

SENTENCIA PENAL Y DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA EN EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL DE 2004

DR. VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA
Catedrático de Derecho Penal
Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia

LA DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite hasta tres juicios importantes. En un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (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).

La **determinación judicial de la pena** tiene relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de **individualización de sanciones penales**.

Por consiguiente, pues, en términos concretos podríamos señalar que la expresión *determinación judicial de la pena*, alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de modo cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso sub iudice. Esto es, mediante él se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que resulten aplicables. Al respecto desde un enfoque más general JESCHECK precisa que la *"Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas de hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de*

las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la penal no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como la de la consecuencia accesorias” (Hans-Heinrich Jescheck. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen Segundo. Bosch. Barcelona, 1981.p. 1189).

En el siguiente ejemplo, podemos esquematizar esta actividad judicial. Se trata de un caso de autoaborto que conforme al artículo 114º del Código Penal puede ser reprimido con **"con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas"**. Para determinar la pena aplicable a la autora culpable del delito el Juez deberá de examinar y decidir sobre varios aspectos:

- a. Primero, si aplica una pena privativa de libertad o una pena de prestación de servicios a la comunidad.
- b. Segundo, la extensión que tendrá la sanción elegida sea como tiempo de privación de libertad o como número de jornadas de servicios comunitarios a cumplir.
- c. Finalmente, deberá concretizar si la pena privativa de libertad se cumplirá de modo efectivo o si cabe la suspensión condicional de su ejecución. O, en su defecto, señalar el lugar y modalidad del cumplimiento de los servicios comunitarios que fuesen asignados.

Ahora bien, para considerar y justificar el resultado correspondiente a cada una de estas decisiones el Juez tendrá que apreciar los distintos factores objetivos y subjetivos que estuvieron presentes en el caso, para, luego, relacionarlos con aquellas reglas de métrica penal que establece la ley. De esta manera podrá identificar la gravedad del delito (**antijuricidad del**

hecho) y el grado de responsabilidad del autor o participe (**culpabilidad del agente**). Es de señalar que en el desarrollo operativo de este procedimiento la autoridad judicial va incorporando un elemento ideológico que vincula los diferentes objetivos y funciones que se atribuyen a la pena y que se detallan en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal de 1991 (prevención general, resocialización, proporcionalidad).

En la legislación y en la doctrina especializada esta actividad judicial también recibe otras denominaciones como **aplicación de la pena, individualización judicial de la pena o dosificación de la pena.**

El órgano jurisdiccional tiene que determinar la pena correspondiente al caso por una razón de técnica legislativa. Efectivamente, la conminación abstracta que tiene la pena en la ley se expresa, generalmente, en magnitudes abiertas o semi abiertas donde sólo se consigna una extensión mínima o máxima. En el caso de nuestra legislación penal esa es la técnica legislativa utilizada. Por tanto cada delito tipificado en la Parte Especial del Código Penal o en Leyes Especiales o Accesorias a él tiene señalada una o más penas a partir de extremos de duración o realización mínimos o máximos. Así, por ejemplo, el homicidio simple que tipifica el artículo 106º de nuestro código sustantivo tiene como sanción conminada una pena privativa de libertad cuyo mínimo es de seis años y cuyo máximo es de veinte años. En consecuencia, pues, la realización culpable y comprobada judicialmente de un homicidio simple, conlleva a que le juez competente deba determinar entre ambos límites punitivos la extensión concreta de pena privativa de libertad que corresponde imponer al autor o participe de dicho delito.

Resumiendo, entonces, podemos precisar que la determinación judicial de la pena comprende todo el procedimiento que permite evaluar, decidir y justificar el tipo, extensión y, en determinadas circunstancias, la modalidad de ejecución de la pena que resulta aplicable. Sin embargo, como sostiene GARCIA CAVERO, *"este proceso no está desprovisto de ciertas líneas de orientación legalmente previstas, de manera que no puede considerarse una cuestión propia de la discrecionalidad judicial. La individualización de la*

pena está sometida al principio constitucional de la proporcionalidad, el cual se encuentra concretado en un conjunto de criterios específicos establecidos en el Código penal que el juez penal debe observar de manera especial"(Percy García Cavero. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Grijley. Lima. 2008, ps. 709 y 710).

DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA Y LA REFORMA PROCESAL PENAL

Todavía la doctrina nacional que viene comentando el articulado e instituciones del Código Procesal Penal de 2004, no ha tomado mayor interés por desarrollar dogmáticamente la relación de la sentencia penal con el procedimiento de determinación judicial de la pena (Cfr. Pablo Talavera Elguera. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal. Grijley. Lima. 2004, ps. 83 y 84; Rosa Mavila León. El nuevo Sistema Procesal Penal. Jurista Editores. Lima. 2005, p.200).

Sin embargo, esta actitud pasiva frente a un tema esencial del quehacer final del proceso penal, sobre todo del juzgamiento, se refleja también en los distintos intentos institucionales de establecer pautas o guías metodológicas para la elaboración de sentencias penales (Cfr. Julio César Santa Cruz. Razonamiento Jurídico Penal Y Aplicación de la Pena. Academia de la Magistratura. Lima. 2004, ps. 42 y 43; Comisión Ejecutiva del Poder Judicial-Secretaría Ejecutiva. Guía de Pautas Metodológicas para la Elaboración de Sentencias. Poder Judicial. Lima. 200, p. 90). Lo cual parece indicar que aún para los especialistas nacionales, las pautas normativas, así como las precisiones teóricas sobre el particular, deben ser planteadas y debatidas exclusivamente en el ámbito del derecho penal sustantivo.

Ahora bien, en gran medida tal omisión y percepción resultan coherentes con el estilo restrictivo y lacónico mediante el cual nuestra legislación procesal penal trata de la determinación de la pena, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Efectivamente, el **Código de Procedimientos Penales de 1940** no estableció reglas detalladas para la configuración o el resultado de las decisiones punitivas que debía adoptar el juez en un fallo condenatorio. Sin

embargo, en el artículo 282º, con bastante pragmatismo, se establecieron algunas reglas operativas para posibilitar la elección judicial de la pena concreta, cuando entre los magistrados a cargo del fallo se plantearan posturas discrepantes en torno a la naturaleza y extensión de dicha sanción. Al respecto, la norma citada señalaba lo siguiente: *"Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continua la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que voto el miembro del Tribunal en disentimiento con los que votaron por pena superior o inferior"*. Según la exposición de motivos ello era lo más razonable ya que aseguraba, cuando menos, el acuerdo tácito de dos votos por dicha pena intermedia: *"Más fundado es aplicar la pena intermedia, respecto a la cual puede afirmarse que hay mayoría"* (Cfr. Fernando Guzmán Ferrer. Código de Procedimientos Penales. 8ª Edición. Editorial Científica S.R.L. Lima. s/d. p. 481).

Cabe reconocer que en el derecho extranjero de la Región, una opción de técnica legislativa similar a la peruana fue asumida también por el Código de Procedimiento Penal de Colombia de 2000. Este sistema normativo, al igual que el nacional, no da mayores detalles en torno a reglas para la definición de la pena a imponer (Cfr. Artículos 410º a 412º). Ello, quizás, sea coherente por la existencia de disposiciones precisas al respecto en el Código Penal colombiano del mismo año (Cfr. Artículos 60º y 61º). Situación que, lamentablemente, no ocurre en el derecho penal nacional como hemos destacado anteriormente.

En cambio, otros sistemas procesales optaron por un patrón diferente en el cual se fijaban criterios específicos de determinación judicial de la pena. Así, por ejemplo, en el Código Procesal Penal de Chile de 2001 se desarrollaron pautas de operatividad judicial para los casos de delito continuado o concurso real de delitos. En efecto, el artículo 351º, sobre *"Reiteración de Crímenes o simples delitos de una misma especie"*, se reguló el siguiente proceder judicial para la decisión punitiva en tales supuestos: *"En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diferentes*

infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Sí por la naturaleza de las diversas infracciones, estas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal sí, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico”.

El **Código Procesal Penal de 2004** mantuvo igual orientación legislativa que su antecesor de 1940. Lo cual se advierte al realizar una revisión sistemática y analítica, de los once artículos que integran el Título VI sobre **La Deliberación y la Sentencia (Artículos 392° a 403°)** en el Libro Tercero que regula **El Proceso Común**. En efecto de estas disposiciones sólo tres guardan relación directa con la deliberación y determinación de la pena en una sentencia condenatoria. Se trata de los artículos 392°, 393° y 397°. A continuación haremos un breve comentario dogmático de los contenidos pertinentes a ello.

En relación al **artículo 392°** lo relevante se encuentra en el **inciso 4**. En él se ratifica la elección del **"término medio"** ante la discordia que tengan los jueces al pronunciarse sobre la extensión de la pena concreta a imponer.

Por su parte el artículo **393°** en su **literal e, del inciso 3**, precisa que una cuestión específica sobre la que deben deliberar y votar los Magistrados al elaborar un fallo de condena tiene que ser **"la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella"**. Aquí se detecta un error técnico, pues conforme al Código Penal vigente ninguna medida de seguridad, sea la internación o el tratamiento ambulatorio, pueden sustituir penas. Pero al margen de este yerro dogmático lo interesante es que **la Ley obliga al**

Juez a determinar la pena aplicable en atención a las circunstancias del caso. Esto es, se deben debatir y valorar tales indicadores de punibilidad. Sin embargo, la norma ha omitido indicar cual debe ser la metodología o procedimiento a seguir, con lo cual se deja abierta la oportunidad al empirismo y la incertidumbre dada las limitaciones y generalidad de las reglas que para ello coexisten en el Código Penal vigente. En este dominio, en cambio, resultó oportuna e inédita, para la experiencia procesal penal nacional, la propuesta que sobre esta materia hizo el denominado **"Proyecto Huanchaco"**.

Esta interesante y poco difundida iniciativa legislativa, elaborada por juristas nacionales y argentinos, incorporó la posibilidad de realizar un **Juicio sobre la Pena**. El cual, junto al denominado Juicio de Culpabilidad, sería también una base y finalidad fundamental del desarrollo operativo de la audiencia o juzgamiento según el modelo adoptado por dicha propuesta legislativa. En tal sentido, el artículo 255º del Proyecto Huanchaco señalaba lo siguiente: *"El juicio sobre la pena comenzará con la recepción de la prueba que se haya ofrecido para individualizarla, hasta antes del inicio de la segunda parte del juicio, prosiguiendo de allí en adelante, según las normas comunes.*

Al finalizar el debate, el juzgador mencionará oralmente la pena y demás consecuencias jurídicas del delito que corresponde aplicar al caso concreto, lo que constará en el acta de cierre de la audiencia" (Centro de Estudios para la Reforma de la Justicia, Democracia y Libertad-CERJUDEL. Reforma del Proceso Penal en el Perú. Ediciones BGL. Trujillo. 2005, p. 346).

Por último, **el artículo 397º, inciso 3**, del Código Procesal Penal de 2004, respetando la primacía del acusatorio y la legalidad de las circunstancias, prohíbe al Juez ***"aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación"***. Debemos entender que la parte *in fine* de dicha disposición alude, entre otros supuestos, a una falta de circunstancias atenuantes privilegiadas; o de aquellas causales imperfectas de justificación o exculpación que producen la efectividad punitiva regulada en el artículo

21º del Código Penal. Según BROUSSETT SALAS se trata de un acto de **control de regularidad** y *“es el único supuesto en el cual el juez puede apartarse, y habría que ver en que sentido podría apartarse para fijar la pena en el extremo mínimo; esto es, subsanar la irregularidad, se bajo del mínimo, entiéndase en todo caso que el juez podrá imponer el mínimo; pero eso no lo habilitaría tampoco para graduar la pena en un tercio mayor, en un intermedio o en el extremo máximo quizá”* (Ricardo Brousset Salas. El Nuevo Código Penal y la Determinación de la Pena, en Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena. Centro de Investigaciones judiciales. Lima. 2008, p.116).

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL PROYECTO DE LA COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL 2008/2009

Al parecer las oportunidades inmediatas para dar mejor operatividad a la determinación judicial de la pena, se encuentran, de momento, vinculadas a la revisión oficial del Código Penal de 1991. Ello porque el proceso de implementación del nuevo Código Procesal Penal, actualmente en ejecución, no aconseja realizar, por ahora, modificaciones sustanciales a las normas relacionadas con la deliberación punitiva de una sentencia condenatoria.

Ahora bien, al respecto cabe destacar que la Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada por Ley 29153, aprobó, entre el 4 y 11 de noviembre de 2008, un nuevo modelo regulador del procedimiento de determinación de la pena. El texto aprobado tuvo como fuente la propuesta presentada al Pleno de la Comisión por el Representante del Poder Judicial, Dr. Víctor Prado Saldarriaga.

En concreto se modifican los contenidos de los artículos 45º y 46º del Código Penal de 1991. Además, se incluyen nuevos contenidos para los numerales 47º, 48º y 49º.

Sistemáticamente, el nuevo sistema regulador de la determinación judicial de la pena tiene la siguiente estructura morfológica:

- El **artículo 45º** define los presupuestos de fundamentación y determinación de la pena.
- El **artículo 46º** regula el procedimiento judicial de individualización de la pena.
- El **artículo 47º** sistematiza las circunstancias atenuantes genéricas de atenuación.
- El **artículo 48º** enuncia el catálogo de circunstancias agravantes genéricas.
- El **artículo 49º** está referido a las circunstancias calificadas de atenuación y agravación

A continuación examinaremos, brevemente, cada dispositivo precisando las reformas que introduce, así como sus presupuestos normativos y reglas operativas :

En el **artículo 45º** se incorpora como contenido adicional al texto original del inciso 1: "*la posición preeminente que ocupe en la sociedad*". De esta manera, se incluye este nuevo criterio de fundamentación y determinación de la pena como alternativo al preexistente, que únicamente alude a las "*carencias que hubiere sufrido del agente*". Con ello se pretende que el Juez tenga en cuenta para su decisión punitiva la situación del poderoso que delinque usufructuando su posición de privilegio.

También la reforma del artículo que analizamos modifica el inciso 3, sustituyendo el término "*intereses*" por el de "*derechos*", que se estima es más amplio, pues comprende tanto aspectos patrimoniales como no patrimoniales.

El **artículo 46º** contiene los cambios más trascendentes. En primer lugar, dispone expresamente que toda condena debe fundamentar de modo suficiente y explícito los "*motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena*". De esta manera se impone desde la ley, como deber del Juez, el de justificar su decisión punitiva y, por ende, de desarrollar un procedimiento coherente y técnico para individualizar la sanción aplicable al caso.

En segundo lugar, se describen con precisión las etapas que deberá de transitar el órgano jurisdiccional para determinar la pena. Al respecto el citado artículo precisa lo siguiente:

- 1) Se ratifica lo ya previsto en el texto original de 1991, en el sentido de que los factores centrales para la individualización de la pena se relacionan con el grado de reprochabilidad que cabe hacer al agente por su proceder antijurídico (culpabilidad del agente); y con el grado de desvalor que merece la conducta antijurídica realizada (antijuricidad del hecho). Asimismo, se advierte que los indicadores que sirvan para todo ello (circunstancias) no deben ser componentes típicos ni circunstancias específicas. Con ello se evita la doble valoración de un mismo indicador o circunstancia (incompatibilidad).
- 2) Se esquematiza el procedimiento operativo que debe seguir el Juez, de la siguiente manera:
 - Identificar la **pena básica** como espacio punitivo en base a la pena fijada en la ley para el delito (pena conminada)
 - Determinar la **pena concreta**, aplicable al condenado, evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.
 - Dividir el espacio punitivo de la pena básica en tres partes.
 - Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio inferior**.
 - Cuando concurren circunstancias de agravación y atenuación, la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio intermedio**.
 - Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes la pena concreta deberá determinarse dentro del **tercio superior**.

También en la nueva redacción del artículo 46º se describe un procedimiento operativo especial, para el caso de presencia de

circunstancias atenuantes o agravantes cualificadas. En tales supuestos se procederá del modo siguiente:

- Tratándose sólo de circunstancias atenuantes la pena concreta se determinará **por debajo del tercio inferior.**
- Tratándose sólo de circunstancias agravantes la pena concreta se determinará **por encima del tercio superior.**
- Tratándose de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes la pena concreta se determinará **dentro de los límites de la pena básica.**

El **artículo 47º** reproduce el catálogo de circunstancias atenuantes genéricas. El legislador ha considerado se consideran 8 supuestos de atenuación que son los siguientes:

- 1.** Carencia de antecedentes penales.
- 2.** Obrar por móviles nobles o altruistas.
- 3.** Obrar en estado de emoción, pasión o temor excusables.
- 4.** Influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares.
- 5.** Procurar voluntariamente la disminución de las consecuencias del delito.
- 6.** Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado.
- 7.** Presentarse voluntariamente a las autoridades admitiendo responsabilidad.
- 8.** La edad del imputado si ello influyó en su conducta.

En el **artículo 48º** se han insertado 13 circunstancias agravantes genéricas que son las que se detallan a continuación:

- 1.** Que la acción recaiga sobre bienes de utilidad social o recursos necesarios para la satisfacción de necesidades básicas de la colectividad.
- 2.** Que la acción incida sobre bienes o recursos públicos.

3. Que concurren móviles abyectos o fútiles; o mediando precio, recompensa o promesa remuneratoria.
4. Que concurren móviles de intolerancia y discriminación social, étnica, ideológica, religiosa; o a las creencias, sexo, enfermedad o discapacidad de la víctima.
5. Que se empleen medios cuyo uso puede generar peligro común.
6. Que se actué con prevalimiento, alevosía o de modo subrepticio.
7. Que se intensifique innecesariamente las consecuencias nocivas del delito.
8. Que se abusos del cargo, posición económica, formación, poder, oficio o profesión.
9. Que haya pluralidad de agentes.
10. Valerse de inimputables.
11. Que se dirija o ejecute total o parcialmente el delito, desde un centro carcelario o desde fuera del territorio nacional.
12. Que se afecte gravemente el equilibrio de los ecosistemas naturales.
13. Que se emplee explosión, veneno u otro medio de similar eficacia destructiva.

Finalmente el **artículo 49º** regula las circunstancias privilegiadas de atenuación y cualificadas de agravación. Además, en esta disposición se precisa cuales son sus efectos punitivos. Veamos:

- El **primer párrafo** describe como circunstancia privilegiada atenuante la *afectación leve del bien jurídico*. Para este caso la pena se atenuará **hasta una mitad por debajo del mínimo legal**.
- En el **segundo párrafo** se definen dos circunstancias agravantes cualificadas: *la calidad de funcionario público y el abuso de tal condición para la comisión del delito; y la reincidencia*. Para ambos supuestos la pena se incrementará hasta **un tercio por encima del máximo legal** del delito cometido, pero sin exceder del límite temporal máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Se mantienen, pues, las

circunstancias que actualmente contienen los artículos 46º A y 46º B del Código Penal, pero se suprime la relativa a la habitualidad que señala el artículo 46º C. Ahora bien, la agravante cualificada de la reincidencia, según el inciso 2 del artículo 49º, se configura: *"Cuando después de haber cumplido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad efectiva se incurre en nuevo delito doloso dentro de los 05 años siguientes"*

Como se puede inferir el nuevo modelo de determinación judicial de la pena, que ha aprobado el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2008/2009, procura hacer menos complejo y arbitrario dicho proceso decisorio del órgano jurisdiccional. Además, promueve la fundamentación y justificación del resultado punitivo, a la vez que orienta al Juez hacia la solución de casos límites como los que regula el artículo 45º.

Esperamos que esta reforma se formalice pronto, quizás con una enmienda parcial del Código Penal, ya que ello permitirá mejorar la individualización judicial de la pena al momento de la deliberación de la sentencia, a la vez que hará más comprensible el resultado de ese procedimiento para el condenado, su defensa y la sociedad.

