⁴⁶.

Estimamos que la sustitución de la pena privativa de libertad por equivalente pecuniario es la solución adecuada en la lucha contra la delincuencia económica, pues como JAKOBS desde perspectiva funcionalista sostiene que, sirve “para reparar las consecuencias del delito, confirmar la vigencia de la norma infringida. Además, los costes operaran por lo general haciendo desistir al obligado a satisfacerlos”¹⁴⁷. En el Perú, se ha pronunciado expresamente a favor de la aplicación de la pena de multa en los casos de criminalidad económica, el penalista Peña Cabrera¹⁴⁸

¹⁴⁶ ROLDAN BARBERO, Horacio. “El Dinero, Objeto Fundamental de la sanción Penal. Un Estudio Modemo de la Pena de Multa”. Akal Editor. Madrid. 1983. Pág. 76.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Pág. 49

¹⁴⁸ PEÑA CABRERA, Raúl. “Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General”. Tomo I. Segunda Edición. Editorial Grijley. Lima. 1995.

Pese a lo señalado, para que la sanción de índole pecuniario pueda satisfacer los requerimientos de prevención general es necesario que el encargado de determinarla, el Juez Penal, sea capaz de precisarla en la justa medida, de tal manera que no solo satisfaga los objetivos de prevención antes señalados, sino que se ajuste al grado de culpabilidad del autor como límite de la pena.

3.5. CLASES DE PENA DE MULTA

Tomaremos como referencia la doctrina y legislación española que recogen una clasificación de las penas de multa para luego trasladarnos a la realidad peruana y establecer un criterio adecuado para sugerir su consideración como pena.

Así, el español López Barja dice que: “Siempre se trata de la pena de multa y salvo evidentemente en el caso de multa proporcional, siempre se sigue el sistema del día-multa. No obstante, la doctrina penal recoge tres modalidades distintas de la pena de multa. Una podemos denominarla “Multa típica” y las dos “Multa sustitutiva” y “Multa proporcional”¹⁴⁹.

- a. La Multa Típica: Es la prevista en el Código de forma directa asociándola a cada delito en concreto.
- b. La Multa Sustitutiva: Es la que se impone como sustitutiva a una pena de prisión. Esto quiere decir

¹⁴⁹ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 228-229.

que el código ha previsto como consecuencia del delito una pena de prisión, pero al tiempo ha establecido un mecanismo que permite cambiar dicha pena por la de multa.

- c. **La Multa Proporcional:** Se presenta cuando la multa ha de establecerse en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado para el mismo.

Este precepto va a permitir, para dar una adecuada traducción penológica a la situación económica del reo, ya reducirá el importe de la multa, ya conceder un pago aplazado. Esta última posibilidad abarcara tanto un único pago aplazado como varios plazos. Se produce por tanto una importante flexibilización del régimen de la multa proporcional. En este contexto de flexibilización debe también admitirse por los Sres. Fiscales la posibilidad de conceder simultáneamente ambos beneficios: aplazamiento y reducción.

- d. **La Multa Complementaria:** Si el delito ha sido cometido con ánimo de lucro podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa aun cuando no esté especialmente prevista, o lo que este solo en forma alternativa con aquella. Corresponde interpretar: el legislador ha querido reprimir con una pena correlativa aquellos hechos en los cuales el autor ha perseguido obtener un beneficio económico, una ventaja de orden patrimonial.

Se puede tener en cuenta las consideraciones anteriores para establecer un rango de clasificación respecto a la pena de multa en nuestra legislación, será en función a ello que circundará la propuesta a crearse a fin de lograr una adecuación correcta de las multas aplicadas en los fallos, esto es deberán determinarse según el tipo de delito sobre las que se apliquen debido a correspondencia directa con la capacidad del sentenciado.

3.6. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MULTA.

3.6.1. Ventajas.

Entre las principales ventajas podemos mencionar:

- La adaptabilidad, pues es fácilmente divisible y comodable a cualquier circunstancia, tanto en relación con el delito como con el reo. Su adaptación en relación con las personas jurídicas es indiscutible. Así pues, la multa se convierte en una sanción particularmente graduable y adaptable a la gravedad del injusto, grado de culpabilidad y a las condiciones patrimoniales del agente. Esto es, por su propia naturaleza es fácil de cuantificar y dosificar¹⁵⁰.

¹⁵⁰ En este sentido se pronuncia Edgar Saavedra Rojas. Las penas pecuniarias, en Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminología. Volumen VI. Número 21. Setiembre-diciembre, p. 330; Sebastián Antonio Beristain Ipiña. La Multa Penal y la Administrativa

- Además, se considera que el sistema de día - multa permite una mejor adaptación al fijar en tres etapas la determinación concreta de la pena. Por una parte, la relativa al delito y a la culpabilidad y, por otra parte, la que se refiere a las circunstancias económicas del reo. La tercera afecta a los modos de pago.
- Es resocializadora, en el sentido de que no separa al condenado de su entorno social. El reo permanece junto a su familia, pudiendo realizar su trabajo, ejercer su profesión, etc. es decir, entre otros aspectos, la ejecución de la pena multa no produce la pérdida del trabajo. La multa permite al condenado continuar generando su propio sustento económico y el de su familia. Igualmente, con esta sanción la sociedad no se ve privada de la capacidad laboral que el condenado aporta al proceso productivo. Es más, el desembolso que la multa le representa al condenado puede constituirse también en un estímulo para potenciar su rendimiento laboral¹⁵¹.

en Relación con las Sanciones Privativas de Libertad, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal. Universidad de Santiago de Compostela. 1996. Pág. 53.

¹⁵¹ Sobre esta ventaja se expresa SAAVEDRA ROJAS, Edgar. Ob. Cit. Pág.329 y SS.

- Es economía en cuanto a su ejecución. Es una pena que no entraña para el Estado los gastos que implican las penas privativas de libertad.
- La pena pecuniaria carece de efectos estigmatizantes sobre el condenado. Ello se debe a que el cumplimiento de la sanción no altera la permanencia del condenado en su entorno familiar, social, profesional o laboral; por otro lado, la condición de persona penalizada que tiene el condenado pasara inadvertida debido al carácter anónimo de la multa. En el peor de los casos, señalan algunos juristas, el efecto psicosocial de la multa impuesta ante terceros será mínimo y tolerable ya que estos presumirán siempre que el sentenciado ha incurrido en un delito de escasa gravedad¹⁵².
- Es o puede ser, temporal dado que puede imponerse de forma que su ejecución no sea inmediata, sino que permanezca durante un periodo de tiempo, lo que aumenta sus efectos en el terreno de la prevención.

¹⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich. "Enfoque luscomparado de la Multa como instrumento de la Política Criminal Moderna". Ob. Cit. Pág. 14

- Es cómodo para el Estado, el cual recibe a través de ella ingresos y, por el contrario no le supone notorios en su ejecución¹⁵³.

3.6.2. Desventajas:

- Es desigualitaria, pues, a diferencia de lo que ocurre con las penas privativas de libertad, la pena de multa no afecta a bienes jurídicos poseídos de igual manera por todos los reos. En efecto, el sacrificio de pago de la multa puede ser absolutamente desigualitario. Lo que, además, implica que la eficacia sea distinta en función de las posibilidades económicas del reo. Este inconveniente se puede paliar en cierta medida al tomar en cuenta, para individualizar la pena, la situación económica del reo, pero, desde luego, a pesar de todo su carácter desigualitario no desaparece.
- Es una pena transpersonal y de efecto colectivo, toda vez que la disminución del patrimonio que sufre el condenado se proyecta también sobre las personas que dependan económicamente de él. Por otro lado, el multado puede trasladar a terceros el costo de la pena impuesta, dejando a

¹⁵³ PEÑA CABRERA. Raúl. Ob. Cit. Pág. 523.

salvo su patrimonio personal, ello ocurre, por ejemplo, cuando el sentenciado tiene a su cargo a personas contratadas por un salario o cuando el desempeña actividades de venta de bienes o de prestaciones de servicios. En estos casos, bastará con que el penado desmejore las condiciones laborales o salariales de sus dependientes, o aumente el precio de los bienes o servicios que oferta, para que otros, sin si quiera saberlo, acaben sufragando por él, la sanción impuesta¹⁵⁴.

- Por supuesto, los efectos que se producen en caso de impago de la multa acentúan aún más el carácter desigualitario de la pena: el rico elude la cárcel, mientras que el pobre sufre privación de libertad.
- Es criminógena, ya que provoca que el reo cometa nuevos delitos para pagar la multa y evitar las consecuencias asociadas a su impago. Ahora bien, esta crítica tal vez olvida que las cuotas que deben ser sucesivamente pagadas por el condenado fueron establecidas en función de su capacidad económica¹⁵⁵.
- Otras objeciones hechas a la pena de multa se refieren a sus proyecciones psico-sociales y a su permeabilidad a las

¹⁵⁴ Véase en: SAAVEDRA ROJAS, Edgar. Ob. Cit. Pág. 331 y SS.

¹⁵⁵ LOPEZ BAJA DE QUIROJA, Jacobo. Ob. Cit. Pág. 228.

fluctuaciones de la coyuntura política o económica.

En cuanto a lo primero, se ha señalado que el uso exagerado de la pena de multa conlleva el riesgo de propiciar una mercantilización del Derecho Penal, puesto que podría generar la impresión que todo delito es susceptible de arreglarse con dinero, surgiendo así una suerte de “mercado de infracciones”. Asimismo, el exagerado monto dinerario que suele asignarse a la multa cuando se le utiliza como sanción administrativa, debilita la imagen y relevancia que le corresponde cuando opera como sanción penal. Y con relación a lo segundo, se ha sostenido que las penas pecuniarias carecen de estabilidad ya que guardan una íntima dependencia con el valor y estigmatización de la moneda, así al experimentarse un proceso de inflación este repercutirá inevitablemente sobre aquellas disminuyendo sus efectos punitivos en la economía del condenado. También se ha advertido que en situación de inestabilidad o de crisis política las sanciones pecuniarias pueden ser objeto de abuso por parte del Estado y convertirse en instrumentos subrepticios y peligrosos de

confiscación, pervirtiendo así su naturaleza y finalidad¹⁵⁶.

- Y por último es que las penas de multa no tienen un carácter estrictamente personal puesto que la incidencia que suponen en el patrimonio del sujeto afecta también a la familia del condenado¹⁵⁷.

3.7. PRESUPUESTO ECONÓMICO DE LA MULTA

La eficacia de la multa depende de que el procesado tenga la capacidad suficiente para soportar la carga económica y de sentirla como una sanción racional y justa. Si estos presupuestos faltan, la razón de ser y la eficacia de la multa son seriamente cuestionadas. No es racional imponer una obligación a quien se sabe que es incapaz de cumplirla. Si la dignidad de la persona ya está afectada por el hecho que no se concrete el derecho a un mínimo vital, la restricción de los insuficientes recursos del condenado agravara aún más su situación social y moral.

De acuerdo con la capacidad económica de las personas, en el Código de 1991, se ha considerado dos categorías: los solventes y los insolventes. Los primero son aquellas personas que poseen una capacidad económica que se determina en función de su patrimonio, rentas, remuneraciones, la misma que les permite tener un nivel de gastos determinado y exponer signos exteriores de riqueza. Según el Código derogado, son las que obtienen una renta por bienes, empleo, industria o trabajo. Entre los solventes, se distingue además de un lado, a quienes el pago de la multa, dentro de los diez

¹⁵⁶ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁵⁷ Ídem.

días de pronunciada la sentencia, no compromete los recursos indispensables para su sustento y el de su familia. En el Art. 23 del Código de 1924, se hacía referencia a un plazo prudencial y a las necesidades del condenado y de su familia.

Mientras que el actual Código Penal, señala en que la pena de multa se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza (Artículo 41 Código Penal de 1991)

De otro lado, a quienes el pago, inmediato y efectivo, crea dificultades de este tipo por lo que conviene permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales. Además, se individualiza el grupo de personas que viven exclusivamente de su trabajo. Los insolventes son los que no pueden pagar la multa por carecer de patrimonio, rentas o remuneraciones.

Se comprende entonces no solo a quienes no tienen renta alguna, sino también a aquellos que solo cuentan con los recursos indispensables para su sustento y el de su familia”. De modo que si de los que no poseen siquiera estos recursos no se pueden esperar que la paguen, lo mismo sucederá en cuanto a los segundos, porque la multa “no debe incidir” sobre dichos recursos indispensables.

Entre los condenados insolventes, se debería distinguir los que son incapaces de pagar la multa por causas ajenas a su voluntad de los que se han colocado en esta situación voluntariamente.

3.8. LA REGLAMENTACION DE LA MULTA.

Es preciso recordar que en nuestro actual código de 1991 la pena de multa se determina atendiendo al patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza del imputado (Artículo 41 del Código Penal)

De esta manera se ha buscado abandonar el riguroso principio que afirma: “todos los individuos deben ser indistintamente tratados con la misma severidad debido a infracciones parecidas” y, al mismo tiempo, aplicar un criterio de justicia material: inexistente si “a culpabilidad idéntica, se impone la misma multa tanto al rico como al pobre”¹⁵⁸.

En el sistema de los días-multa, la sanción pecuniaria es fijada en un nombre de unidades (días multa) cuyo monto es determinado, en cada caso particular, según la situación económica de cada condenado.

El objetivo es idéntico al que enunciara Stooss. Uno de los creadores del día multa, el sueco Thyren¹⁵⁹, ha dicho que “mientras las penas pecuniarias sean infligidas sin considerar de manera efectiva la capacidad económica del condenado, la misma pena será para una persona muy grave, para otra en cambio insignificante”.

En comparación al modelo suizo, el progreso hecho mediante el sistema días-multa se haya en el procedimiento establecido para la fijación de la multa. Este procedimiento se descompone en dos etapas.

¹⁵⁸ Stooss Carl, Avant-project. 1894. Pág. 252.

¹⁵⁹ Thyren Johann, C.W. Prinzipien einer Strafgesetzsreform. Berlin-lund 1910. Pág. 73.

En la primero, el juez debe precisar la gravedad tanto del acto ilícito, así como de la culpabilidad del autor y evaluarla en un cierto número de unidades penales (días - multa). A este nivel, no tendrá en cuenta la capacidad económica del delincuente.

La segunda etapa, consiste en establecer, considerando la solvencia del condenado, el monto de cada multa. Separando radicalmente las dos fases, se evita el defecto del sistema tradicional que da “una indicación falsa sobre la importancia” de la infracción. Dicho de otra manera, el sistema de los días-multa permite apreciar mejor “la gravedad de la falta con relación al número de días- multa”¹⁶⁰.

3.9. EL SISTEMA DE DIAS MULTA.

3.9.1. Problemas Específicos De La Aplicación del Sistema De Días-Multa a Determinadas.

La aplicación de una sanción pecuniaria moderna (de acuerdo con el modelo escandinavo) a grupos de personas sin ingresos o con ingresos bajos constituye un problema específico. No se trata de grupos marginales sino más bien de personas bastante bien integradas en la vida social: amas de casa, estudiantes, aprendices, pequeños artesanos, desocupados.... Hay grandes discrepancias doctrinales al respecto. Por lo esencial, señalamos que se trata solo de una cuestión estrechamente relacionada al principio del carácter personal de la pena. Dos aspectos deben ser distinguidos.

El primero, es el relacionado con la fijación del monto de los días-multa conforme a la capacidad económica del procesado. Constituye, por ejemplo, una violación de este principio, el tomar en

¹⁶⁰ Strahl Ivar, Les jours amendes dans les pays nordiques, in Revue de sciences criminelles et droit penal compare 1951. Pág. 60

consideración la capacidad económica del marido o el nivel de vida de la familia. La mayor parte de estos casos están vinculados a la comisión de infracciones a la Ley de tránsito y de infracciones benignas contra el patrimonio.

Para resolver este problema, se ha reflexionado en qué medida sería necesario tener en cuenta las fuentes potenciales de ingreso del procesado. Así, el Código penal alemán prevé que el juez debe, en el momento de fijar el monto del día-multa, considerar el “ingreso neto medio diario del cual dispone el autor o del que podría disponer”.

A nuestro conocimiento, no se encuentra en la legislación extranjera solución explícita y específica a este problema. Se observa, sobre todo, que los legisladores no han fijado el límite inferior o que lo han hecho a un nivel bastante bajo (por ejemplo, cinco días-multa en Alemania, ningún límite en Austria y Francia), dejando así al Juez un amplio margen de apreciación.

El del Código penal alemán, dice que “los ingresos del autor, su fortuna y los otros elementos necesarios a la determinación del día-multa pueden ser el objeto de una estimación”. El criterio del derecho helvético referente a la determinación del monto de la multa, adoptado desde los primeros proyectos, no es diferente.

Pero, cabe aun preguntarse si no sería necesario teniendo en cuenta la personalidad del procesado, de no imponer la multa, para evitar todo riesgo de encarcelación; puesto que la simple condenación, que presume un proceso, constituirá ya un llamado de atención suficiente para evitar el peligro de la reincidencia. Esta es la solución prevista en el Código Penal Suizo: “El Juez podrá, en el momento de juzgar o por decisión posterior, excluir la conversión

cuando el condenado pruebe que sin su culpa se encuentra en la imposibilidad de pagar la multa”.

El problema subsiste sin embargo en relación con ciertas categorías de personas, como por ejemplo el ama de casa desprovista de toda fuente de ingreso propia y cuyo esposo es insolvente. El principio de la personalidad debería sin embargo ser respetado, aun si en la práctica no es siempre posible. Además, la ventaja principal del modelo de los días-multa y de su transparencia deriva del hecho que la decisión judicial debe indicar el número y el monto de los días-multa.

El segundo aspecto de la ampliación de la sanción pecuniaria a personas sin ingreso propio o con ingresos muy bajos, se relaciona con el problema del pago de la multa impuesta. Es decir, la posibilidad que tiene el condenado de descargarse en la persona de un tercero (marido, parientes, empleador, etc.). Hecho que es prácticamente imposible de evitar. Este defecto es inherente a la multa y su consecuencia es de la afectar indirectamente las personas cercanas al condenado y no solamente a éste. El mismo reproche vale también para las demás penas: el principio de la personalidad de las penas no puede ser pues respetado de manera absoluta.

Desde un punto de vista de política criminal, no es posible, actualmente, eliminar este aspecto negativo de la multa. Para evitar que terceros paguen la multa, queda solo la amenaza de represión a causa de obstrucción a la justicia, por sustracción de una persona a la ejecución de una pena. Lo cierto es que, en la práctica, ningún juez se preocupa de determinar quién paga realmente la multa. Este es un hecho que deber ser tomado en cuenta y no ignorado o disimulado, “una amenaza constante a los bienes jurídicos protegidos penalmente, si por ejemplo una gran empresa diera a sus

choferes, desde el momento de contratarlos, la seguridad de tomar a su cargo toda multa que podría imponérseles debido a una violación a las prescripciones de la Ley de la circulación realizada en interés de la empresa”.

3.9.2. Determinación de la sanción de multa en función al sistema de tercios de la pena.

Considerando que nuestro actual código penal regula la multa como una pena propiamente dicha, consideramos pertinente utilizar el sistema de tercios que se utilizan para la determinación de la pena privativa de libertad, y adecuar tal mecanismo a la imposición de aquella.

Es así como adecuando lo establecido en el artículo 45-A de nuestro Código Penal, podemos establecer que la pena de multa también tiene tres etapas de determinación, por lo que debemos transitar la pena de multa desde la conminación (que nos habla de días multa) hasta convertir todo ello en una determinada cifra de dinero.

Primera Etapa. –

“el juez tiene que decidir en primer lugar cuantos días-multa corresponde aplicar al caso y para eso toma en cuenta también las circunstancias concurrentes en el caso, lo que hemos mencionado; mayor número de circunstancias mayor número de días-multa que se van a considerar; mayor número de circunstancias atenuantes menor número de días multa; siempre de ese tope; y si hay circunstancias

cualificadas o privilegiadas, pues podrá bajar por debajo del mínimo o podrá subir por encima del máximo” ¹⁶¹

En esta primera etapa de la determinación de la pena de multa, notamos que se encuentra estrechamente relacionada a las fases a seguirse en la individualización de la pena (Art. 45 A), que en su momento explicamos; en primer lugar cuantos días-multa corresponde aplicar al caso, no es más que el espacio punitivo en la determinación de la multa como pena; en segundo lugar, la consideración de las circunstancias concurrentes para definir el número de días-multa, corresponde a la segunda fase en la determinación de la pena(Art. 45- A); y por último, circunstancias cualificadas o privilegiadas, que rebajan del mínimo o podrá subir por encima del máximo, es lo que constituye la tercera etapa en la determinación de la pena. Es así como encontramos en esta primera todas las fases que utiliza el art. 45-A del código penal para individualizar la pena.

Segunda Etapa.

“Una vez que ya tenemos definido el número de días-multa que corresponde, lo que tenemos que hacer ahora es transformar la multa en una unidad de referencia económica, el día-multa tenemos que convertirlo en cantidad de dinero, y para eso tomamos en cuenta el segundo momento, la cuota diaria dineraria de la multa; esto es, considerar cuál es el ingreso promedio diario de la persona autora del delito, le restamos lo que es necesario para su supervivencia, para

¹⁶¹ Centro de Investigaciones Judiciales (CIJ). “NUEVOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA”. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Disponible en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES. Pág. 42.

*sus gastos básicos y lo que nos queda como neto, eso es la cuota diaria dineraria de la multa”.*¹⁶²

En cuanto a esta segunda etapa que se seguirá en la determinación de una sanción de multa, tiene mucho que ver la solvencia económica del sujeto activo del delito; operación que no es más que una operación matemática que resulta de restar del ingreso diario de la persona los gastos concernientes a su mantenimiento, y tal resultado vendrá a constituir el día multa.

Tercera Etapa.

*“la tercera etapa es la multa, la tercera ya es la definición del monto dinerario a pagar; esto es, el importe total de la multa. Entonces, lo único que nos toca hacer es multiplicar el número de días-multa por el valor que como cuota diaria le hemos asignado; el producto resultante será la multa, y esa es la que debe aparecer en la sentencia condenatoria”.*¹⁶³

Finalmente, luego de la operación matemática de la que hablamos en la segunda etapa, lo único que queda es multiplicar el resultado que en dinero equivale a tal cuota diaria por el total días de multa imputados al agente del delito.

3.9.3. Impago de la Multa.

La solución del Código Penal para los casos de impago de la pena de multa es siempre la misma: la responsabilidad personal subsidiaria, esto es el llamado “arresto sustitutorio”. Sobre esta

¹⁶² Ibidem. Pág 43

¹⁶³ Ibidem. Pág 43

cuestión nos remitimos al capítulo relativo a las penas privativas de libertad, pues allí desarrollamos las cuestiones que plantea el arresto sustitutorio.

Por ello, aquí solamente señalaremos tres cuestiones que surgen en caso del impago de la pena de multa. Son las siguientes: La primera, si el condenado no satisficiera la multa queda sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. Y, por último, el cumplimiento de la responsabilidad penal subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

3.9.4. Conversión de la Multa en Pena Privativa de la Libertad.

La ratio de la reglamentación legislativa de la fijación de la multa es lograr que la sanción pecuniaria sea más eficaz y justa. Este sentido, Stooss sostuvo de manera insistente que se trataba de lograr que el Juez estableciese la pena justa con relación al condenado. Con este fin previo, en su proyecto de código penal suizo un procedimiento muy flexible para el pago de la multa. Esta idea fue perfeccionada en los proyectos posteriores. Su objetivo era sin duda alguna suprimir completamente la conversión de la multa en pena privativa de libertad. De acuerdo con este procedimiento, si la sanción pecuniaria es individualizada de tal manera que el condenado pueda pagarla y que lo haga efectivamente, el problema de la conversión no existe más.

La solución adoptada por el parlamento fue una solución de compromiso. La conversión, considerada como cuerpo extraño al proyecto por sus principales autores. Fue incorporada en el Código penal, pero limitada por la aplicación de la suspensión de la condena, si todas las condiciones se encontraban reunidas. Fue

igualmente limitada por la exclusión de las conversiones, al momento de dictarse la condena o por decisión posterior, si el condenado probaba que se encontraba, sin su culpa, en la imposibilidad de para la multa. En realidad, el Estado renuncia, de esta manera, a la ejecución de la pena en consideración a la insolvencia del condenado no debida a su culpa.

En el Código de 1991, se ha adoptado un sistema flexible. El punto de partida es que el Juez imponga una pena de multa conforme a la culpabilidad del agente y adecuada a su situación económica. Esto debería, en principio, significar que el condenado tiene la posibilidad material de cancelar al Estado la “suma de dinero fijada en día-multa”. Esto supone, a su vez, que el multado es una persona solvente (capaz de disponer una parte de su patrimonio sin afectar los recursos indispensables para su sustento y el de su familia). Si ese es el caso, el condenado podrá pagar la multa dentro de los diez días de dictada la sentencia.

Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias y a pedido del condenado, el Juez podrá autorizarlo a pagar la multa en cuotas mensuales (segunda parte del inciso antes citado). De manera que, se busca nuevamente una mejor adecuación de la pena a la situación personal del condenado y, en lo posible asegura el pago de la multa. La ejecución de la sanción gana en eficacia resocializadora, en la medida que dicha forma de pago supone la buena voluntad del condenado para cumplir con lo dispuesto en la sentencia.

Este acuerdo es, igualmente indispensable para el que el pago se efectué mediante el descuento de la remuneración del condenado. El inciso segundo del Art. 44 no establece expresamente esta condición como lo hizo con relación al pago por cuotas, pero se

deduce del hecho que el condenado podría, si querría pagarla en una sola vez. Cuando por mala voluntad no paga dentro de los diez días la multa o establecida una de las formas de pago antes señaladas, frustra su cancelación, el juez ejecutará la multa en los bienes del condenado solvente o la convertirá en pena privativa de libertad, ante de practicar esta conversión, el condenado será requerido judicialmente. La equivalencia es de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado. Dada la ratio del sistema adoptado, solo deberá procederse a la conversión de la multa en pena privativa de libertad cuando la realización en los bienes del condenado sea infructuosa.

El carácter de medida extrema de esta forma de conversión esta también evidenciado, primero, en cuanto se dispone, en caso de que el condenado deviene insolvente por causas ajenas de su voluntad, que la multa se convierta en una pena de limitación de días libres o de prestación de servicios a la comunidad. Debido a la ausencia de mala voluntad, se establece una equivalencia favorable al condenado “de una jornada por cada siete días-multa”. Y segundo, al estatuirse que la conversión de la multa en pena privativa de libertad no es definitiva, ya que el condenado puede pagarla en cualquier momento descontándose el equivalente a la parte de la pena ya cumplida.

Toda esta regulación detallada contrasta con la ausencia de disposición referente a los condenados insolventes en el momento de dictarse la sentencia. Insolvente porque solo ganan lo suficiente para sobrevivir o porque carecen de toda fuente de recursos (por ejemplo, desocupados). Pareciera que se ha partido de la idea que toda persona, puesto que vive en sociedad, cuenta necesariamente con alguna fuente de ingresos. De allí que tampoco se haya

establecido criterio alguno para determinar, en los casos indicados, el monto del día- multa.

A pesar de la constatación unánime, en Europa, de los efectos nefastos de las penas privativas de libertad de corta duración, la conversión de la multa no pagada en detención ha subsistido en todas las legislaciones. Su papel es el de la espada de Damocles. La eficacia de la sanción pecuniaria es así garantizada. Además de su efecto disuasivo para el deudor recalcitrante, se espera que la conversión colme el vacío creado por la inejecución de la sanción pecuniaria, evitando que una infracción permanezca impune. Hoy en día, casi no existe en partidarios de la eliminación total de la conversión como era el caso en el siglo pasado. La gran mayoría de juristas considera que se trata de un mal inevitable y necesario.

Además, como consecuencia, la conversión permite accesoriamente de imponer una sanción a las personas “inmunizadas” contra la multa; por ejemplo, aquellas que tendrían la capacidad de obtener ingresos pero que no realizan esfuerzos para obtenerlos. La pena privativa de libertad que sustituye la pena de multa constituye una verdadera sanción penal. No se trata en este caso, de la prisión por deuda según el modelo francés “contrainte par corps”. En los países donde esta pena no es acompañada de la suspensión de su ejecución, la conversión tiene por efecto la de volver a introducir de las penas privativas de corta duración, cuya desaparición se trata de obtener. Esto es debido a la ejecución de un gran número de penas de sustitución.

Otra desventaja de la conversión consiste en que la detención subsidiaria es sufrida simultáneamente por el condenado como sanción por la infracción y como castigo por no pago de la multa, o hasta como solo la punición de su falta de solvencia. Esta situación

se agrava cuando la conversión se hace relación de un condenado insolvente como sucede generalmente entre nosotros.

3.10. LA MULTA EN NUESTRO DERECHO PENAL VIGENTE

El artículo 41 de nuestro actual Código penal, establece que la multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días- multa. La fijación de su máximo legal resulta problemática porque hay casos en que la multa se establece conforme a un porcentaje del perjuicio originado por el delito, como ocurre en la malversación de caudales públicos.

El código penal del 1991 solo contempla a la multa como pena principal, diferenciándose así de su antecesor que la consideraba además como pena accesoria.

La obligación de tomar en cuenta la situación económica del penado, no altera las reglas generales de determinación de la pena, porque de lo que se trata es de procurar una afectación patrimonial pareja en iguales circunstancias y condiciones. Si bien, nuestro sistema positivo, al no receptar el sistema del día multa, no logra resolver satisfactoriamente esta desigualdad, a disposición tiende claramente a ello.

Uno de los problemas más graves que plantea la multa es su conversión en prisión en el caso de incumplimiento, puesto que pierde todos los beneficios derivados de su implementación como sustitutivo de las penas cortas privativas de libertad, convirtiéndose de este modo en una vía indirecta para re implementarlas. Nuestro Código Penal, prevé la posibilidad de la conversión en el párrafo 1 del Art. 56: “Si el condenado solvente no paga la multa o frustra su cumplimiento, la pena podrá ser ejecutada en sus bienes o convertida, previo requerimiento judicial, con la equivalencia de un día de pena privativa de libertad por cada día-multa no pagado”. Para evitar al máximo este inconveniente, la misma Ley toma los

recaudos que dan lugar a la conversión recién como un último recurso, una vez agotadas todas las posibilidades de obtener el cumplimiento de la pena. Para ello tiene previstas tres diferentes variables (Art. 56 del Código Penal):

- A. Si el condenado deviene insolvente por causas ajenas a su voluntad, la pena de multa se convierte en una limitativa de derechos o de prestación de servicios a la comunidad con la equivalencia de una jornada por cada siete días-multa impagos.
- B. El condenado puede pagar la multa en cualquier momento descontándose el equivalente a la pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios cumplidos a la fecha.
- C. Cuando se impone conjuntamente pena privativa de libertad y multa, se adiciona a la primera la que corresponde a la multa convertida.

Es de mencionar, que en el presente el uso de los días multa se ha ido generalizando entre los sistemas jurídicos extranjeros contemporáneos, como se observa en los códigos penales de Alemania (Art. 40 I), Austria (Art. 19 I), Bolivia (Art. 29), Brasil (Art. 49), Costa Rica (Art. 53), Cuba (Art. 35), El Salvador (Art. 61) y Panamá (Art. 48). Cabe anotar que en el derecho penal especial y complementario vigente actualmente en el país, la utilización de la pena de multa también se desarrolla en base al sistema de días-multa. Así, por ejemplo, el Art. 11 del Decreto Ley N° 25475 (06/05/1992) que reprime el delito de terrorismo señala que: “Toda condena dictada en

aplicación del presente Decreto Ley, llevara consigo la pena accesoria de multa de sesenta a trescientos sesenta y cinco días multa”. Por su parte, el Art. 1 de la Ley N° 28008 (28/08/2003) sobre delitos aduaneros también precisa con relación al contrabando que su autor o participe “Sera reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos a setecientos treinta días - multa” El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Y en el Art. 202 del Decreto Ley N° 23214 (24/07/1980), Código de Justicia Militar, se establece que los autores de delitos contra el deber y dignidad de la función “serán reprimidos con la pena de prisión o reclusión militar según la gravedad de la infracción con multa de la renta de 30 a 60 días e inhabilitación...”. Sin embargo, constituye una excepción la configuración de los días-multa en la pena pecuniaria para los autores de delitos contra el sufragio, conminada en la Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26859 del 01/10/1997). Según el artículo 390° “Son reprimidos con pena privativa de la libertad no mayor de seis meses y pena de multa no menor de diez por ciento del ingreso mínimo vital multiplicado por treinta días de multa más pena accesoria de inhabilitación,

por igual tiempo que el de la condena, de conformidad con los incisos 1, 2, 3,4 y 8 del Artículo 36° del código penal”.

Esto es, el legislador ha diseñado una multa con definición tasada de los días – multa aplicable (30 días - multa), omitiendo la valoración de los indicadores relativos a la antijuridicidad del hecho y el grado de culpabilidad del autor.

Asimismo, ha establecido la cuota diaria dineraria en base a un porcentaje del ingreso mínimo vital (no menor del 10% del ingreso mínimo vital). En cuanto a la multa como sanción administrativa, es evidente que ella suele aplicarse en base a otros criterios de referencia.

Un aspecto que resulta preocupante, en cuanto a las multas administrativas, radica en el hecho de que el legislador nacional suele autorizar, contraviniendo abiertamente el principio de la unidad del Derecho sancionador y del non bis in ídem, que ellas se apliquen de modo sucesivo o paralelo a delitos a los que les corresponde una multa penal¹⁶⁴.

El Decreto Legislativo N° 716, Textos Únicos Ordenados de las Leyes de Protección al Consumidor, de Represión de la Competencia Desleal y de Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, da cuenta de este errado proceder al mencionar de modo general que “Las sanciones administrativas y medidas correctivas detalladas en el presente Título se aplicarán sin perjuicio de las indemnizaciones de carácter civil y la aplicación de las sanciones penales a que hubiera lugar (Art. 39°)”.

¹⁶⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. “Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 1995. Pág. 151.

3.11. PENA DE MULTA EN LA LEGISLACION COMPARADA.

Al respecto hemos creído conveniente tratar los siguientes países:

3.11.1. La Pena de Multa en el Derecho Penal Español:

Es una sanción económica que consiste en la obligación de pagar cierta cantidad de dinero al día durante el tiempo que se establezca en la sentencia, a este sistema se le llama de días_ multa. La duración de esta pena oscila entre 5 días y 2 años; sin embargo, este límite no se aplica cuando la pena de multa se impone en sustitución de otra clase de pena (por ejemplo, de arrestos de fines de semana). La cuantía de la multa se calcula, por tanto, multiplicando el tiempo de duración impuesto por el importe diario que en cada caso se establezca¹⁶⁵. A efectos del cómputo del tiempo, se entiende que los meses tienen 30 días y que el año 360. Si el condenado se niega a cumplir la pena de multa, se le condenara, además, a cumplir un día de arresto por cada 2 cuotas - día que no haya abonado¹⁶⁶.

Esta pena puede cumplirse en régimen de arrestos o mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En cualquier caso, un abogado podrá ofrecer asesoramiento sobre todas estas cuestiones a la vista de las peculiaridades que presente cada supuesto concreto. Así en el Código Penal español a la multa la podemos ubicar en el Art. 50.1 de Código Penal¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En todo caso el importe de la cuota diaria mínima es de 1.20 € (200 Ptas.) y la máxima de 300.51 € (50.000 Ptas.) dependiendo de la situación económica del obligado al pago.

¹⁶⁶ [www. Tesis/monografias/derecho/multa.com](http://www.Tesis/monografias/derecho/multa.com)

¹⁶⁷ CALDERON CERESO, A y CHOCLAN MONTALVO, J A. Ob. Cit. Pág. 453.

Existe la posibilidad de sustituir las penas de prisión por otras de menor gravedad, lo que puede realizarse de varias formas: la primera, por sustitución obligatoria: El Código Penal obliga a sustituir la pena cuando esta sea inferior a los 6 meses de prisión. La segunda, por sustitución ordinaria: Si la pena es de prisión por un tiempo inferior a 1 año, será sustituida por la de arresto de fin de semana o multa según estime conveniente el juzgador.

Este beneficio no se aplica a los reos habituales y deben valorarse factores como la naturaleza de la acción delictiva sus circunstancias personales y familiares. Etc. Los criterios de sustitución consisten en reemplazar cada día de prisión por 2 arrestos de fines de semana y cada día de prisión por 2 cuotas de multa. Si la pena es de arresto de fin de semana podrá ser sustituida por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será reemplazado por 4 cuotas de multa o 2 jornadas de trabajo y es necesario que el condenado este conforme.

En tercer lugar, por sustitución extraordinaria: Se aplica con carácter excepcional en los casos de penas de prisión que no superen los 2 años. Es necesario que el penado no sea un reo habitual y que el cumplimiento de la pena repercuta negativamente en su reinserción social. Se reemplazará cada semana de prisión por 2 arrestos de fines de semana y cada día de prisión por 2 cuotas de multa.

Y en último lugar, sustitución de la pena a extranjeros: Las penas de prisión inferiores a 6 años que se impongan a un extranjero que no resida legalmente en España pueden ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Siempre

resulta conveniente consultar con un abogado las singularidades que puede presentar cada caso concreto.

3.11.2. La Pena de Multa en el Derecho Penal Argentino:

La pena de multa. En el Código Penal de argentina, se encuentra regulado dentro del capítulo III: De las Penas (Arts. 05-25). La multa obligara al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40 °, la situación económica del penado. Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El Tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurara la satisfacción de la primera haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos, u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello. También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijara el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado. En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedara en libertad, del importe se descontara, de acuerdo con las reglas establecidas para el computo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo este solo en forma alternativa con aquella. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de pesos noventa mil. La condena importa la

perdida a favor del Estado nacional, de las provincias o de los Municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros, de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito.

Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse, aunque afecta a terceros, salvo el derecho de estos, si fuere de buena fe, a ser indemnizados. Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal y de producto o el provecho del delito ha código penal de la república Argentina Libro primero: disposiciones generales beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra estos. Cuando con el producto o el provecho del delito se hubiese beneficiado un tercero a título gratuito el comiso se pronunciará contra este.

Si el bien decomisado tuviere valor de uso o cultural para algún establecimiento oficial o de bien público, la autoridad nacional, provincial o municipal respectiva podrá disponer su entrega a esas entidades. Si así no fuere y tuviera valor comercial, aquella dispondrá su enajenación, si no tuviera valor lícito alguno se le destruirá. La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco. Si durante la condena el penado se volverá loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, sin que ello obste a lo dispuesto en el apartado tercero inciso 1 del artículo 34 °.

Se trata de una pena principal. De acuerdo con las disposiciones del artículo 5 del Código Penal, teniendo un objetivo reparador e intimidatorio como ocurre en el artículo 175° del Código Penal, que en su primera parte establece que “será reprimido con multa de pesos argentinos mil a pesos argentinos quince mil el que encontrare perdida una cosa que no le pertenezca o un tesoro y se apropiare la cosa o la parte del tesoro correspondiente al propietario del suelo, sin observar las prescripciones del Código Civil”.

Es decir, la multa se trata del pago al Estado de una suma de dinero fijado por una sentencia condenatoria, tal como fija el artículo 21 que además establece que si “el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y media y aunque el tribunal, , antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurara la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldo u otras entradas del condenado”, pudiendo incluso autorizar al condenado amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello o bien a pagar la multa por cuotas. Al respecto también se establece que el tribunal fijar el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado¹⁶⁸. Es evidente y la realidad así lo marca que, a pesar de este artículo, es muy difícil que el Juez transforme la multa en prisión, cuyo monto se establece judicialmente considerando las pautas fijadas por los artículos

¹⁶⁸ [www. Monografía. Com/trabajos44/derecho-penal-penas/derecho-penal-penas.shtml#penamulta](http://www.Monografia.Com/trabajos44/derecho-penal-penas/derecho-penal-penas.shtml#penamulta)

CAPITULO IV

ANALISIS Y RESULTADOS

4.1. Descripción Del Trabajo De Campo Realizado

Presentamos la estructura del trabajo de campo que, en un primer rubro, se recopilará la información que corresponde a los operadores jurídicos del distrito judicial de Lambayeque; seguidamente se obtuvo la opinión de especialistas en Derecho Penal, haciendo uso de entrevistas; finalmente se examinará las sentencias que imponen pena de multa bajo la siguiente población y muestra:

- **Población:** Distrito Judicial de Lambayeque.
08 juzgados penales unipersonales.
- **Muestra:** Análisis de las sentencias de 4 juzgados Penales Unipersonales en el periodo 2015 – 2016

4.2. Resultado de Opinión de Especialistas en Derecho Penal

Con el fin de establecer un parámetro especializado, nos avocamos a recopilar la opinión de jueces y especialistas de la provincia Distrito Judicial de Lambayeque, para lo cual se elaboró el siguiente cuestionario aplicado a una muestra asignada de (esquema completo ver Anexo N°1):

I. LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA QUE SANCIONA LA PENA DE MULTA.

1. A su criterio, ¿cuándo se puede decir que una norma jurídica es eficaz?

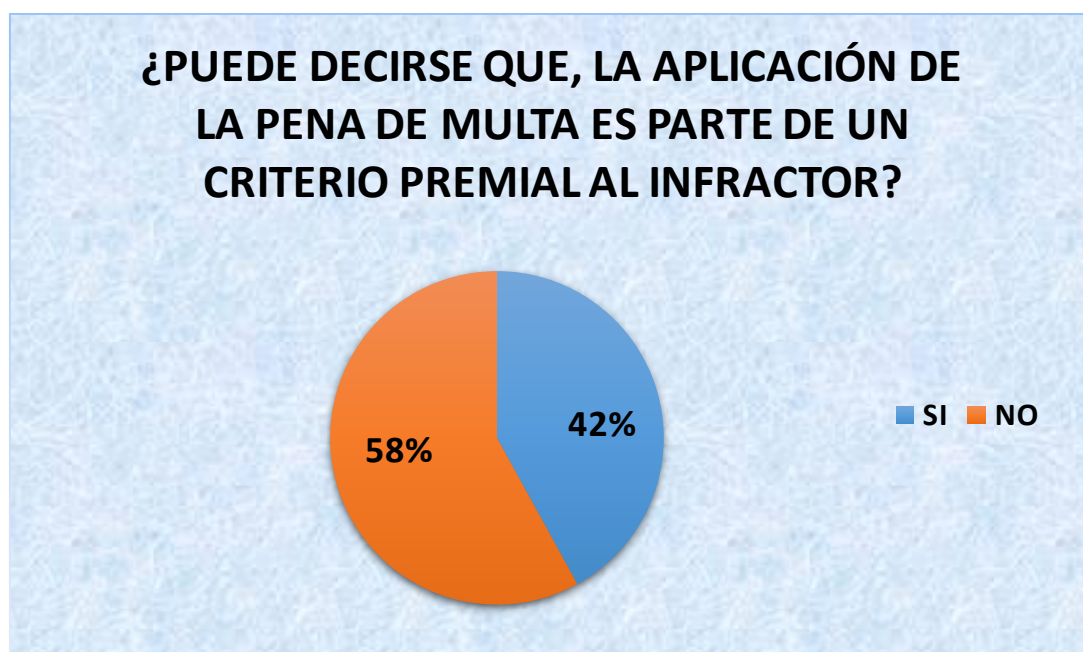
Las respuestas

2. ¿Cuáles son los factores de los cuales depende la eficacia de una norma?

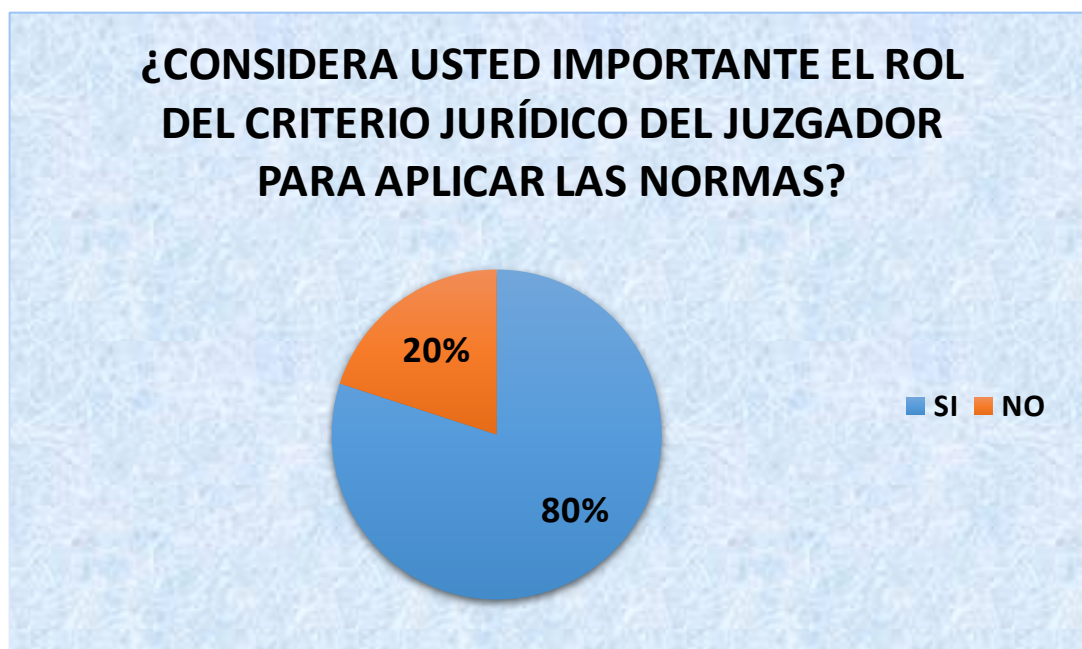
¿CONSIDERA USTED, EFICAZ LA NORMA JURÍDICA QUE SANCIONA LA PENA DE MULTA?	
SI	38
NO	12
TOTAL	50



¿PUEDE DECIRSE QUE, LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MULTA ES PARTE DE UN CRITERIO PREMIAL AL INFRACTOR?	
SI	21
NO	29
TOTAL	50



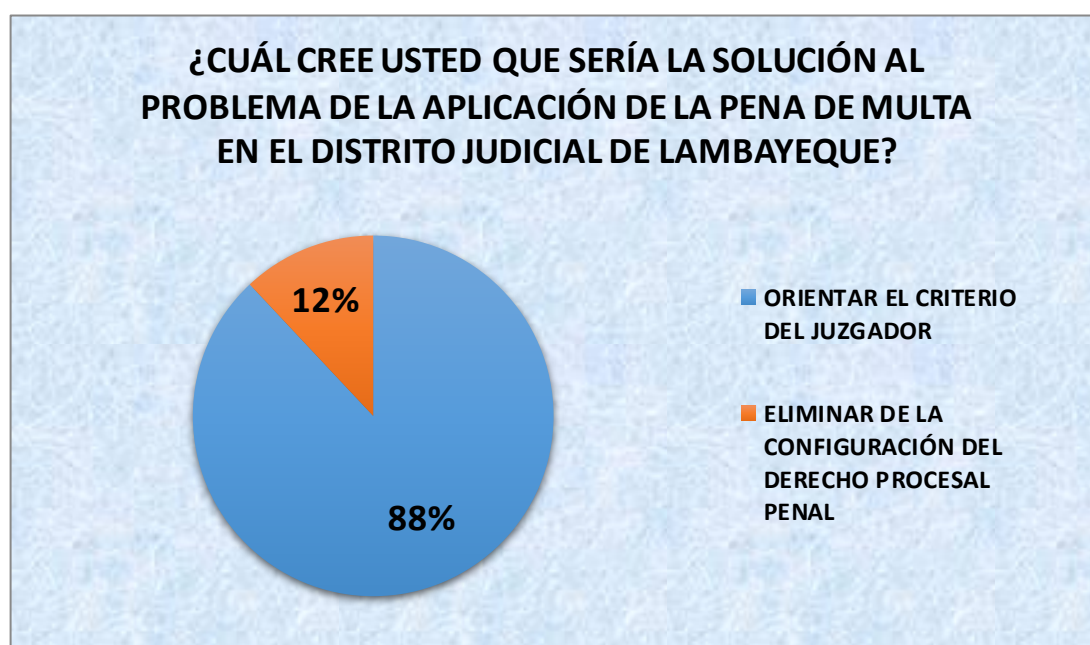
¿CONSIDERA USTED IMPORTANTE EL ROL DEL CRITERIO JURÍDICO DEL JUZGADOR PARA APLICAR LAS NORMAS?	
SI	40
NO	10
TOTAL	50



¿CÓMO CALIFICARÍA EL CRITERIO DEL JUZGADOR PARA APLICAR LA PENA DE MULTA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE?	
EFICIENTE	35
INEFICIENTE	15
TOTAL	50



¿CUÁL CREE USTED QUE SERÍA LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MULTA EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE?	
ORIENTAR EL CRITERIO DEL JUZGADOR	44
ELIMINAR DE LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL	6
TOTAL	50



4.3. Resultado de Análisis de Sentencias

- Proceso de discriminación de datos.

El análisis de las sentencias de 4 de los juzgados unipersonales se hará luego de la selección en función a un criterio de discriminación que obedece primero a la incidencia de aplicación de este tipo de

sanción, cifras que nos indicarán los Juzgados escogidos para la obtención de las sentencias que deben ser analizadas.

Para ello procedemos a plasmar los datos estadísticos que han sido obtenidos de manera oficial mediante el sistema de registro del Poder Judicial.

- Estadística de Procesos en los Juzgados Unipersonales.

<i>SENTENCIAS CON JUZGADOS UNIPERSONALES 2015</i>		
JUZGADOS	TOTAL	CON MULTA
1° JUZG. UNIPERSONAL		58
2° JUZG. UNIPERSONAL	443	75
3° JUZG. UNIPERSONAL	403	38
4° JUZG. UNIPERSONAL	403	34
5° JUZG. UNIPERSONAL		41
6° JUZG. UNIPERSONAL		45
7° JUZG. UNIPERSONAL		43
8° JUZG. UNIPERSONAL		41
COLEGIADO TRANSITORIO		13
COLEGIADO PERMANENTE		20

El cuadro anterior ha permitido establecer el criterio de selección de los juzgados en los que se obtendrán las sentencias que serán materia de análisis para la obtención de resultado respecto a la determinación de la pena de multa en los juzgados unipersonales de la ciudad de Chiclayo, siendo el rango establecido de mayor a menor.

- Análisis de Sentencias seleccionadas.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS UNIPERSONALES CSJL							
	JUZGADO	EXPEDIENTE	PENA APLICADA	MONTO DE LO DIAS MULTAS	REPARACION CIVIL	DELITO	MOTIVACION
1	6° JUZGADO UNIPERSONAL	03540-2013-53-1706-JR-PE-06	02 AÑOS Y 02 MESES	30 Días = 187.50 Soles	S/. 350.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	NINGUNA
2	6° JUZGADO UNIPERSONAL	01966-2013-58-1706-JR-PE-02	03 AÑOS Y 06 MESES	365 días = 2,281.25	S/. 200.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	NINGUNA
3	6° JUZGADO UNIPERSONAL	00842-2013-55-1706-JR-PE-04	02 AÑOS Y SEIS MESES	180 días = 1,125.00	S/. 300.00	contra la fe Pública (Falsedad Ideológica)	NINGUNA
4	6° JUZGADO UNIPERSONAL	06722-2013-25-1706-JR-PE-03	03 AÑOS Y 06 MESES	30 días = 170.00	S/. 600.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	NINGUNA
5	6° JUZGADO UNIPERSONAL	06335-2013-02-1706-JR-PE-07	10 MESES, 9 DIAS	60 días = 750.00 SOLES	S/. 1,500.00	Delito contra la Vida, El Cuerpo y la Salud (Lesiones Leves)	NINGUNA
6	7° JUZGADO UNIPERSONAL	03187-2013-86-1706-JR-PE-02	02 AÑOS Y 07 MESES	26 días = 97.00 soles	S/. 500.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
	7° JUZGADO UNIPERSONAL	03107-2013-42-1706-JR-PE-07	01 AÑO Y 09 MESES	30 días = 187.00 SOLES	S/. 500.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
	1° JUZGADO UNIPERSONAL	04150-2012-58-1706-JR-PE-07	03 AÑOS Y 05 MESES Y 04 DIAS	50 días = 187.05 SOLES	S/. 500.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	

2° JUZGADO UNIPERSONAL	03434- 2013-94- 1706-JR- PE-06	03 AÑOS Y 06 MESES	180 días = 642.86 soles	S/. 500.00	Contra la Fe Publica (Tráfico Ilícito de Drogas - Micro comercialización)	
2° JUZGADO UNIPERSONAL	01549- 2012-87- 1706-JR- PE-02	04 AÑOS EFECTIVA	además 200 días = 1,666.00 soles	S/. 3,970.00	Contra la Fe Publica (Falsificación de Documentos)	
2° JUZGADO UNIPERSONAL	03713- 2013-24- 1706-JR- PE-04	06 AÑOS EFECTIVA	0	4,000.00	Contra la Administración Pública (Cohecho Pasivo Propio)	
2° JUZGADO UNIPERSONAL	00069- 2013-58- 1706-JR- PE-02	02 AÑOS	30 días = 97.00 SOLES	1,000.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
1° JUZGADO UNIPERSONAL	02953- 2013-80- 1706-JR- PE-04	01 AÑO Y 09 MESES	52 días = 182.00 SOLES	8,000.00	Delito de Lesiones Culposas Graves.	
1° JUZGADO UNIPERSONAL	04784- 2013-11- 1706-JR- PE-02	01 AÑO Y 09 MESES	30 días = 187.50 Soles	500.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
7° JUZGADO UNIPERSONAL	03451- 2013-9- 1706-JR- PE-05	01 AÑO Y 08 MESES	25 días = 156.25 SOLES	500.00	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
7° JUZGADO UNIPERSONAL	04608- 2013-12- 1706-JR- PE-01	02 AÑOS, 06 MESES Y 26 DIAS	30 DIAS = 112.50 SOLES	500.00 SOLES	Contra la Fe Publica (Uso de Documento Público Falso)	
7° JUZGADO UNIPERSONAL	03255- 2012-46- 1706-JR- PE-04	02 AÑOS Y 07 MESES	30 DIAS = 150.00 SOLES	500.00 SOLES	Contra la Fe Publica (Falsificación de Documentos)	

La primera apreciación del cuadro de análisis de sentencias es

CAPITULO V

CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

5.1. Discusión De Los Resultados

A fin de poder establecer una correcta demostración de la hipótesis en función de los resultados recabados, se establecerán los puntos de discusión que se desprenden del desarrollo de nuestras metas trazadas como objetivos específicos y son los que a continuación se describen:

¿Qué parte de la estructura configurada en el Código Penal sobre la pena de multa, adolece de un vacío u oscuridad que merece corregir?

Según lo reseñado en el trabajo de investigación podemos definir que la estructura del Art. 43 señala o impone la pauta jurídica mediante la cual se determina el importe de la multa, en función a lo descrito también podemos razonar que tal determinación está orientada para un solo sector de la población, puesto que señala tal acto en función al trabajo que desarrolla el sujeto activo a quien se le impondrá la sanción; en ese sentido salta el cuestionamiento de si se requerirá una aclaración que permita establecer penas de multa a quienes no cuenten con un trabajo estable.

¿Cómo se puede determinar la imposición y el importe de la pena de multa?

Será necesario considerar el artículo 41 del código penal que señala taxativamente que el importe se determina considerando al patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza del condenado; verificamos pues, que la norma especifica las pautas que se deben seguir para tal determinación; en la realidad según lo obtenido del análisis de las sentencias observamos que únicamente se ha limitado a señalar al fijar la pena de multa, lo concerniente al porcentaje de días multa, su conversión líquida a cancelar, el plazo perentorio para el pago y el apercibimiento de conversión en caso de incumplimiento; sin embargo, no se advierte que exista motivación enrumada a determinarla en función a los indicadores previstos en el artículo 41 del Código Penal.

El resultado del análisis de las sentencias, nos llevan a cuestionar primero la actuación de los juzgadores en tanto responsables de la determinación de la pena de multa y su importe, en segundo lugar, nos ocuparemos de observar si el Ministerio Público aporta los elementos de convicción necesarios para generar un criterio adecuado en el juzgador.

¿qué criterio jurídico indica de manera más adecuada el establecimiento de la pena de multa?

Fiscales obligación de presentar medios de prueba, incluir en su requerimiento al momento de sustentar la acusación, elementos de convicción que se conviertan en medios de prueba que le permitan al Juez sustentar de manera objetiva el importe de la pena de multa a imponerse, informes que indiquen la realidad de sus ingresos, bienes de su propiedad. Esta afirmación tiene como base doctrinaria que se inspira en lo contemplado por la

Ley D.L. 052 Ley Orgánica MP, luego el art. 122 CPP, que se inspira en el debido proceso contemplado en la Constitución Política del Perú, referente a la debida motivación de las sentencias y requerimientos en este caso.

CONCLUSIONES

- Se ha podido determinar que la pena de multa tiene la finalidad de reeducación o resocialización del infractor. Si lo que se busca es el control social entonces debe entenderse el carácter de humanidad de las penas, de capacidad de libertad del sujeto, desarrollo de su personalidad, asociándolos con programas concretos de modificación conductual, ello configurará un fin adecuado de la sanción estudiada.
- Se ha podido verificar que la pena de Multa a evolucionado histórica y trascendentemente, imponiéndose en principio como el pago o retribución con el cercenamiento incluso de una parte del cuerpo para que con este daño al infractor resarcido quede el delito, esto se ha traducido a la actualidad a una sanción patrimonial pecuniaria.
- Llegamos a concluir que la efectividad de la norma que regula la pena de multa depende directamente de la eficiencia con la que se desarrolla el criterio jurídico del juzgador, el mismo que por exigencia normativa debe ser sustentado y motivado jurídicamente, en ese sentido se pudo verificar de la muestra de sentencias, que sólo una de ellas hace referencia a la motivación que justifica la imposición de la multa, más el resto solo determina cuantitativamente.
- Ante la imprecisión de la configuración del artículo 41° del Código Penal, la determinación de la pena de multa dependerá del criterio técnico jurídico del juzgador, por lo mismo que se requerirá de la certera intervención del

Ministerio Público, quien a través del Fiscal se ocupará de recabar y proporcionar las pruebas pertinentes que faciliten el cálculo adecuado de la pena de multa a aplicarse.

RECOMENDACIONES

- Con la intención de promover el carácter reeducador y resocialización de la pena de multa, proponemos que las políticas estatales en lo sucesivo se proyecten a establecer mecanismos de control social, en el que se incluya la implementación de las penas de multa para delitos de bagatela, descongestionando con ello la carga procesal de las Fiscalías y los Juzgados en los que no se tenga que investigar hasta por el más mínimo incidente.
- Sugerimos que el Ministerio Público proyecte la creación de un protocolo de investigación en el que se incluya la investigación de los bienes y trabajo de los inculpados candidatos a la imposición de la pena de multa, cuyo informe permita justificar el criterio de la determinación cuantitativa para la pena de multa por parte del juzgador.

ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO ESCUELA DE POST GRADO MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TESIS:

“La Pena de Multa en los Juzgados Penales Unipersonales de la Ciudad de Chiclayo”

AUTORA: Abog. Marisol Vásquez Ruiz.

Sr.(a):

.....
.....

Es grato dirigirme a Usted, con la finalidad de hacer llegar el presente cuestionario cuya razón de ser es la recopilación de la opinión de destacados profesionales del derecho; ello con la intención de generar certeza en la investigación que realizo con el fin de obtener mi grado de magister en derecho. Por lo que solicito tenga la gentileza de absolver las preguntas formuladas, apelando a su objetividad jurídica, agradeciendo de antemano su colaboración.

III. LA EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA QUE SANCIONA LA PENA DE MULTA.

3. A su criterio, ¿cuándo se puede decir que una norma jurídica es eficaz?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

-
-
4. ¿Cuáles son los factores de los cuales depende la eficacia de una norma?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

5. ¿Considera Usted, eficaz la norma jurídica que sanciona la pena de multa?

- Si
- No

6. ¿Puede decirse que, la aplicación de la pena de multa es parte de un criterio premial al infractor?

- Si
- No

IV. LA EFICIENCIA DEL CRITERIO JURÍDICO APLICADO PARA ARGUMENTAR LAS SENTENCIAS EN LOS JUZGADOS PENALES UNIPERSONALES EN EL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE.

2. Teniendo en cuenta las reglas de argumentación jurídica, ¿considera usted importante el rol del criterio jurídico del juzgador para aplicar las normas?

- Si
- No

3. ¿Qué opinión le merece la orientación que adopta el criterio jurídico usado por los jueces unipersonales del distrito judicial de Lambayeque, al momento de aplicar la pena de multa?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

4. ¿cómo calificaría el criterio del juzgador para aplicar la pena de multa en el distrito judicial de Lambayeque?

- Eficiente
- Ineficiente

5. ¿Cuál cree Usted que sería la solución al problema de la aplicación de la pena de multa en el distrito judicial de Lambayeque?

- Orientar el criterio del Juzgador.
- Eliminar de la configuración del derecho procesal penal