

Proceso de conclusión anticipada que culmina con la reserva del fallo condenatorio.

Por: Dr. Dr. h.c. Felipe Villavicencio Terreros

I. El caso.

La reserva del fallo condenatorio es una institución regulada por el Código Penal en los artículos 62° al 67°, mediante la que se otorga al Juez la potestad de reservar la imposición de la condena y pena en un caso específico.

En el presente artículo analizaremos las posibilidades legales de que el Juez reserve el fallo condenatorio cuando el acusado se acoja a un proceso de conclusión anticipada cuando el Fiscal a solicitado la imposición de tres años de pena privativa de libertad.

En el caso hipotético, el Fiscal acusa al imputado por el delito de Falsedad Documental, previsto en el artículo 427° del Código Penal, en la modalidad de uso de documento público falso en agravio del Estado, solicitando **tres años de pena privativa de libertad**, un monto de reparación civil y días-multa. Este delito previsto en el segundo párrafo del artículo citado, sanciona al que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, con dos a diez años de pena privativa de libertad.

II. La conclusión anticipada del juicio oral

La conformidad es una manifestación del principio dispositivo en el proceso penal por el que el imputado realiza una declaración de voluntad libre y unilateral en que se declara responsable de los hechos que le acusan,

aceptando por consiguiente la comisión del delito imputado. Se trata de uno de los **mecanismos de abreviación o simplificación del proceso** que establece el Código Procesal Penal del 2004 por el que se da por concluido el juicio oral – y el proceso penal – si el acusado admite ser el responsable del delito y acepta la pena y la reparación civil formulada en la acusación fiscal. El efecto inmediato es que no hay debate contradictorio y se dicta la sentencia conformada dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes¹.

La conclusión anticipada del juicio oral se encuentra regulada en el artículo 372° del Código Procesal Penal 2004 y ésta se lleva a cabo en audiencia pública, inmediatamente después que el juez haya instruido al acusado de sus derechos y le haya preguntado si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación, se declara responsable de la reparación civil. El acusado, antes de emitir una **conformidad parcial o absoluta** de la acusación, puede conferenciar con su abogado defensor a fin de que éste le asesore lo pertinente. Así, si se reafirma en su inocencia, el juicio continuará pero si acepta su responsabilidad el Juez declarará la conclusión del juicio.

Cuando exista **pluralidad de procesados** y solo uno de ellos decida acogerse a la conclusión anticipada, únicamente a él se le dictara sentencia, y se continuará con el proceso contra los demás procesados que no se adhirieron a la conformidad.

Por regla general, se acepta la conformidad en los términos del acuerdo, sin embargo, existe el **control de legalidad** que el Juzgador debe hacer sobre el mismo. En tal sentido, si pese a la aceptación de cargos, el juez considera que el hecho no constituye delito o existe causa de eximente o atenuación de la responsabilidad penal, dictará la sentencia como corresponda².

¹ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “El Nuevo Proceso Penal”. IDEMSA. Lima, 2009, P. 183

²SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Op. Cit.,” P. 184

La **sentencia**, según establece la norma, será dictada en esa misma sesión o en la siguiente, y no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

La Corte Suprema de Justicia en el Acuerdo Plenario Vinculante N° 05-2008 del 18 de julio de 2008, estableció que con la conclusión anticipada se otorga un **beneficio subjetivo** consistente en la reducción de pena:

*“(...) en los supuestos de conformidad procesal la reducción no puede ser de un sexto. Necesariamente ha de tratarse de un porcentaje menor. Así las cosas podrá graduarse entre un **séptimo o menos**, según la entidad o complejidad de la causa, las circunstancias del hecho y la situación personal del imputado, y el nivel y alcance de su actitud procesal.”*
(Fundamento Jurídico 6, Punto 23)

En el caso hipotético, determinada la pena concreta parcial en tres años de pena privativa de libertad propuesta por la Fiscalía, ratificada en la audiencia de control de acusación y reconocida por el Juez de Investigación preparatoria en el auto de enjuiciamiento; este es el límite a partir del que se puede eventualmente negociar con el Fiscal una pena concreta total que debe ser menor a la planteada por el Ministerio Público. Aquí, se puede presentar dos situaciones:

- a) La Fiscalía puede aceptar la reducción de la pena: la idea de este modelo es buscar un acuerdo que reconozca una pena inferior a lo solicitado en la acusación, acogida en el auto de enjuiciamiento, así como el reconocimiento de las circunstancias de hecho, pena, reparación civil y consecuencias accesorias a imponer, incluyendo, de ser el caso, la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad o la reserva de fallo condenatorio.

- b) En caso que la Fiscalía no acepte una reducción de la pena, el imputado y su defensa pueden aceptar un acuerdo en los términos de la acusación, en tal caso, el Fiscal no puede proponer una pena mayor que la establecida en la acusación porque con ello se vulneraría el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la pena. En este caso, le corresponderá al Juez reducir la pena en una séptima parte, como indica el artículo 372.2 del CPP. Esto significa que a los 3 años (36 meses) se le debe descontar 5 meses (séptima parte de la pena concreta), lo que trae como consecuencia que la pena privativa de la libertad final a imponerse es de 2 años y 7 meses (31 meses).

El razonamiento acotado resulta concordante con lo indicado por NEYRA FLORES al señalar; en relación a la terminación anticipada, pero que analógicamente sería aplicable a la conclusión anticipada del juicio oral; que “(...) *la aplicación del beneficio de una reducción de una sexta parte se refiere a la pena concreta o final. Sobre ésta, una vez definida, es que ha de operar la reducción en una sexta parte [séptima parte en la conclusión anticipada – nota del autor-] es una pauta de disminución fija y automática, es decir, tasada. El acuerdo podrá consignarla, pero en todo caso siempre como consecuencia del beneficio aludido, a efectos de que el Juez pueda definir con seguridad y acierto la realidad del beneficio premial y su exacta dimensión*”.³

III. La Reserva del Fallo Condenatorio

La reserva del fallo condenatorio tiene su origen en la “*probation*” anglosajona⁴; la norma penal peruana se inspiró en el Anteproyecto de Código Penal español

³ NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial IDEMSA, Lima, 2015, p. 104

⁴Para más detalles, vid. NUÑEZ Y PAZ, Miguel-Angel. Alternativas a la pena privativa de libertad: suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena (la aplicación de la Probation en el derecho positivo español), en Díaz-Santos/Caparrós

de 1983, que no recogió esta figura anglosajona, pues no se exigía el pronunciamiento de una condena⁵.

Esta figura se aplica a pesar de existir reconocimiento de culpabilidad, porque constituye una alternativa a las penas privativas de libertad. El juez se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia que resulta aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad hicieran prever que esta medida les impedirá cometer nuevo delito, sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador.

La elección de la reserva del fallo condenatorio se ampara en el principio de resocialización⁶, específicamente en no desocialización, porque con ello se busca evitar la estigmatización del responsable de un delito⁷, otorgándole un período de prueba en aras de la prevención especial⁸. Bajo esa línea surge

(Coordinadores), Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito, Tecnos, Madrid, 1995, p. 139 y ss.

⁵HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. Manual de derecho penal. Parte general, T. II, 4° ed., Idemsa, p. 368; PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito, Idemsa, Lima, 2016, p. 365.

⁶HURTADO POZO, José. Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo, en Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Lima, 1998, p. 238.

⁷HURTADO POZO, José. Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo, en Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Lima, 1998, p. 240; GARCIA CAVERO, Percy. Derecho penal. Parte general, 2° ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 861.

⁸JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de derecho penal. Parte general, trad. Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, p. 773.

como una reacción más justa y compatible con la función de la pena⁹. Además, es consecuencia de la aplicación del principio de proporcionalidad en su subprincipio de idoneidad, por el que el Juez debe evitar la desproporcionalidad de la pena. Ello supone elegir la pena que facilite la triple función: preventiva, protectora y resocializadora, esto sólo se logrará eligiendo la modalidad de pena menos restrictiva a los derechos de sentenciado, por ende, la que más favorece su reintegración a la sociedad.

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 3332-2004 Junín. Presupuestos para la aplicación de la reserva del fallo condenatorio, en el Considerando Quinto, estableció que:

“Que con relación a la aplicación de la reserva del fallo condenatorio regulada en los artículos sesenta y dos a sesenta y siete del Código Penal, es importante precisar: a) Que esta es una medida alternativa a la pena privativa de libertad de uso facultativo para el Juez, que se caracteriza fundamentalmente por reservar la imposición de la condena y el señalamiento de la pena concreta para el sentenciado culpable; b) Que en consecuencia, tal medida consiste en declarar en la sentencia la culpabilidad del procesado, pero sin emitir la consiguiente condena y pena. Estos últimos extremos se reservan y se condiciona su extinción o pronunciamiento a la culminación exitosa o no de un período de prueba, dentro del cual el sentenciado deberá abstenerse de cometer nuevo delito y cumplir las reglas de conducta que le señale el Juez; c) Que la reserva del fallo condenatorio procede

⁹FIGUEROA NAVARRO, Aldo. Reserva de fallo condenatorio ¿pena abstracta o pena concreta?, en Castillo Alva (Director), Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema, Grijley, Lima, 2008, p. 520.

cuando concurren estos presupuestos: i) Que el delito esté sancionado con pena conminada no superior a tres años de pena privativa de libertad o con multa; o con prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres que no excedan a noventa jornadas semanales; o con inhabilitación no superior a dos años; ii) Que el Juez, en atención a las circunstancias del hecho y a la personalidad del agente; emita un pronóstico favorable sobre la conducta futura del imputado; iii) Es de señalar que la reserva del fallo condenatorio también es aplicable en caso de penas conjuntas o alternativas, siempre que tales sanciones se adecuen a los marcos cualitativos y cuantitativos antes mencionados”.

Es importante precisar que el requisito que la pena privativa de libertad no sea superior a tres años debe ser interpretado desde un punto de vista teleológico y no únicamente formal. En este sentido, la pena será aquella que merezca el autor del delito y no aquella pena conminada o abstracta prevista por el legislador para el tipo penal correspondiente¹⁰. De ahí que la reserva del fallo condenatorio no hace distinción entre delitos leves y graves, lo que se desprende del propio texto normativo. El merecimiento de pena se desprende de la frase “*cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad (...)*”. En este mismo sentido se ha pronunciado FIGUEROA NAVARRO cuando señala que “*los límites a que se refiere el artículo 62 del Código Penal están en relación a la pena a imponerse y no a la pena conminada*”¹¹. Bajo esta

¹⁰De igual parecer, HURTADO POZO, José. Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo, en Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Lima, 1998, p. 243.

¹¹FIGUEROA NAVARRO, Aldo, “Reserva de fallo condenatorio. ¿Pena abstracta o pena concreta?”, En: Comentarios a los precedentes vinculantes. En materia penal de la Corte Suprema”. Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 526. Para el derecho penal colombiano FERNANDO VELÁSQUEZ V. (Manual de Derecho Penal, Parte

lógica cualquier pena concreta que sea igual o menor a 3 años de pena privativa de libertad cumple con el primer requisito.

La reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena son instituciones muy similares tanto en sus requisitos, así como en sus fines, como por ejemplo, evitar los efectos criminógenos de la cárcel y la estigmatización de una condena penal, donde la reserva del fallo condenatorio se presenta como la primera opción preventivo especial aplicable; es por ello que resulta coherente entender que el sentido del requisito de la reserva del fallo condenatorio: “cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor a tres años o con multa”, hace referencia a la pena concreta y no a la pena conminada

En este mismo sentido, se expresa la reciente jurisprudencia penal de la Corte Suprema para la aplicación de la Suspensión de la Ejecución de la Pena, en la Ejecutoria Suprema del R.N. N° 3037-2015 de 05 de abril de 2016 de la Sala Penal Permanente, en la que señala que el requisito que se exige es el de la **pena impuesta** como se indica en el fundamento siguiente:

“**Sexto.** La suspensión de la ejecución de la pena busca evitar los efectos criminógenos de la cárcel, sobre todo de los

General, Sexta edc. Ediciones Jurídica Andrés Morales, Bogotá 2014, p. 785) precisa en relación a una institución similar como es la suspensión de la ejecución de la pena que cuando se refieren a la “pena impuesta” queda muy claro que “es la sanción resultante de su individualización judicial en sentido estricto, no la señalada para el transgresor en los dispositivos legales pertinentes”. En el derecho penal español cuando se refieren a esta misma institución, se hace referencia a la “pena o penas impuestas” (MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho penal, Parte General, Edt. Reppertor, 8° edc., Barcelona 2008 p. 694 num. 44) y también en el derecho penal alemán en el sentido de “pena impuesta” (JESCHECK/ WEIGEND: Tratado de Derecho Penal, Parte General, Edt. Comares, Granada diciembre 2002, p. 899 num. 3).

agentes primarios. Siempre que se cumplan los requisitos del artículo cincuenta y siete del Código Penal: i) La pena impuesta no sea mayor a cuatro años. ii) La naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir que no volverá a cometer un nuevo delito. iii) No tenga calidad de reincidente ni habitual

Septimo. En el presente caso la pena impuesta es de 3 años. Asimismo, no tiene calidad de reincidente ni habitual, por lo que se cumplen estos requisitos”.

Aclarado el tema de la pena privativa de libertad, otro aspecto importante es el concerniente a la primacía de la prevención especial, la que deberá determinarse en el caso concreto. Según HURTADO POZO, resulta eficaz renunciar a la prevención general, por ejemplo, cuando se trata de delincuentes primarios u ocasionales¹². La prevención general no es el factor decisivo, pues aquella tiene que adecuarse y en muchos casos ser reemplazada por la prevención especial. Esto hace que lo importante sea determinar el **pronóstico favorable** que el autor no cometerá otro delito.

De acuerdo a lo señalado, en el caso hipotético se debe partir de una pena concreta a efectos de determinar si ésta es o no superior a tres años. En el supuesto que se aceptara la pena propuesta por el Fiscal de tres años sin negociar alguna pena menor, el juez deberá reducir la misma a dos años y medio o treinta meses por el beneficio establecido en el primer párrafo del Artículo 471° del Código Procesal Penal, con ello se cumple con el requisito establecido en el artículo 62.1 del Código Penal que exige que el delito este sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años, para aplicar la reserva del fallo condenatorio.

¹²HURTADO POZO, José. Suspensión de la ejecución de la pena y reserva del fallo, en Anuario de Derecho Penal: El sistema de penas del nuevo Código Penal, Lima, 1998, p. 244.

La determinación judicial de la pena es el mecanismo jurídico para determinar la pena concreta, lo que analizaremos a continuación.

IV. Determinación Judicial de la Pena.

Como se ha señalado para aplicar la reserva del fallo condenatorio, es necesario que el delito este sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa. No se trata de la pena abstracta (marco de pena fijada por la norma penal) sino de la pena concreta solicitada por el Ministerio Público.

Para determinar en un caso concreto si la pena a imponerse por el Juez será igual o menor a tres años, se tiene que seguir el procedimiento de determinación judicial de la pena, cuyas reglas están desarrolladas en el Acuerdo Plenario N° 01-2008- Reincidencia, habitualidad y determinación judicial de la pena, en los siguientes términos:

“6°. El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al imputado (“juicio de subsunción”). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (“declaración de certeza”). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (“individualización de la sanción”).

Mediante la determinación judicial de la pena se llega a establecer la pena concreta que se impondrá a una determinada persona, responsable de una

determinada conducta delictiva¹³. Es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez Penal¹⁴. En la doctrina también recibe otras denominaciones como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.

En un nivel operativo y práctico, la determinación judicial de la pena se lleva a cabo siguiendo generalmente dos etapas secuenciales. La *primera*, el Juez debe determinar la pena básica; esto es, identificar el mínimo y el máximo de pena conminada aplicable al delito. La *segunda*, consiste en que el Juez debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículos 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.

Lo señalado también ha sido reconocido en la Resolución Administrativa N° 311-2010-P-PJ- Circular relativa a la correcta determinación de la pena, en el considerando tercero reitera los criterios del Acuerdo Plenario N° 01-2008.

De acuerdo a ello, la correcta identificación de la pena abstracta requiere: **a)** identificar la pena básica o espacio punitivo a partir de la pena conminada (precisar límite inicial y límite final); **b)** identificar cuantos años comprende la pena base; **c)** multiplicar el número de años por doce para obtener un producto en meses; **d)** el producto obtenido se debe dividir en tres para identificar los tercios (tercio inferior, tercio intermedio, tercio superior).

¹³DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho penal español. Parte general, 4° ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 741.

¹⁴Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Consecuencias jurídicas del delito, IDEMSA, Lima, 2016, p. 197.

En tanto que la **individualización de la pena concreta** requiere: **a)** identificar las circunstancias genéricas concurrentes en el caso sub iudice utilizando el catálogo del artículo 46° (a.1. identificar circunstancias agravantes, a.2. identificar circunstancias atenuantes), **b)** en función al número y clase de circunstancias genéricas concurrentes se proyectará la pena hacia el tercio del espacio punitivo que corresponda según el inciso 2 del artículo 45°-A.

Por ejemplo, el marco de la pena básica del delito de falsedad documental previsto en el primer párrafo del artículo 427° del Código Penal, es la pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años. Para determinar la pena concreta sobre el marco de la pena básica citada se debe aplicar el sistema de tercios desarrollado en la legislación penal y en el Acuerdo Plenario para efectos de individualizar en el caso concreto la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

En el caso hipotético, le correspondería el primer tercio- sólo existirían atenuantes-, lo que implica una pena que fluctuaría entre: 24 meses a 56 meses. Debemos precisar que el caso hipotético planteado se encuentra en este margen, pues se solicita una pena de tres años.

En la individualización judicial de la pena se requiere incorporar como criterios para fijar la pena el principio de proporcionalidad establecido en el artículo VII Título Preliminar del Código Penal, que es una garantía del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 200° de la Constitución, así como el principio de dignidad humana recogido en el artículo 1° .

Lo señalado ya ha sido asumida en la Sentencia de Conclusión Anticipada recaída en el Exp. N° 41-2011 del 24 de setiembre de 2014, emitida por la PRIMERA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LIMA, Fundamento Jurídico 36, la vocal ponente Tello de Ñecco, sostuvo:

*“La pena ha de fundamentarse en el grado del injusto y de la culpabilidad como conceptos cuantificables de acuerdo a las circunstancias de cada procesado y según las pautas normativas antes indicadas. En este punto de partida sobre el cual, después deberá tenerse en cuenta la finalidad preventiva de la pena según el esquema político criminal en que se sustenta nuestro ordenamiento penal; tal finalidad **hará posible disminuir la pena que resulte** (de la graduación del injusto y de la culpabilidad) **o determinar la forma de su cumplimiento, pero nunca aumentarla o hacerla más gravosa**; el principio de proporcionalidad- consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal- lo impide, pues de acuerdo con el artículo 1° de la Constitución Política del Estado: «la defensa de la persona humana y el respeto de sus dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»”.*

A nivel de la doctrina legal, la necesidad de acudir al principio de proporcionalidad para definir el alcance de la pena, nos lo indica el ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016-/CIJ-116- La agravante del Delito de Violencia y Resistencia contra la Autoridad Policial: Tipicidad y Determinación Judicial de la Pena que señala en el considerado 21-**Sobre la Proporcionalidad en la Determinación Judicial de la Pena**

“(...) la imposición de una sanción más severa exige siempre la existencia de un plus de lesividad que hace que la conducta realizada se diferencie del tipo básico (...).”

Asimismo, el acuerdo citado establece los pasos que se deben seguir para la determinación de la pena desde la perspectiva del principio de proporcionalidad; en el Considerando 13 se indica lo siguiente:

“El test de proporcionalidad se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El primer test es el de adecuación o idoneidad. En esta parte, se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo test es el de necesidad. En él se determina si existe o no mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin un constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test. El tercer test es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. (...). Finalmente, es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no solo es posible ante excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa”.

De acuerdo al principio de proporcionalidad, cuanto mayor es la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal de fijar la pena concreta.

El principio de adecuación o idoneidad aplicado a la determinación de la pena, exige que la pena a imponerse contribuya a la obtención de sus fines, de

acuerdo al artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, es decir, que cumpla la triple función: preventiva, protectora y resocializadora.

La pena es preventiva si cumple con ser una advertencia para el condenado, respecto de las consecuencias jurídicas de cometer un delito; es protectora, del individuo si constituye la menor afectación posible en su vida, es decir, si deja la menor cantidad de secuelas en su psique, en la de sus familiares, etc.; es resocializadora, si le permite integrarse a la sociedad de mejor forma posible y en el menor tiempo.

Como dice BERNAL PULIDO “queda claro que toda medida que tenga una relación de causalidad positiva con su fin inmediato, debe ser considerada idónea. Por el contrario, las medidas neutrales o negativas hacia la realización de dicho fin deben ser catalogadas como carentes de idoneidad”¹⁵

Para determinar la pena que cumpla con la triple función, se debe aplicar el principio de idoneidad cuya regla de la intensidad de la pena, supone distinguir tres intensidades de control: leve, medio e intensivo. Este procedimiento comprende los siguientes pasos:

- Al extremo máximo de la pena se le resta el extremo mínimo de la pena
- El resultado se divide entre tres y se le agrega cada tercio a cada una de las intensidades.

¹⁵BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, pág. 724.

- A la pena mínima se le debe incorporar el tercio de la pena resultante de la división realizada, este es, la intensidad leve.
- En la intensidad media se parte del grado que inmediatamente le sigue al máximo fijado en la intensidad leve y se le suma el tercio de la pena resultante.
- En la intensidad intensiva se parte del grado que inmediatamente le sigue al máximo fijado en la intensidad media y se le suma el tercio de la pena resultante.

Aplicado al caso hipotético, supone dividir el marco de la pena abstracta de un máximo de 56 meses en tres intensidades comenzado desde el extremo mínimo de la pena que es 24 meses: a) leve cuyo extremo mínimo es 24 meses y cuyo extremo máximo es de 34.6 meses aproximadamente (2 años y 8.6 meses); b) media cuyo extremo mínimo es 34.7 meses y cuyo extremo máximo es de 45.2 meses aproximadamente (3 años 7.6 meses) y; c) intensiva cuyo extremo mínimo es de 45.3 meses máximo es de 56 meses.

Además, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad (mecanismo de valoración de la conducta), que incorpora algunos criterios complementarios que modifican la pena, tales como la naturaleza del delito y la forma de comisión, la primera vez que comete un delito, la conducta procesal de no entorpecimiento del proceso, etc., a efectos de fijar el extremo que corresponde aplicar.

En el auto de enjuiciamiento, el Juez declara la existencia de una relación jurídica procesal penal válida en el proceso, estableciendo que el Ministerio Público, ha planteado en audiencia como pretensión punitiva, tres años de pena privativa de libertad. En esta hipótesis el Juez habría validado una

pretensión punitiva fiscal de intensidad media respecto a la culpabilidad y punibilidad del autor, por lo tanto, la pena concreta postulada es de tres años o treinta y seis meses de pena privativa de libertad, dato que vincula al juez desde la perspectiva punitiva tal como lo establece el artículo 397.3 del Código Procesal Penal:

“El juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que solicite una pena por debajo del límite legal sin causa justificada de atenuación”.

Según la norma citada, el juez no puede aplicar una pena mayor a la solicitada por el Fiscal en su acusación, porque es una exigencia del principio acusatorio y de congruencia procesal, tal como se ha señalado en la CASACIÓN N° 9-2010- Tacna, Lima, 13 de octubre de 2010, fundamento jurídico cuarto indica:

“Que la acusación fiscal es un acto procesal que, en virtud del principio acusatorio y lo dispuesto en el artículo ciento cincuenta y nueve, numeral cinco, de la Constitución, corresponde exclusivamente al Ministerio Público, en virtud del principio acusatorio. Ella contiene la pretensión procesal del Fiscal - pretensión punitiva del Estado, que incluye además una pretensión resarcitoria-, y da lugar, previo control judicial, al auto de enjuiciamiento que vincula al órgano jurisdiccional encargado del juzgamiento. En tal sentido, debe existir una relación de congruencia entre el contenido de la acusación y lo resuelto en la sentencia final”.

Por lo tanto, los hechos objeto del proceso y la pretensión punitiva son fijados en la acusación, estos son objeto de control en la fase intermedia; asimismo están definidas en el auto de enjuiciamiento por el juez de la investigación preparatoria, lo cual vincula al juez de juzgamiento para determinar el marco punitivo en la sentencia.

V. CONCLUSIÓN

1. La reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena son instituciones muy similares, por tanto si es que para aplicar la suspensión de la ejecución de la pena se hace referencia a una **pena concreta**, el mismo criterio debe aplicarse para la reserva del fallo condenatorio, toda vez que la primacía de la prevención especial se deberá determinar en el caso concreto.
2. El requisito del inciso 1 del artículo 62º para aplicación de la reserva del fallo condenatorio, esto es: *cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años*, debe entenderse referido a la **pena concreta** que merezca el autor del delito y no aquella pena conminada o abstracta prevista por el legislador para el tipo penal correspondiente. En ese sentido, cualquier pena concreta que sea igual o menor a tres años de pena privativa de libertad cumple con el primer requisito.
3. Es jurídicamente posible que la Defensa y la Fiscalía lleguen a un acuerdo sobre la aplicación de la reserva del fallo condenatorio. No existen razones jurídicas que justifiquen que el Fiscal no acepte un acuerdo en estos términos.
4. El juez será quien deberá elegir la Reserva del Fallo Condenatorio por sus claras ventajas preventivas especiales que tiene, entre otros

objetivos, evitar la naturaleza estigmatizadora de una condena penal y que fundamenta la necesidad de su evitación. Frente a la posibilidad de la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio se presenta como la **primera opción** preventivo especial aplicable, en especial para los primarios. De esta manera, la oposición del fiscal no debe impedir su adopción, pues se estaría promoviendo que el ámbito de aplicación de la reserva de fallo condenatorio sea en la realidad menos que insignificante teniendo en cuenta el constante aumento de los márgenes de pena (*sobrepenalización*) que caracteriza al actual derecho penal nacional.

5. Todo imputado que pueda ser condenado a una pena suspendida condicionalmente **tiene derecho** a que se le reserve el fallo condenatorio especialmente en casos de conclusión anticipada del juicio oral que es un mecanismo de abreviación y simplificación que da por concluido el juicio oral y no puede ser ajeno a las finalidades preventivo especiales; más aún si el procesado carece de antecedentes penales. Además, dado que el fiscal no posee funciones judiciales, éste no puede condicionar la decisión del juzgador (salvo que aquél pida la absolución del imputado) quien deberá orientarse por las finalidades preventivo especiales que tienen carácter constitucional (art. 139 num. 22: reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad) y fundamentan a la pena en el derecho penal nacional.