

# LAS PENAS EN SUSPENSO AMPLIAN SU ESPECTRO DE APLICACION

Por Mario Alberto Juliano<sup>1</sup>

El 29 de noviembre de 2011 dicté una sentencia<sup>2</sup> como juez unipersonal del tribunal que integro (el Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea) en el marco de un juicio abreviado, donde las partes habían pactado una pena de cuatro años de prisión por el delito de homicidio agravado por el uso de un arma de fuego en grado de tentativa. Sin embargo, por las consideraciones que especificaré, dispuse que la pena pactada lo fuese de cumplimiento condicional, en lo que considero debe ser la primera resolución que perfora el techo de tres años establecido por el artículo 26 del Código Penal para ese modo de cumplimiento de las condenas.

## 1. El caso.

El 11 de marzo de 2011 el imputado se presentó en el domicilio de la víctima, emplazado en una barriada populosa de Quequén, y previo discutir por unos momentos, extrajo un arma de fuego de entre sus prendas y le descerrajó seis disparos, tres de los cuales impactaron en su cuerpo, poniendo en peligro su vida. El conflicto se habría originado en que la víctima habría intentado ingresar a la vivienda del imputado mientras la familia se encontraba en su interior, con fines aparentes de robo, y puede ser definido como un típico caso de justicia por mano propia.

Dejamos constancia que en el caso se “obliteró” (por emplear la terminología que utiliza la Casación para referirse a “dejar de lado”) el agravante genérico del artículo 41 bis del Código Penal (agravamiento de la escala penal por el empleo de armas de fuego), cuestión que no es del caso abordar en este trabajo, pero que también puede ser consultada en el texto de la sentencia.

Como se dijo al comienzo, fiscal e imputado (representado por su defensor) habían pactado una pena de cuatro años de prisión, aunque (debemos destacar y ponderar) se había acordado que la modalidad de su cumplimiento lo fuese bajo el régimen de prisión domiciliaria bajo la responsabilidad de una tercera persona y

---

<sup>1</sup> Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea

<sup>2</sup> <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/12/fallos55.pdf>

con supervisión del Patronato de Liberados, con salidas laborales, lo que en los hechos representa un importante acotamiento a las consecuencias del poder punitivo.

El particular modo de cumplimiento de la condena pactado por las partes (prisión domiciliaria bajo la responsabilidad de una tercera persona y supervisión del Patronato de Liberados, con salidas laborales) revelaba a las claras el acuerdo existente sobre la inconveniencia que el imputado fuese privado de la libertad en un establecimiento penitenciario.

Si bien coincidí con las partes que el monto de la pena pactado (cuatro años) era proporcionado al grado de culpabilidad exteriorizado por el imputado con su accionar y la lesión inferida al bien jurídico tenido en consideración por el tipo penal, ya que al haber tomado la justicia por sus propias manos puso en peligro cierto y concreto la vida de un semejante, discrepé con que el modo de cumplimiento de la pena acordado cumpliera, acabadamente, con la idea de evitar que el imputado fuese privado de la libertad en un establecimiento penitenciario.

Insisto, no obstante que valoro y pondero que la prisión domiciliaria bajo la responsabilidad de una tercera persona, con supervisión del Patronato de Liberados, a lo que debe sumarse la posibilidad de las salidas laborales para atender las necesidades propias y del núcleo familiar, constituyen una importantísima limitación a las penas privativas de la libertad, ello no exime que, ante cualquier incumplimiento al régimen impuesto, el juez de ejecución de la pena (un juez diferente al que dictó la sentencia) revocase la prisión domiciliaria y dispusiese que debiera seguir siendo cumplida en un establecimiento penitenciario.

Posibilidad (la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario) que ya había revelado sus inconveniencias, como quedó registrado en una pericia obrante en la causa, donde se certificó que durante el período en que el imputado permaneció encarcelado, su hija, de cuatro años de edad, había experimentado alteraciones del ánimo y que su esposa había debido recurrir a la ayuda familiar para atender sus necesidades básicas.

Por estas razones, y por el convencimiento que las penas privativas de la libertad sólo deben ser empleadas como el último recurso de las reacciones estatales, es que me dispuse a una relectura del contenido del artículo 26 del Código Penal, que regula las posibilidades de disponer penas de ejecución condicional.

2. Los razonamientos empleados para perforar el techo establecido por el artículo 26 del Código Penal.

El artículo 26 del Código Penal establece que: *“En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto. Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión. No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación”*.

La ley establece dos conjuntos de recaudos para activar una pena de cumplimiento condicional:

- Recaudos objetivos: que se trate de la primera condena a pena de prisión y que no exceda de tres años.
- Recaudos subjetivos: tomar en consideración, bajo pena de nulidad, la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad.

No encuentro, de momento, otros argumentos (y mejores) que los empleados en la sentencia para justificar la perforación del techo de los tres años previsto por la ley, por lo que los transcribiré:

*Ahora, ¿cómo debe resolverse la contradicción existente entre los recaudos objetivos y subjetivos que establece el artículo 26 del Código Penal para disponer la aplicación de una pena de ejecución condicional?*

*Ese conflicto exige una labor interpretativa del juez que, en mi caso, habré de realizar haciendo empleo del método sistemático, esto es, una comprensión abarcativa del orden jurídico fincada en las exigencias constitucionales y convencionales a las que, en definitiva, deben ajustarse las leyes que, se supone, deben ser su consecuencia.*

*Como plataforma sustancial diré que el legislador solamente se encuentra habilitado para poner un límite máximo (techo, tope) al poder punitivo, pero en forma alguna un límite mínimo (un piso),*

*como lo sería la imposibilidad de aplicar una pena menos rigurosa que la efectiva privación de la libertad.*

*Relacionado con el primer aspecto (que el legislador únicamente se encuentra habilitado a poner un límite máximo al ejercicio del poder punitivo estatal) toda vez que la Convención contra la Tortura veda la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 16), con lo que el sistema de protección de los derechos humanos nos está queriendo decir que toda pena que supere ciertos límites (en su cantidad o en su calidad) es cruel, inhumana o degradante y, por ende, prohibida por el orden jurídico.*

*Por el contrario, de nuestra legislación no surge disposición alguna que habilite al legislador a poner un límite mínimo al ejercicio del poder punitivo estatal, esto es la autorización para establecer una frontera por debajo de la cual una pena (ya sea en cantidad o en calidad) sería ilegítima. Lo cual es una lógica derivación del principio de culpabilidad.*

*El principio de culpabilidad, entendido como la relación singular y particularizada del individuo con su hecho, parte de la premisa que el nivel de reproche es susceptible de ser graduado de acuerdo a las características del caso, ello como lógica consecuencia que las personas no son todas iguales, que no todos tienen las mismas posibilidades de motivarse en las normas y adecuar su conducta a ellas y que, muy por el contrario, presentamos tantas diversidades como individuos habitan el planeta.*

*La idea de un reproche mínimo, fijo y tasado (en cantidad o calidad), es contraria al principio de culpabilidad, ya que para aquellos supuestos donde la sanción se coloque por encima de la culpabilidad que es dable atribuir al individuo por su hecho nos encontraríamos en presencia de una pena cruel, inhumana o degradante, prohibida por la ley.*

*Pero no solo eso. Si aceptamos que la culpabilidad es susceptible de ser medida en grados, desde la ausencia absoluta de culpabilidad en adelante (hasta el límite legal del poder punitivo), admitir que el legislador se encuentra autorizado a poner un piso de punibilidad, que en algún supuesto puede resultar superior a la culpabilidad que es dable atribuir al individuo, implicaría convalidar que el legislador se arrogue atribuciones propias del Poder Judicial, como lo es el conocimiento sobre las causas pendientes (artículo 116 C.N.), lo cual representa una clara*

*violación al principio republicano de división de los poderes (artículo 109 C.N.). O, dicho con otras palabras, conferirle la atribución de establecer, jure et de jure, sin admitir prueba en contrario, que siempre y en todos los casos, frente a un determinado delito la culpabilidad debe ser medida a partir de un estándar determinado.*

*Retomando la línea argumentativa que traía y regresando a la solución que debe adoptarse frente a la imposibilidad material y jurídica de conciliar los recaudos objetivos y subjetivos del mentado artículo 26, anticipo que deben prevalecer estos últimos por encima de los formales o materiales. No sólo por los claros límites impuestos al legislador para el diseño de la ley penal, sino también por la finalidad que la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos han asignado a las penas. Las normas supremas de la Nación (artículos 18 Constitución nacional, 5.6. CADH, 10.3. PIDCP) han establecido que el fin de las penas es la resocialización del individuo, esto es, un proceso destinado a revertir las condiciones de vulnerabilidad que lo colocaron en contradicción con la ley penal. El fin resocializador de las penas implica privilegiar la dignidad del individuo que delinquiró por sobre cualquier otra finalidad presunta (retribución o prevención).*

*Consecuentemente, si el fin de la pena debe implicar privilegiar la situación del imputado, deviene evidente que los recaudos formales de la ley no pueden ni deben sobreponerse por sobre los aspectos subjetivos del caso particular que hacen aconsejable no imponer una pena efectivamente privativa de la libertad.*

*De acuerdo a lo precedente, corresponde declarar la inconstitucionalidad del límite previsto por el artículo 26 del Código Penal de tres años para la imposición de penas de cumplimiento condicional (artículos 18, 109 y 116 Constitución nacional; 16 de la Convención contra la Tortura) e imponer al señor Carlos Adrián Fiscina una pena de cuatro años de prisión, de ejecución condicional.*

### 3. La resolución de la Casación bonaerense.

Debo confesar que frente al previsible recurso fiscal contra el modo de cumplimiento de la pena, eran pocas las esperanzas de confirmación de la sentencia, como no fuera que el recurso ingresara en alguna de las Salas que pueden presumirse como más abiertas y proclives a las interpretaciones legales innovadoras, donde recibiese un tratamiento con mayor amplitud interpretativa.

Sin embargo, “la vida te da sorpresas” (parafraseando a Rubén Blades). El recurso fue tratado por la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires (Carlos Alberto Mahiques y Fernando Luis María Mancini), que el 11 de julio de 2013 resolvió desestimarlos por aplicación de lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 452 del Código Procesal Penal, que dispone que el Ministerio Público Fiscal sólo podrá recurrir la sentencia condenatoria cuando se haya impuesto una pena privativa de la libertad inferior a la mitad de la requerida. Ciertamente, la pena impuesta no era inferior a la mitad de la requerida (de hecho, era igual), y solo difería en el modo de cumplimiento.

En una primera lectura, podría pensarse que la Casación recurre a un argumento formal (la limitación establecida por el artículo 452.2) para evitar ingresar en el tratamiento del fondo de la cuestión planteada y pronunciarse a su respecto. Sin embargo, una segunda lectura permite pensar que “el hecho” (la imposición de una pena de prisión de cuatro años, de cumplimiento condicional), inédito y novedoso, no debe haber pasado desapercibido para los jueces de la Casación, que lo consignan en los considerandos de su resolutorio de modo expreso.

Consecuentemente, es factible preguntarse: ¿el argumento formal (la limitación del artículo 452.2) habrá sido tan poderoso como para omitir pronunciarse respecto de una forma de cumplimiento de las condenas que quiebra una tradición histórica?

No me confundo de pensar que los jueces casatorios coincidan con la postura adoptada respecto de las posibilidades que ofrece el artículo 26 del Código Penal, pero lo cierto es que el rechazo del recurso deja firme la pena con la modalidad dispuesta, operando, de modo implícito, como confirmación legal de su viabilidad y existencia material. Por primera vez (hasta donde conozco), un condenado cumple una pena superior a los tres años de prisión bajo la modalidad de la ejecución condicional, habiendo mediado la intervención de la instancia revisora de las sentencias.

4. No pretendemos alentar una exagerada expectativa donde, posiblemente, no exista. Pero abrigamos la moderada esperanza que el trámite descrito abra el camino a una jurisprudencia que, haciéndose cargo de las consecuencias de sus decisiones, explore las posibilidades que brindan los textos legales analizados desde la perspectiva de una interpretación sistemática, que integre a su comprensión las normas del derecho internacional de los derechos humanos, posibilitando, de ese modo, limitar y disminuir las consecuencias del poder punitivo.