

LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

Eduardo A. Oré Sosa

Abogado egresado de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCIÓN

La reserva del fallo condenatorio es una institución que aún no encuentra el desarrollo y aceptación que requiere en nuestro sistema penal; esto se debe en gran medida a un temor en nuestros jueces que está basado en el hecho de que la aplicación de tal institución es algo que les resulta novedosa y, por ende, susceptible – según su mentalidad– de fallar, de restar credibilidad en el sistema y en su propia actuación como jueces, de motivar sospechas.

El autor del artículo que sigue, nos señala las bondades de esta institución como factor que puede evitar los efectos nocivos de las prisiones en determinados casos que no lo ameritan, contribuyendo así a la despenalización de nuestro sistema.

La imagen que hoy tenemos de las prisiones no es la misma en comparación a otros tiempos. Resulta difícil creer que hasta hace dos siglos la prisión fue reivindicada como una alternativa humanitaria a las penas hasta ese momento vigentes: la pena capital, los tormentos y el exilio.

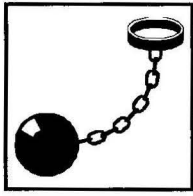
La pena de muerte aceptaba diversas formas de ejecución. El apedreamiento, la horca, la hoguera, la decapitación, el entierro en vida y el fusilamiento eran sólo algunas de ellas. En Hesse, Alemania, se solía clavar una estaca seca y cortada en forma puntiaguda en el corazón del hombre que había cometido violación; los dos primeros golpes correspondían, por derecho, a la propia víctima.

En los tormentos eran frecuentes las flagelaciones, las mutilaciones y las marcas de hierro sobre el cuerpo del condenado. A quien dirigía una ofensa contra una persona de clase superior se le cortaba la lengua; entre los germanos se cortaba la mano con que había prestado juramento al culpable de falso testimonio; las marcas de hierro sobre la frente del culpable de defraudación, servían, a la vez, como pena y como señal de cuidado para los demás.

Es a fines del siglo XVIII, bajo la influencia de la corriente humanitaria que caracterizó la época de la Revolución Francesa, que las penas capital y corporales empezaron a ser sustituidas por las penas privativas de libertad. Lo cual reportaba de paso, grandes beneficios al Estado, pues aprovechaba la mano de obra ociosa del condenado para fines productivos. Así, razones humanitarias y económicas estuvieron en la base del nacimiento de la prisión como pena en sí, lo cual fue visto como un gran avance.

En nuestros días, somos menos complacientes con las prisiones. Y con justa razón. Resulta trillado afirmar que las cárceles están sobrepobladas con individuos de los estratos más bajos de la sociedad. El sistema penal, siempre se ha dicho, tiene como clientela predilecta a personas provenientes de los sectores menos favorecidos, a aquellos que, por su situación, están más propensos a la realización de las conductas que, desde un punto de vista vertical o catastrófico –en términos de Hulsman–, son catalogadas como delictivas.

Si somos conscientes de ello, si nos percatamos de que la sociedad impone las condiciones de desigualdad material, de miseria y, por tanto, de falta de oportunidades para la satisfacción de las necesidades más elementales, tenemos que convenir en que, en gran medida, el derecho penal se convierte en un instrumento a través del cual descargamos en los desposeídos la expiación de culpas ajenas, que toda sociedad tiene los delincuentes que se merece. Siguiendo a Muñoz Conde cuando dice que el derecho penal no protege por igual todos los bienes respecto de los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos, que la ley



PENAL

no es igual para todos y que el status de criminal no se aplica por igual a todos los sujetos, podemos concluir que el sistema penal es altamente selectivo y discriminante. Estamos pues, ante la decadencia

del mito del derecho penal como un derecho igualitario.

Esto se agrava con el estado de nuestras cárceles, convertidas en lugares de hacinamiento donde justos y pecadores corren la misma suerte. Donde se espera que el 30% de los internos —aquellos que purgan condenas— quede rehabilitados para su vida post-penitenciaria y que el restante 70% espere una sentencia —quizás— absolutoria. No creemos dramatizar cuando decimos que la vida carcelaria está marcada por motines, agresiones, drogas, corrupción, promiscuidad; en otras palabras por violencia. De esto tenemos que muchos conciben nuestros “centros de rehabilitación” como “jaulas humanas” o —no sabemos si mejor o peor— como escuelas del crimen, donde algunos continúan su carrera criminal y donde la mayoría queda marcada por el fenómeno de la prisionización¹ y con el estigma de haber pasado por una prisión.

Mas se alzan voces que no sólo cuestionan razones de forma, sino también, y sobre todo, de fondo. Siguiendo a Bergalli², podemos comprobar que las atendibles preocupaciones de quienes buscan el cumplimiento de los derechos y garantías consagrados formalmente en favor de la clientela penal, les seducen al extremo de soslayar el análisis subyacente a la institución. Las exigencias de una mejor infraestructura y un mejor trato a los internos nos distraen lo suficiente como para no advertir que la organización y disciplina de las cárceles reproducen un sistema autoritario, donde la observancia de las rígidas —y a veces absurdas— normas de la prisión, se erigen como el eje fundamental de una supuesta resocialización. O, como dice Teresa Miralles,³ que los agentes penitenciarios entienden por disciplina la capacidad del interno para subordinarse obedientemente a las múltiples normas, vejámenes, insultos y trabajos que vive durante su condena.

Somos conscientes que la situación carcelaria es sólo una de las manifestaciones de la crisis de nuestro sistema penal. El sufrimiento de un individuo, sin embargo, no empieza con la imposición de una pena. En realidad empieza mucho antes.

La simple sospecha sobre un individuo pone en movimiento la maquinaria coercitiva del Estado, en la que se suelen suceder vejámenes y tropelías. Sea a nivel policial o judicial, prácticas represivas e inquisitivas adoptan formas violatorias de los derechos y garantías más elementales. Un proceso lento, engorroso y burocrático parece di-

señado exclusivamente en perjuicio del sometido como instrumento de averiguación de la verdad a toda costa. Así, el sistema judicial es visto como una gran estructura de legalización de la injusticia, como un sistema lento y no confiable, que permite la atroz realidad de presos sin condena y, peor aún, la condena de inocentes.

Este estado de cosas generó, con distinta fortuna, movimientos de reforma. Con mayor o menor convicción, se adoptaron fórmulas e instituciones que pretendieron reencauzar todo el sistema penal, teniendo como eje fundamental el respeto de la dignidad de la persona. Así, el denominador común en todos aquellos que conciben aún al derecho penal como una “amarga necesidad” está dado por la limitación de la potestad punitiva del Estado como una exigencia elemental dentro de un *estado social y democrático de derecho*. Ésta es la espina dorsal de cualquier proceso de reforma del sistema penal.

Por todo ello se ponen cortapisas a la actuación policial, se busca un proceso ágil, respetuoso de los derechos fundamentales y no por eso menos eficaz. Se limita el re-

curso a las penas a lo estrictamente necesario, y de ejecutar éstas, haciéndolo en las mejores condiciones posibles. Éstos son los lineamientos, los principios, siempre en la búsqueda de una sociedad democrática y en el afianzamiento del estado de derecho.

En esta línea podemos inscribir la reserva del fallo condenatorio, como una limitación al *ius*

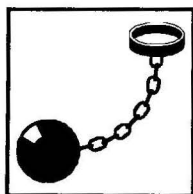
punendi, por razones de eficacia y mínima afectación social. Como una renuncia condicional a la condena en delitos de menor gravedad. No es el único caso. En la misma dirección tenemos al principio de oportunidad, a la exención de pena, a la suspensión de ejecución de la pena, las conversiones, etc.

Debemos, pues, reconocer a nuestros legisladores de 1991, ese afán por buscar nuevas fórmulas que limitasen la potestad punitiva del Estado. Con la reserva del fallo condenatorio se quieren evitar los efectos criminógenos y estigmatizantes producidos, sobre todo, por las condenas a penas privativas de libertad de corta duración. Es una respuesta de la política criminal ante el fracaso de las penas convencionales aplicadas a delitos de menor lesividad social. Sin embargo, esto no debe quedar en buenas intenciones. La incorporación de nuevas instituciones no será suficiente. Deberá encajar en el mejoramiento de toda la administración de justicia, en la toma de conciencia de los operadores jurídicos, en el continuo replanteamiento de los fines y problemas del derecho penal. Ésta es una agenda permanente. Pensar lo contrario sería pretender cortar una infección con un simple analgésico.

Con la reserva del fallo condenatorio se quieren evitar los efectos criminógenos y estigmatizantes producidos, sobre todo, por las condenas a penas privativas de libertad de corta duración. Es una respuesta de la política criminal ante el fracaso de las penas convencionales aplicadas a delitos de menor lesividad social

1 Cuando un interno se adapta a las costumbres o códigos de conducta predominantes en la prisión, se produce el fenómeno denominado prisionización.
2 “Ésta es la cárcel que tenemos... (pero no queremos)” En *Revista derecho penal*

y *criminología*: Universidad Externado de Colombia, N° 45, 1991, p. 132.
3 “El control formal: la cárcel” En: *El pensamiento criminológico II*. Bergalli y otros. Bogotá, Temis, 1983, p. 114-115.



PENAL

Resulta interesante analizar qué sucede en los delitos para los que el legislador dispuso penas privativas de libertad alternativa o conjuntamente a otras penas. En el primer caso, si un delito está sancionado con pena privativa de libertad superior a tres años –de lo que hasta aquí la reserva no resultaría aplicable– o, alternativamente, a prestación de servicios comunitarios, entendemos aplicable la reserva del fallo condenatorio cuando el juez vaya a imponer una sanción inferior a las noventa jornadas, como puede suceder en el caso del delito de infanticidio del artículo 110°.

En cambio, cuando las otras penas sean impuestas como accesorias o conjuntas a la privativa de libertad, no la consideramos aplicable, aun cuando las accesorias fueren inferiores a los límites impuestos por el segundo y tercer inciso del segundo párrafo del artículo 62°. Así, en el delito de peculado, donde la inhabilitación va anexa a la pena privativa de libertad (artículo 387° y 426°), o en el de omisión de información (artículo 245°), donde la multa es impuesta como accesorias.

Somos de la opinión que debería considerarse aplicable la reserva del fallo condenatorio en los casos de atenuación de la responsabilidad penal en los que, por diversas circunstancias, se procede a la disminución de las penas. Si la racionalidad de la reserva del fallo es evitar la imposición de condenas menores, no vemos por qué negar este beneficio en los casos en que, si bien la pena conminada no satisface el límite impuesto por el inciso primero del artículo 62°, por otras razones la pena a imponer será atenuada. Donde hay la misma razón hay el mismo derecho. Por lo cual ponemos a consideración la necesidad de una modificación legislativa en ese sentido. Si fuese así, la reserva del fallo condenatorio resultaría aplicable para los imputables restringidos, para los casos de tentativa, error de prohibición y otros, en los que el juez concluya un pronóstico favorable.

REPARACIÓN CIVIL

Como se sabe, la reserva del fallo condenatorio supone una abstención en el pronunciamiento de la condena, sin perjuicio de la fijación de la reparación civil (artículo 63° párrafo primero). Consideramos sin fundamento las críticas lanzadas en este punto por quienes piensan que la fijación de la reparación civil vulnera la garantía de la presunción de inocencia.⁶ Consideran que, al no haber condena, la garantía de la presunción de inocencia permanece inalterable, de lo que no cabe pronunciarse sobre la reparación civil. Suponen también que,

6 La presunción de inocencia es una garantía reconocida a todo aquel a quien se le atribuye la comisión de un delito. Nuestra Constitución establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Para Alberto Binder, el imputado ingresa al proceso libre de culpa y, por tanto, debe ser tratado como tal, teniendo derecho, por ejemplo, a no ser objeto de comentarios públicos perjudiciales por parte de las autoridades (Binder: Introducción al derecho procesal penal. Bs. Aires, Ad hoc, 1993, p. 125).

al ser la reparación civil una consecuencia accesorias de la condena, al no pronunciarse esta última, tampoco debe pronunciarse la primera.

Vemos fácilmente que la aplicación de la reserva del fallo condenatorio supone la certeza de culpabilidad del agente, pues lo contrario –la duda sobre su responsabilidad– llevaría a la absolución del procesado. Resulta, así, absurdo continuar invocando la presunción de inocencia, pues estamos ante quien fue hallado responsable. Además la responsabilidad civil no depende ni de la efectiva imposición de una pena ni, incluso, de la responsabilidad penal del agente. La responsabilidad civil, por el contrario, tiene fundamento en la existencia de un daño a ser reparado por quien sea considerado como autor o responsable. Así, el padre o tutor responderá civilmente por los daños ocasionados por el menor bajo su guarda, aunque este último no sea penalmente responsable.

Abundando en lo anterior, apreciamos que ni las causas de extinción de la acción penal, ni las de exclusión de punibilidad afectan la pretensión de naturaleza civil. En el caso de la muerte del imputado –causa de extinción de la acción penal–, el monto de la reparación, que fue materia de transacción antes de su muerte (artículo 1306° del Código Civil), constituiría una deuda de la masa hereditaria y transmisible a los herederos. Tampoco se reprimirán los

hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños entre parientes, pero ¿no se podrá compeler a que el autor devuelva lo sustraído o apoderado, o que repare el daño causado? Sí será posible, pues la responsabilidad civil no depende ni de la pena ni de la responsabilidad penal.

Con todo esto llegamos a la conclusión que hizo bien el legislador en precisar que la disposición de la reserva del fallo condenatorio no impide el deber de fijar la reparación civil, obviamente, cuando haya un daño a reparar.

SUSPENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN REGISTRO

Una diferencia fundamental entre la reserva del fallo condenatorio y la suspensión de la ejecución de la pena, está en el hecho que en la reserva del fallo no hay inscripción en registro alguno, en tanto que en la segunda sí se inscribe la condena. De esto tenemos que la reserva del fallo condenatorio sea menos estigmatizante que la suspensión de la ejecución.

Pero esta ventaja tiene un costo. Al no haber inscripción será difícil detectar aquellos casos en los que el agente perpetró el hecho punible dentro del régimen de prueba impuesto por un delito anterior (el juez no es infalible, ni vidente, pudo equivocarse en su pronóstico). Hasta podría suceder que mientras continúa a prueba por el primer delito (por tanto en libertad) sea condenado a pena efectiva por el segundo.

Estos problemas son superados en la legislación comparada con la existencia de toda una organización de asistencia y vigilancia, que confía en los *probation officers* o agentes de prueba, la responsabilidad del éxito de la *probation*.

Precisar la naturaleza jurídica de la reserva del fallo condenatorio o de la *probation* no ha sido tarea sencilla por mucho tiempo. Hasta hoy se discute si estamos en estricto ante una pena, ante una medida administrativa de suspensión del proceso o ante una alternativa a las penas, principalmente la privativa de libertad.

Para los sistemas jurídicos eurocontinentales, la suspensión del fallo no importa la paralización del proceso –como en algunos casos sucede en el sistema anglosajón–, pues culpabilidad y pena se determinan conjuntamente en la sentencia. De lo que tenemos que, para los sistemas que se afilian a la tradición romano germánica, reservar del fallo no implica suspender el procedimiento. Así sucede en Alemania (apercibimiento con reserva de pena), Portugal (régimen de prueba), Francia (*ajournement du prononcé de la peine* o suspensión del pronunciamiento de la pena) y en el Perú (reserva del fallo condenatorio).

Tampoco es una pena, pues justamente evita ésta. De no ser así, tendríamos que admitir que en el caso de la revocación de la reserva del fallo condenatorio, estaríamos ante la ejecución de dos penas: la “revocada” y la efectiva.

Es cierto que la reserva del fallo condenatorio puede ser vista básicamente como una alternativa a las penas privativas de libertad, que evita los efectos criminógenos y estigmatizantes de las prisiones, mas también debemos recordar que, en nuestro sistema, es aplicable a otros tipos de pena, tales como la multa, la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres y la inhabilitación.

En el derecho comparado el problema resulta mucho mayor. Cuando algunos, sin mayores problemas, conciben la *probation* como fuente de nuestra reserva del fallo condenatorio,⁴ no toman en cuenta que el régimen de prueba anglosajón o norteamericano no siempre evita la condena a prisión, ni necesariamente su ejecución.

En EE.UU., por *probation* básicamente se entiende una sentencia que establece el status legal del procesado, por el cual permanece en libertad o ésta es cortamente interrumpida, sujeto a la supervisión de agentes oficiales.⁵ Así, en EE.UU. al menos, hay *probation* cuando no se impone condena, cuando se suspende la ejecución de la impuesta o cuando ésta se ejecuta por un breve tiempo. Como ejemplo de esto último tenemos el *shock probation* y el *split sentence probation* donde el condenado cumple una breve parte de su condena en prisión, quedando por el resto –sometido a prueba– en libertad. La utilidad de este tipo de *probation*, según sus promotores, está en generar un *shock* a los delincuentes que pasan por la prisión, lo cual los induciría a cumplir las condiciones y reglas de conducta, necesarias para no ser reencarcelados.

Si bien en el derecho comparado el régimen de prueba es visto como una medida alternativa con fines socio-pedagógicos, en nuestro sistema tiene fines más modestos. A la reserva del fallo condenatorio se la puede concebir como una oportunidad que se brinda a ciertos delincuentes, que por sus características criminógenas, pueden cambiar su forma de vivir sin necesidad de sufrir una condena, siendo –más bien– esta última, perniciosa para los fines del derecho penal. Esto es coherente con los principios de necesidad y mínima intervención, que niega toda conveniencia a penas de corta duración.

4 Creemos que, en realidad, debe tomársela como un antecedente.

5 Samaha, Joel. Criminal Justice. St. Paul, West, 1988. p 675.

En el derecho comparado el problema resulta mucho mayor. Cuando algunos, sin mayores problemas, conciben la probation como fuente de nuestra reserva del fallo condenatorio, no toman en cuenta que el régimen de prueba anglosajón o norteamericano no siempre evita la condena a prisión, ni necesariamente su ejecución.

PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

PRESUPUESTO SUBJETIVO

En cuanto a los presupuestos de aplicación tenemos, por un lado, un presupuesto subjetivo y, por otro, uno objetivo. Por el primero, el juez debe hacer un pronóstico en base a determinadas circunstancias (naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente: artículo 62º primer párrafo) en el sentido que basta con la disposición de la reserva del fallo para que el agente no vuelva a cometer delito.

En este punto cuestionamos la posible tendencia de los magistrados a negar *a priori* la reserva del fallo condenatorio a procesados que tengan un pasado delictivo. Esto pues la reincidencia ha quedado proscrita de nuestro sistema penal. Mas en ciertos casos –por ejemplo en los de los delincuentes habituales–, el juez podría considerar la habitualidad del agente como uno de los elementos que lo lleven hacia un pronóstico desfavorable, en otras palabras, donde el magistrado estime previsible, justamente, que el delincuente volverá a cometer delito.

Mas reiteramos que la disposición de la reserva del fallo condenatorio no exige la condición de delincuente primario en el agente, por lo que no deberá tomarse bajo ningún concepto como un requisito o presupuesto de tipo objetivo.

PRESUPUESTOS OBJETIVOS

Sin embargo no es suficiente un pronóstico favorable –que el agente no volverá a cometer delito–. Razones de prevención general positiva, nos llevan a desestimar la aplicación de la reserva del fallo condenatorio en delitos de mayor gravedad. Lo contrario podría crear grietas en la conciencia social de la norma y constituir una traición a las expectativas de una vida en común y pacífica.

Por esto, no basta que sea previsible que el agente no volverá a cometer delitos. Se imponen presupuestos objetivos, que están contenidos en el segundo párrafo del artículo 62º del Código Penal. Los delitos no deben revestir cierta gravedad.

En el primer inciso se hace referencia a penas conminadas, es decir, las previstas en el código; los incisos restantes aluden a la pena a imponerse efectivamente en el caso concreto. Así en cuanto a la pena privativa de libertad, se dice que para que sea aplicable la reserva del fallo, el delito debe estar sancionado con pena privativa no mayor a tres años. Para los casos de prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, la pena concreta no deberá superar las noventa jornadas. En el caso de la inhabilitación se ha previsto que la pena a imponerse no supere los dos años.

REGLAS DE CONDUCTA

En cuanto a las reglas de conducta, podemos decir que son cargas que el juez impone al agente con una doble finalidad: ayudar a una adecuada reinserción social y como medida de control sobre el comportamiento del agente.

REPARACIÓN CIVIL COMO REGLA DE CONDUCTA

Estamos en desacuerdo con el tratamiento dado al pago de la reparación civil como regla de conducta (artículo 64° inc. 4). En esencia estamos ante una verdadera obligación.

Así es. Disponer una regla de conducta queda a discreción del juez, puede no hacerlo cuando lo crea innecesario. Mas en cuanto a la reparación de los daños, el juez siempre estará obligado a fijarla, pues de no hacerlo provocaría la nulidad de la resolución. Si la intención del legislador fue el reforzar el interés de la víctima, lo más propio hubiera sido condicionar la reserva al pago o satisfacción de la reparación, tal vez como una condición suspensiva (ineficaz mientras no se cumpla).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el presupuesto fundamental para la disposición de la reserva del fallo no está en el pago de la reparación civil, sino en el pronóstico favorable sobre la conducta futura del culpable en delitos de menor gravedad. Aunque no debe dejar de mencionarse que hay una marcada tendencia a devolver a la víctima el protagonismo que debe tener en la solución del conflicto. Por mucho tiempo el Estado expropió el conflicto de las manos de sus actores –el criminal y su víctima– en busca del ejercicio del *ius punendi*. Gradualmente surge la idea que debe priorizarse la satisfacción de la víctima y reducir el recurso al catálogo de penas.

Prohibición de frecuentar determinados lugares

Esta regla de conducta está contenida en el primer inciso del artículo 64°. Consideramos debe desterrarse la vieja costumbre de algunos magistrados de imponer reglas de conducta sin ningún tipo de reflexión o análisis. Como sabemos, algunos magistrados suelen imponer reglas de conducta como “no frecuentar lugares de dudosa reputación” o “no frecuentar lugares que atenten contra la moral y las buenas costumbres”.

Las reglas de conducta deben ser claras y precisas, pues sólo así pueden ser cabalmente cumplidas. Una muestra de excesivo pudor no abona en favor de las finalidades perseguidas con las reglas de conducta. Entonces el juez estará en la obligación de precisar qué lugares estarán vedados al agente.

También es de esperar que exista cierta relación entre la regla de conducta y el delito cometido. Así por ejemplo, consideramos pertinente aquella regla de conducta que prohíbe al culpable de sustracción de menor de la patria potestad (artículo 147° Código Penal), de merodear por el colegio o domicilio de la víctima. O también el de no visitar ni aproximarse al domicilio de su cónyuge, en los casos de maltrato, en concordancia con la ley 26260 sobre la política del Estado y de la sociedad frente a la violencia familiar. No habrá conexión entre la regla de conducta y el delito cometido, cuando por ejemplo el juez dispone que el autor de desacato (artículo 374° primer párrafo) se abstenga de concurrir a lugares “de dudosa reputación como casas de masajes o lenocinios”.

debe tenerse en cuenta que el presupuesto fundamental para la disposición de la reserva del fallo no está en el pago de la reparación civil, sino en el pronóstico favorable sobre la conducta futura del culpable en delitos de menor gravedad

REGLAS SOBRE EL LUGAR DE RESIDENCIA Y LA COMPARECENCIA AL JUZGADO

Contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 64, son medidas básicamente de control sobre el culpable. Dado que no contamos con toda una organización *de prueba* como la inglesa o norteamericana, con sus oficiales de prueba, a cargo del control y supervisión de los beneficiados, se pretende amenguar este problema con soluciones que estén a la altura de nuestras posibilidades. Se ejerce un mínimo de control sobre el agente que podría burlar la confianza del magistrado y trasladarse fácilmente a otros lugares para continuar cometiendo delitos.

A este respecto creemos oportuno mencionar que, en algunas ciudades de los Estados Unidos, como New Jersey, ya se vienen usando dispositivos electrónicos –*electric monitoring*– que, a manera de brazaletes, están obligados a utilizar los delincuentes sujetos a una especie de *arresto domiciliario*, desde las diez de la noche hasta las seis de la mañana. Estos monitores activan las alarmas de la oficina central cuando los sometidos a prueba se alejan unas cien yardas del lugar de sus domicilios.

No poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otros delitos.

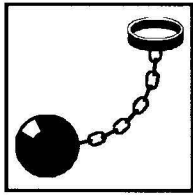
No debemos confundir esta regla con el decomiso. En el decomiso se pierde la propiedad, en la regla de conducta la posesión, pudiendo ser entregada en este caso a un depositario judicial.

Mayores problemas encontramos entre esta regla de conducta y lo que podría constituir una verdadera pena de inhabilitación. Nos referimos al caso en que el juez crea conveniente imponer, como regla de conducta, que el autor deje de portar armas de fuego. Sin negar el carácter sancionador que pueda revestir esta medida (artículo 36° inc. 6), creemos conveniente su regulación y aplicación, pero de manera restringida y sólo con fines preventivos, pues existen personas que obtienen válidamente su licencia de portar armas (autoridades, funcionarios, dirigentes, etc.) y toman las debidas precauciones para su uso. Y quienes portan armas indebidamente, estarán sujetos a la normativa vigente.⁷

OTRAS REGLAS DE CONDUCTA

En cuanto a las reglas de conducta, no existe una lista cerrada o taxativa. El legislador permite una actividad creativa del juez, para que disponga aquellas otras reglas de conducta que considere necesarias para fines preventivos. Así, por ejemplo, podrá disponer que el agente acuda a un

7 El decreto ley 25430 (El peruano 14.04.92) señala que las personas que posean armas sin la licencia respectiva o con ésta vencida, deberán internarlas a la DICSCAMEC, incurriendo en responsabilidad penal de no hacerlo. También puede revisarse la ley 25054 (20.06.89) y el decreto legislativo 761 (14.11.91).



PENAL

centro de rehabilitación para seguir una terapia o tratamiento.

Sin embargo se ponen límites. El juez no puede imponer reglas de conducta que atenten contra la *dignidad del procesado*. En el dere-

cho comparado, sobre todo en tratados y convenciones de derechos humanos, el término "dignidad" es utilizado mayormente para proibir aquellos actos que atentan contra la calidad de persona humana. Así se entiende que la tortura, los tratos crueles y degradantes violentan gravemente la dignidad de la persona. Sin embargo se acepta una dimensión más amplia, asociada al principio de libertad de la persona humana. Mas si se llega al extremo de afirmar que el hombre es un ser libre por naturaleza y que, por tanto, cualquier medida que atente contra su libertad conculca su dignidad, estaríamos forzando el concepto hasta el extremo de dejarlo sin contenido. No habría medida coercitiva o regla de conducta que no afecte la "dignidad de la persona".

Pero los problemas permanecen al considerar un concepto estricto de dignidad. Algunas reglas de conducta pueden no atentar contra la dignidad de la persona en un concepto restringido, pero tampoco las aceptaríamos por ser contrarias a un estado democrático de derecho. Así, por ejemplo, el desafiliarse de determinado partido político, el abstenerse de emitir opinión, concurrir a misa los domingos, etc. pueden no ser considerados tratos crueles o degradantes pero sí atentatorios de la libertad de las personas. De esto se tiene que el término utilizado "dignidad" no sea pacífico. De ahí que proponamos el empleo de otros términos omnicomprensivos como "derechos fundamentales" o la "libertad de las personas" para sustituir al de "dignidad".

Tampoco consideramos apropiado fijar como *regla de conducta* el "respetar el ordenamiento jurídico" o el de "no cometer nuevos delitos". Éstos son mandatos dirigidos a todo ciudadano, verdaderas obligaciones para quien vive en sociedad, sea procesado o no. Lo que el juez puede hacer es advertir al culpable que de volver a cometer delito le puede revocar el régimen y, por tanto, ser condenado tanto por el primer como por el segundo delito.

INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE CONDUCTA

No se exige al agente observar un ejemplar comportamiento. Lo mínimo que se le exige es cumplir las reglas de conducta clara y expresamente dispuestas por el juez, así como la condición de no cometer nuevo delito.

El incumplimiento de las reglas de conducta puede originar –según la gravedad de las circunstancias– una severa advertencia, la prórroga del plazo de prueba o incluso su revocación.

PRÓRROGA DEL RÉGIMEN

En cuanto a este punto advertimos el problema que suscita la redacción del segundo inciso del artículo 65°. Éste menciona que el régimen de prueba puede ser prorro-

gado sin exceder la mitad del plazo inicialmente fijado. Así tenemos que a plazos iniciales de uno, dos o tres años, el juez podría extenderlos a un año y medio, tres años y cuatro años y medio, respectivamente. Sin embargo, la última parte de este inciso prescribe que *en ningún caso la prórroga acumulada sobrepasará los tres años*.

No queda claro a qué se refiere el legislador con *prórroga acumulada*. En teoría podrían darse dos prórrogas sucesivas, lo que llevaría por ejemplo a un plazo inicial de tres años y dos prórrogas de un año y medio cada una. Así las prórrogas no superarían los tres años, pero tendríamos un periodo de prueba de seis años. Nosotros somos contrarios a plazos de prueba de larga duración, por lo cual entendemos que cuando el legislador menciona *prórroga acumulada* se refiere al plazo inicial y a la o las prórrogas, que todas en conjunto no deben superar los tres años. Por eso creemos preferible una aclaración al respecto y utilizar términos tales como plazo o régimen global o total.

REVOCACIÓN DEL RÉGIMEN

Para nosotros la revocación debe ser excepcional y procedente, sobre todo, en los casos de comisión de nuevos delitos. El artículo 66° del Código Penal cumple estos objetivos. Lo que nos parece desproporcionado es que el incumplimiento de reglas de conducta pueda traer como secuela la revocación del régimen de prueba y, en cambio, no quepa ante la comisión de otros delitos cuando éstos no superen los tres años de pena privativa de libertad.

Nosotros consideramos que la comisión de un delito es más grave que el incumplimiento de cualquier regla de conducta, por lo que proponemos la eliminación del incumplimiento de las reglas de conducta como motivo de la revocación del régimen.

CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Si bien el artículo 63° no menciona la posibilidad de fijar consecuencias accesorias en los casos en que se reserva el fallo, creemos que esto es posible: las consecuencias accesorias no tienen la naturaleza de una pena. Aunque su *nomen iuris* podría crear confusiones, creemos que existe cierta semejanza con el problema de la reserva del fallo y la reparación civil, pues no resulta fácil determinar de qué son accesorias las "consecuencias accesorias". Al menos en cuanto al decomiso (artículo 102° C.P.), pues no creemos que el juez deba resolver la devolución al imputado, cuyo proceso fue sobreesido por prescripción, de los libros, cintas y videos ilegalmente reproducidos. O que deba indemnizarse al comerciante de medicamentos adulterados, por ordenar la destrucción de su *mercadería*. En todo caso, esto es materia de debate.

INTERVENCIÓN FISCAL

Por último queremos referirnos a la posibilidad que el titular del Ministerio Público, pueda solicitar al juez disponga una reserva del fallo condenatorio. Algunos niegan

Nosotros somos contrarios a plazos de prueba de larga duración, por lo cual entendemos que cuando el legislador menciona prórroga acumulada se refiere al plazo inicial y a la o las prórrogas, que todas en conjunto no deben superar los tres años

esta posibilidad, pues consideran que además de no estar previsto, existen por el contrario normas que obligan al fiscal a solicitar una pena en el momento de su acusación. Consideran además que la disposición de la reserva del fallo condenatorio es una facultad exclusiva del juez. Nosotros no negamos que sea una potestad exclusiva del juez disponer la reserva del fallo, pero no creemos correcto negarle al fiscal la posibilidad de solicitar o recomendar al juez la disposición de una reserva. Pues el fijar una pena también es una potestad exclusiva del juez y no por eso se impide al fiscal solicitar la que, a su criterio, sea la más adecuada a la culpabilidad del agente.

Creemos que el papel del Ministerio Público cobra cada vez mayor realce, y esto en distintos ordenamientos. En Francia, el fiscal puede solicitar el archivamiento de la causa, la absolución del procesado, invocar atenuantes, impugnar la resolución por una extrema severidad del juez para que sea corregida por el superior en grado, solicitar los exámenes de personalidad cuando considere posible la aplicación de una suspensión con puesta a prueba, etc.

En Estados Unidos existe un método de simplificación del proceso conocido como *plea bargaining*, por el cual el fiscal se compromete a buscar un trato benigno a cambio de la declaración de culpabilidad del acusado. Si bien es cierto que la determinación de la pena queda en última instancia en manos del juez, también lo es que generalmente el magistrado acepta la recomendación. Esto es algo que ya deberíamos ir analizando, pues los procesos de terminación anticipada nos son cada vez más familiares.

Debe desterrarse, pues, la idea del fiscal como un perseguidor implacable, como representante de una política de represión indiscriminada del Estado, viéndolo, por el contrario, como defensor de la legalidad, como aquél que busca la aplicación imparcial y justa de la ley.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

A casi cinco años de la entrada en vigor de nuestro Código Penal cabe preguntarse porqué la reserva del fallo condenatorio no sentó sus raíces. Una razón, se nos ocurre, podría ser el peso enorme que la tradición sigue otorgando a nuestra antigua condena condicional, hoy suspen-

sión de la ejecución de la pena. Los jueces se mantienen fieles a una institución arraigada en nuestro sistema jurídico, agregando a esto el desconocimiento de la flamante.

Otra razón, tal vez, sea el temor a lo novedoso, a cualquier cambio. Esto explicaría, también, porqué otra institución de importancia, como el principio de oportunidad, no es ampliamente difundida.

Tampoco podemos descartar un temor a mostrarse complacientes ante una opinión pública exigente de castigo, de severidad, es decir de "justicia". Archivar una causa o disponer la reserva del fallo condenatorio aparecerían como actitudes condescendientes con el delito y, por tanto, sospechosas. Quizá también sea éste el motivo de la tendencia de los jueces a ordenar la detención en lugar de la comparecencia y a negar la libertad provisional; y la tendencia de los fiscales a denunciar o acusar indiscriminadamente, para que en la instrucción o el juzgamiento se determine la responsabilidad de los inculcados.

¿Qué futuro le espera a la reserva del fallo condenatorio? No lo sabemos. El entusiasmo inicial que llevó a nuestros legisladores a incorporar lo mejor de la vitrina del derecho comparado, torna en desolación al ver que la semilla sembrada no rinde sus frutos. Tal vez no fue prudente seguir a los proyectos españoles de 1980 y 1983, porque no eran más que eso, proyectos. A pesar de esto tomamos nota de esos proyectos y, a menos de un año de la entrada en vigencia del nuevo código, fue incluida en los últimos proyectos nacionales y aprobada sin mayores discusiones. Mientras tanto, en España se excluyó la suspensión del fallo desde el proyecto de 1992. Fuimos más papistas que el papa.

Lo que sí debe apreciarse —y esto lo decimos a propósito de todo proceso de reforma— es que cualquier innovación que signifique progreso, que importe un mayor respeto por la dignidad humana, que implique, en fin, un mejoramiento en la administración de justicia, puede quedar ahogado en la trillada excusa de falta de recursos, de falta de infraestructura o de "no estar aún preparados". Tal vez por ello aún no contamos con un nuevo Código Procesal. Pero éstas son excusas. *Caminante no hay camino, se hace camino al andar.* **D&S**