



Los efectos de la suspensión del juicio a prueba en
relación a las penas privativas de libertad.

Julieta Luque Brower de Koning

Abogacía

2013

Resumen

“Efectos de la suspensión del juicio a prueba en relación a las penas privativas de la libertad”

En este trabajo se realiza un análisis tanto de las penas privativas de la libertad, en concreto de la prisión, como de las penas alternativas a la misma, dando específico tratamiento a la suspensión del juicio a prueba. A partir de este análisis se pretende conocer su alcance, conveniencia, finalidad y situación actual en que se cumplen, de modo de poder arribar a una aplicación armónica de las mismas en los casos concretos que lo requieran. Se ahonda en la suspensión del juicio a prueba, abarcando sus aristas más conflictivas, como su alcance doctrinario, su escaso desarrollo legislativo y su tratamiento jurisprudencial; con el objetivo de examinar su aplicabilidad concreta en los casos que admiten tal posibilidad, y los efectos que la misma genera, tanto en los individuos como en la sociedad.

“The effects of suspension of judgment-proof in relation to custodial sentences”

This paper presents an analysis of both the deprivation of freedom, namely the prison sentences as the alternatives to it, giving special treatment to the suspension of judgment-proof. From this analysis aims to determine its scope, desirability, purpose and situation in which they are, so that we can arrive at a harmonized implementation of the same in the specific cases that require it. It delves into the suspension of judgment-proof, encompassing its most troubled corners, as its doctrinal and jurisprudential treatment scope, in order to examine their applicability in specific cases that support this possibility, and the effects that it generates both in individuals as in society

Índice

Introducción.....	4
Capítulo I	
La pena.....	6
Fin de la pena.....	9
Capítulo II	
Las penas privativas de la libertad.....	15
La prisión.....	17
La prisión en la actualidad.....	23
Crisis de la prisión.....	28
Medios alternativos a la pena de prisión.....	36
Capítulo III	
Suspensión del juicio a prueba.....	46
Fundamentos y fines.....	49
Origen y evolución.....	52
La suspensión del juicio a prueba en el Código Penal.....	54
Corrientes interpretativas.....	62
Tesis Restringida.....	64
Tesis Amplia.....	68
Tratamiento Jurisprudencial	
Plenario Kosuta.....	72
Fallo Acosta.....	77
Fallo Norverto.....	80
Revocación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.....	81
Capítulo IV	
Conclusión.....	87
Bibliografía.....	92

Introducción

En el presente trabajo se analizará la probation como pena alternativa a la de prisión. La indagación fundamental que rodea a la investigación es si la probation es realmente una alternativa válida a la pena de prisión, y esto podrá comenzar a ser evaluado de acuerdo a los efectos que ambas producen, tanto en la persona afectada directamente, como en las que son afectadas de forma indirecta, es decir, la sociedad.

De manera orientativa, entendemos la probation como un método alternativo mediante el cual, a través del pedido del imputado, se suspende el proceso, si cumple con ciertos requerimientos de conducta durante un tiempo determinado. Cumplido este plazo y los requisitos, la acción penal se extingue. (Giorgio-Bernis, 2005)

Existen numerosos casos en el Código Penal donde la pena que se prevé es la prisión, pero que a la vez cumplen con los requisitos para el pedido de la aplicación de la probation, y es en estos casos donde la comparación se hará latente, ya que tanto las consecuencias desvaliosas como los beneficios para los afectados, se darán de acuerdo a la alternativa que se aplique.

Cuando hablamos de los casos en los que se aplica, estamos en presencia del tema más controvertido que ha rodeado al instituto desde su implementación. La doctrina no ha sido pacífica al respecto y a falta de producción normativa específica ha tenido que elaborar las pautas mediante las cuales se delimita su área de aplicación. Se han elaborado dos teorías, la teoría amplia y la teoría restringida. Estas tesis han sido recogidas por la jurisprudencia en dos casos fundamentales, el fallo Kosuta y el fallo Acosta, donde se estableció la interpretación que debía seguirse. Pero a pesar del

precedente fijado por estos fallos, la doctrina sigue disintiendo respecto de la teoría a aplicar; lo cierto es que mientras no exista la legislación necesaria para interpretar el fondo de estas cuestiones, no dejará de generar incertidumbre y de dar lugar a disputas teóricas como las actuales.

Como dijimos, la producción normativa es muy limitada: contamos sólo con los artículos del Código Penal incorporados por la ley 24.316, por ello será necesario remitir en diversas oportunidades al derecho comparado, donde este tema ha sido tratado de forma más extensa y precisa, ya que el instituto de la probation ha formado parte de sus ordenamientos como una tradición legislativa, cuando en nuestro derecho es un método relativamente nuevo.

El presente trabajo, gira en torno a dos cuestiones fundamentales: el desarrollo de la probation y el de la pena de prisión, cada cual con su capítulo respectivo. El capítulo I se encarga de brindar un encuadramiento al tema en cuestión, desarrollando que se entiende por penas y su finalidad, para luego poder adentrarnos en el análisis de las dos penas específicas. En el capítulo II se desarrolla la pena de prisión, pudiendo encontrar allí un desarrollo de ella, con una referencia específica al estado actual del sistema penitenciario y las penas privativas de la libertad. En el capítulo III se encuentra el desarrollo de la probation, donde es necesario explicar su ubicación, presupuestos y supuestos en los que es aplicable y fundamentalmente sus efectos, que son la pauta elegida para realizar la comparación. Finalmente en el capítulo IV, se encuentra la conclusión arribada luego del análisis de los capítulos precedentes, si la probation es una alternativa válida a la pena de prisión, lo sabremos en este capítulo, al equiparar ambos institutos.

Capítulo I

La pena

Para dar comienzo a este trabajo, definiré el ámbito dentro del que se ubica el instituto a desarrollar. Para ello, hay que definir en primera medida la pena en general para poder arribar a una definición más exacta de la probation, vista desde un punto de vista más abarcativo.

El doctor Ricardo C. Nuñez define la pena como “un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito” (1999, p.278).

Para Soler “la pena es un mal amenazado, primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos” (1992, p.400).

En las definiciones citadas lo que se destaca como carácter común es el carácter retributivo de la pena, lleva siempre un elemento de compensación ideal de una lesión causada al derecho en general, y esto es lo que la distingue de las demás sanciones que no son penas, como la indemnización por daños y perjuicios. La pena es personalísima, a diferencia del ejemplo dado, que tiene en miras principalmente el patrimonio del infractor. Es la retribución a la culpabilidad del autor con arreglo a su personalidad. No es reparatoria, aun cuando el daño externo causado por el delito lo

sea, ya que ofende algo más que un derecho subjetivo privado e indemnizable. Es lo que fundamentalmente la diferencia de la ilicitud civil. (Soler 1992, Nuñez 1999).

Siguiendo aquí el criterio del Dr. Soler se puede establecer que éste carácter retributivo es lo que brinda al legislador los límites aplicables a la misma, de acuerdo a los usos y costumbre de cada cultura. Toman como base además un límite natural, que es la vida del hombre, aunque en este punto también vamos a estar a la cultura y el lugar en el que se vea aplicada la pena(1992).

La pena es un mal, como se desprende de las nociones indicadas arriba, porque es la disminución de un bien jurídico. Para castigar, el derecho quita lo que estima valioso, es una lesión inferida por el derecho. En consecuencia, para saber si la pena es un mal o no, el punto de vista válido es el derecho.

La pena es jurídicamente un mal, y no puede dejar de serlo, puede suceder que el delincuente no reciba la pena como un mal, no por ello dejara de ser pena.

Existen limitaciones de carácter jurídico, constitucional, cultural e incluso psicológico, a la disminución de bienes como medio penal. Ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo, ni siquiera privarlo de lo que son situaciones de la persona y no bienes jurídicos, como la calidad de padre, de hijo, de esposo o de nacional.

En nuestro sistema jurídico, las facultades penales están directamente limitadas por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional. Por lo que se puede afirmar que para nuestro derecho no existe ninguna pena que importe la pérdida total de derechos, como sucede con la pena de muerte y la muerte civil. Estas limitaciones responden a

un positivo progreso cultural y concuerdan con la sensibilidad ética de una sociedad evolucionada, formada en costumbres políticas sanamente liberales (Soler, 1992).

En general, Finger, señala para la pena los siguientes criterios:

*Humanidad del medio penal, no debe adoptarse como castigo aquellos medios que hieran los sentimientos normales de piedad y respeto a la persona. El estado no debe adoptar los procedimientos de un resentido ni excitar los complejos inferiores de sadismo.

*Moralidad, debe tender al mejoramiento del individuo.

*Personalidad, debe actuar exclusivamente sobre el culpable.

*Igualdad, debe significar lo mismo para todos lo que la sufren.

*Divisibilidad, importa la posibilidad de adaptación perfecta al caso.

*Economía, debe exigir al Estado el menor sacrificio posible.

*Revocabilidad, siendo una obra humana, no puede descartarse la posibilidad de error (1904).

Soler (1992) agrega en este punto un carácter más a la enumeración que es *Mínima suficiencia, la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión, de este punto se derivaran los institutos del derecho penal moderno.

Del concepto dado de pena se desprende además otra idea, que es la del fin de la pena, lo cual desarrollare con mayor detenimiento más adelante en este mismo capítulo, pero para dar un cierre al análisis de la noción del concepto diremos aquí que la pena es un mal, cuyo fin es evitar el delito. Este fin de la pena es el fin inmediato y envuelve a todos los demás que suelen señalarse, como restablecer la tranquilidad

social, impedir los hechos de venganza, intimidar, corregir, inocuizar, todo esto cabe en esa idea, porque no se trata con la pena de evitar un delito determinado, sino de evitarlos en general.(Soler, 1992)

Fin de la pena

Durante la historia del derecho se han esbozado diferentes teorías que tratan de explicar el fin de la pena con un trasfondo filosófico muy enriquecedor.

Para algunos, la seguridad social es lo que le da sentido a la represión, esta, en consecuencia, no mira al delito como causa de la pena, sino como ocasión de aplicarla; no se castiga “quia peccatum est, sino, nec peccetur”(proveniente del dialogo de Protágoras) Platón le atribuye al sofista: “El que castiga con razón, castiga no por faltas pasadas, porque no es posible que lo que ha pasado deje de suceder, sino por faltas que pueden sobrevenir, para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás”.

Según la opinión de Ricardo Nuñez, el fin de la pena es que no se delinca y a esto se puede arribar por dos vías: por un lado se puede lograr procurando que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, a fin de posibilitar la adecuada reinserción social, y evitar así la recaída mediante el cumplimiento efectivo de la pena o su suspensión condicional, todo lo referido constituye el fin individual. Por otro lado, la pena puede lograr su fin, funcionando como prevención respecto de los demás miembros de la sociedad, que constituye el fin general (1999).

Para autores como Zaffaroni, la resocialización entendida como objetivo absoluto de la pena, sólo puede ser la manifestación de una dictadura ética, de un derecho penal

transpersonalista. Para que la misma sea admisible y tolerable en un derecho penal democrático y respetuoso de la libertad de conciencia, debe ser considerada como un simple medio, siempre al servicio de la coexistencia de cierta seguridad, que por otra parte será siempre una cuestión de grado, por dar un concepto racional y no la idea de seguridad absoluta que se asemeja más a una concepción de tintes románticos (Astiz Campos, 2003).

Estando a lo expresado hasta aquí en lo referente a los fines de la pena, desarrollaré brevemente las distintas teorías aceptadas en la doctrina, otorgando así un marco ideológico a las concepciones de los autores nombrados en los párrafos anteriores. Esta enumeración además, brindará una visión amplia acerca de los objetivos que son buscados al momento de decidir respecto a la aplicación de una pena, que será un tema de base para los siguientes capítulos a desarrollar.

Las principales elaboraciones referidas a los fundamentos y a la función o fines de la pena, de autores como Bonetto en este caso, se enmarcan dentro de las llamadas,

- Teorías absolutas o retributivas,
- Teorías relativas o preventivas,
- Teorías mixtas,

Para las teorías absolutas o retributivas, lo único que interesa es que la sanción sea justa o adecuada al grado de injusto o culpabilidad. Se pone el acento en el pasado sin mirar ninguna perspectiva futura. Los pilares de esta concepción son, el Estado como guardián de la justicia y compendio de las nociones morales, la fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse y la necesidad de limitar la función protección de la libertad individual. La pena es mirada como devolutiva, se retribuye mal por mal.

Como ventaja de esta teoría, puede indicarse que la relación que debe mediar entre la pena y la gravedad del injusto y de la culpabilidad constituye un límite claro y firme para el castigo, impide que el castigo vaya más allá de la gravedad del delito cometido. Cualquier exceso se considera como un modo de sacrificar al individuo en favor de la generalidad lo que redundaría en un mayor respeto por la dignidad humana. Como desventaja, puede mencionarse que una organización política y social democrática de derecho debe limitarse a asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses, no estando legitimada para realizar la idea metafísica de justicia. La sola imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado para la lucha contra la delincuencia. No se suprime el mal causado por el delito sino que se agrega el mal de la pena.

Por su lado, las teorías relativas o preventivas, parten de la creencia de la explicación científico causal de todo comportamiento de las personas, la fe en la capacidad para ser educados mediante la apropiada actuación pedagógico-social y el rechazo a cualquier intento de interpretación metafísica de los problemas de la vida social. Consideran la pena no ya un fin en sí mismo, sino un medio para otros fines sociales que van más allá del castigo y que consisten en prevenir delitos, como medio de protección de determinados intereses sociales. La pena no mira ya únicamente al pasado, sino también al futuro, y procura que no se vuelva a delinquir. Se propugnan dos modos de lograr estos fines entre sus partidarios; por una parte inhibiendo los impulsos delictivos de los autores potenciales indeterminados, dirigiéndose a la colectividad para que no surjan nuevos delincuentes, prevención general; por otro lado, actuando sobre el autor del delito para evitar que vuelva a delinquir, prevención especial.

A su vez, dentro de la prevención general, se distingue la prevención general positiva y la negativa. Para la negativa, la existencia de la sanción penal conminada en abstracto actúa como coacción psicológica. La única utilidad que se advierte en la posterior aplicación y ejecución de la pena radica en la necesidad de confirmar la seriedad de la amenaza legal y mantener su eficacia. Para la prevención general positiva, la pena actúa positivamente demostrando la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzando así la confianza del pueblo. Pone el acento en el momento de la aplicación de la pena y no en el de su conminación.

Como ventajas de estas teorías de prevención general, contamos con que exigen disposiciones precisas para que el ciudadano pueda motivarse debidamente y así decidir distanciarse de determinadas conductas e igualmente no aparece como necesario renunciar a la pena en aquellos casos de ausencia de peligro de repetición de los hechos por parte del penado, en los que no obstante, la sanción se presenta como necesaria para evitar que el delito opere incitando a otros a su imitación. Asimismo, su fundamentación no excluye la consideración de funciones preventivas especiales al momento de ejecutar la sanción. Como contracara, posee la desventaja que el único parámetro que brinda para delimitar la duración de las penas es su finalidad preventivo general, así las necesidades preventivas pueden llevar a elevar las penas indefinidamente, en detrimento de los principios de dignidad humana y de culpabilidad. No debe olvidarse que las ciencias sociales han demostrado que pocas personas cometen el hecho calculando que se les pueda afectar una intimidación.

Las teorías que abogan por la prevención especial, estiman que esta va dirigida al autor individual, que ya ha delinquido, procurando a través de la pena, que no vuelva a hacer. Se destacan como postulados esenciales: la definición uniforme del fin de la pena a través del concepto de resocialización del delincuente, la consideración

de la corresponsabilidad de la sociedad en el delito y la idea de tratamiento como esencia de la ejecución penal, ya que la resocialización se procura fortaleciendo en su formación escolar, profesional, corporal y el sentido de responsabilidad del recluso, procurando su colaboración activa en la vida del establecimiento. La gran ventaja que puede atribuírsele es que cumple bien con el cometido del Derecho Penal en un Estado social y democrático de derecho, obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, sin expulsarlo ni marcarlo sino integrarlo. Estas corrientes han fomentado la aparición de ciertas instituciones que permiten dejar de imponer o ejecutar total o parcialmente la pena en delitos poco graves, cuando lo autorizan las condiciones del delincuente. Entre las desventajas, puede resaltarse que sus objetivos preventivos son los únicos criterios limitadores de la medida de la pena, que no indica cómo proceder cuando el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización ni explica por qué debe esperarse a que el sujeto cometa un delito para que el Estado pueda intervenir, no ofrece solución para los casos en que, aunque los autores no estén necesitados de resocialización, aparecería absurda la impunidad del sujeto (Bonetto y otros, 2000).

Finalmente, las teorías mixtas de la unión, se dividen en dos corrientes principales. La primera, tomando la retribución como punto de partida, juega la prevención un mero papel complementario dentro del marco de la retribución. La segunda, considera fundamento principal de la pena a la prevención y que la retribución solo actúa como un límite máximo de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido de modo que, teniendo en cuenta las necesidades preventivas, se podría disminuir e incluso prescindir de la pena sin importar las exigencias retributivas. La ventaja esencial que aportan es que de acuerdo a la utilización que hagamos de ambos criterios podemos encontrar soluciones a

diferentes cuestionamientos que se hacen a las teorías puras. Como desventaja, carece de un esquema teórico que permita unificar fundamentos y fines tan disimiles como son los preventivos y los retributivos (Clavero y Luque Videla, 2003).

Una decisión en favor de una de las teorías presentadas no es posible, pues los argumentos contradictorios provienen de campos que no resultan comparables. En la actualidad, los juristas del derecho penal, en la teoría como en la práctica, solo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: al momento de la amenaza, de la aplicación y de la ejecución.

En este sentido Roxin ha propuesto una concepción dialéctica de la pena, en la medida en que acentúa la oposición de los distintos puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis. La forma de alcanzar esa síntesis, consiste en que al momento de la amenaza el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución de la pena, adquieren preponderancia los fines resocializadores, de la prevención especial (Bacigalupo, 1996).

Capítulo II

Las penas privativas de la libertad

Habiendo desarrollado los elementos y las nociones básicas de la pena en general, se desarrollará en este capítulo un tipo de pena en particular, la cual es la pena de prisión.

“Las penas privativas de la libertad se caracterizan por la internación del condenado en un establecimiento cerrado, por el tiempo que la sentencia determina” (Soler, 1992, p.426). En consecuencia la libertad de la que se priva es fundamentalmente la ambulatoria, sin perjuicio de otras restricciones que el régimen comporta.

Si bien el poder punitivo utiliza múltiples limitaciones a la libertad ambulatoria, la más grave de ellas es la que tiene lugar cuando se somete a una persona a una institución total, en cuyo ámbito cerrado realiza la totalidad o la mayoría de su actividad cotidiana. Esta forma punitiva de institución total es la prisión. Esta institucionalización opera como columna vertebral del sistema de manifestaciones punitivas (Zaffaroni, 2002).

El código penal prevé como penas privativas de la libertad la reclusión y la prisión. Ambas son penas de encierro, privativas de la libertad ambulatoria, pero no de la libertad de movimiento corporal

Según el Código, la diferencia entre la reclusión y la prisión reside en el trabajo y la disciplina carcelaria. La pena de reclusión perpetua o temporal, se debe cumplir con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos pueden ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares. Pero los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieran reclusión, sufrirán la condena en prisión, no pudiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento (Nuñez, 1999).

Respecto a la pena de reclusión, en este punto, voy a adherir a la opinión del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, que en su Manual de Derecho Penal hace la siguiente salvedad.

La historia legislativa argentina conoció una pluralidad de penas privativas de la libertad que en 1921 quedaron reducidas a dos: la prisión y la reclusión. La reclusión cargaba con el resabio de pena infamante, hoy expresamente prohibido en la Constitución por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. XXVI. La pluralidad de penas privativas de la libertad, tiende a desaparecer en el derecho comparado, y así observamos que la vieja discusión sobre si debía mantenerse una pena infamante para no recuperables o difícilmente recuperables y otra pena no infamante, lo que provenía de la distinción entre delitos y crímenes, fue superada en los años cincuenta. La tendencia a unificar la pena privativa de la libertad reconoce antecedentes muy lejanos, iniciándose en el primer congreso de derecho penitenciario en Londres en 1872, Estocolmo en 1878, Paris en 1895 y Praga en 1930.

En Argentina, la distinción entre prisión y reclusión fue suprimida en todos los proyectos posteriores a 1921, salvo en los que participo Soler, quien sostenía que la

distinción se imponía por vía constitucional y que era necesario mantenerla con independencia del problema penitenciario, para puros efectos penales y constitucionales. A su entender, como la reclusión conlleva el carácter de pena infamante, es el único criterio para determinar el alcance del art. 69 del texto constitucional, que de otro modo no podría aplicarse.

Si la distinción con la prisión es su ejecución más gravosa e infamante, una pena de reclusión que se ejecuta como una pena de prisión, es una pena de prisión. Si bien esto siempre fue así, la unificación se formalizó con la derogación formal de la pena de reclusión, al establecerse su ejecución indiferenciada en la antigua ley penitenciaria, decreto-ley 412 de 1958 ratificado por ley 14.467, que mantiene vigente la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, que incluso remplazaron la calificación de recluso y preso por la de interno, disponiendo que el trabajo obligatorio no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado; lo que constituye la “partida de defunción” de la pena de reclusión como pena. Hasta el momento, los tribunales argentinos están condenando a una pena de prisión con las consecuencias de una pena derogada, porque incluso está vedada su aplicación por disposición constitucional expresa (Zaffaroni, 2003).

De lo expresado hasta aquí, cabe aclarar que tratare las penas privativas de la libertad como unificadas, por lo que la denominare prisión, acorde al punto de vista seguido, como indique anteriormente.

La prisión

La pena de prisión, perpetua o temporal, debe cumplirse con trabajo obligatorio en establecimientos distintos a los reclusos, y cuando la prisión no excediere de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias (Nuñez, 1999).

Los principios fundamentales que rigen la ejecución de la pena de prisión son fundamentalmente tres: el de legalidad, judicialización y resocialización.

Entendemos por principio de legalidad que las penas deben ejecutarse del modo previsto en las normas vigentes y que estas normas deben haber sido sancionadas antes de la comisión de los delitos que dan lugar a la condena.

El principio de legalidad exige que la duración de la pena este determinada en nuestro caso por las escalas penales, como también que deben estar definidas las condiciones de cumplimiento de la condena antes de que se cometa el hecho delictivo, esto es , la manera en que se va a desarrollar la ejecución de la pena.

El principio de control judicial o judicialización surge de los art, 3 y 4 de la ley 24.660, los que expresan que: “la ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial, el juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales, ratificados por la República Argentina y los derechos no afectados por la condena o la ley” y que: “ será competencia judicial durante la ejecución de la pena, resolver las cuestiones que se susciten cuando se consideren vulnerados algunos de los derechos del condenado y autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria”. De esta forma, este principio implica que es el juez de ejecución el encargado de velar por el cumplimiento de los derechos del condenado, como así también, de tomar las

decisiones que signifiquen un cambio al cumplimiento de la pena. Por último, reconoce la vigencia de los derechos y garantías que existen en las etapas procesales anteriores a la ejecución.

El principio de resocialización, es la base de la ejecución penal, dado que se somete al condenado por un delito a una pena privativa de la libertad, con el fin de que sea reintegrado a la sociedad. Debe ser entendido como la obligación que tiene el estado de proporcionar al condenado, dentro del marco del encierro carcelario, las condiciones necesarias para un desarrollo adecuado que favorezca su integración a la vida social al recuperar su libertad. Así, el condenado debe contar con un conjunto de actividades dirigidas a la obtención de la reinserción social (García Yomha y Caamaño Iglesias Paiz, 2006).

Desde hace aproximadamente dos siglos, en que se generalizó el carácter de la pena de prisión, fueron diversas las filosofías que se ensayaron al respecto. Casi todas se encaminaron por la senda de la idea rectora de una “tratamiento” que provocaría cierta mejoría.

La primera filosofía o ideología del tratamiento era de raíz especulativa o moral. Se seguirá a Zaffaroni en este punto. El delito y la locura eran el producto de una existencia desordenada y, por ende, se hacía necesario someter a la persona a pautas ordenadas para que se operase su mejoría moral o psíquica. Este orden, demandaba una estricta vigilancia, cuyo modelo más acabado fue el panóptico, aparato arquitectónico ideado para que con el mínimo de esfuerzo se pudiese obtener el máximo control en este tratamiento disciplinante que debía abarcar las pautas del trabajo industrial. Esta fue la versión anglosajona de la primitiva filosofía moral del sistema penal, pero también hubo una versión germana, nutrida de pensamiento

idealista, conocida como “teoría del mejoramiento” que concebía a la pena misma y no ya a su mera ejecución, como mejoramiento moral. Al importarse a España, esta versión caló en el penitenciarismo de nuestra lengua, especialmente por obra de Concepción Arenal.

A este primer discurso moralizante especulativo, le siguió un segundo momento, que fue el del positivismo peligrosista, para el cual el penado era una persona peligrosa a la que había que someter a un tratamiento reductor de peligrosidad. Un discurso con pretendido carácter científico a cuyo amparo se desarrolló toda una ciencia que servía de base al tratamiento, que fue la criminología clínica, como aspecto fundamental de la llamada criminología positivista.

Un tercer momento tuvo lugar al producirse el ocaso del positivismo biologista o peligrosista. Este movimiento se generalizó a partir de la Segunda Guerra Mundial, en que se adoptaron conceptos de teorías sociológicas menos claramente organicistas, principalmente del funcionamiento sistémico. Era la hora del llamado “Estado benefactor”, se introdujo orgánicamente la idea del tratamiento como resocialización. Para Parsons, principal expositor de la teoría, existe una socialización que, si fracasa, da lugar a conductas desviadas que el sistema debe corregir mediante su control social resocializador. La socialización no control social, sino que este sería únicamente el que interviene recién frente a la conducta desviada.

En épocas más o menos contemporáneas, irrumpieron conceptos mucho más difusos, como “readaptación social”, “reinserción social”, “reeducación”, “repersonalización” e incluso un uso impreciso de la “resocialización”; todos caracterizados por el prefijo “re”, con lo cual daban idea de que algo había fallado y que justificaba una segunda

intervención, lo cual remite a la idea orgánica del funcionalismo sistémico de un primer momento.

Estas ideas mantuvieron la importancia de la criminología clínica y de la general criminología etiológica, dando entrada en ambas a las teorías psicológicas y psiquiátricas más dispares.

Las filosofías “re” se mantuvieron con pocas variantes hasta la década de los años sesenta. A partir de los años sesenta comienza el proceso de decadencia de la criminología etiológica, y van arreciando las críticas a la prisión; unos ponen de relieve el efecto deteriorante de la prisión y otros responsabilizan al tratamiento por el alto número de reincidencias.

Aquí, el tratamiento sufre, en cuanto a su ideología, un cuarto momento, que puede ser calificado como “momento anómico”.

La criminología de la reacción social puso de manifiesto la arbitrariedad epistemológica que implica la pretensión de explicar los comportamientos de los criminalizados prescindiendo de los comportamientos de otras personas, y especialmente, de los operadores de las agencias del sistema penal.

Quedó manifiestamente expuesta la imposibilidad de explicar el comportamiento de los prisioneros sin tener en cuenta los condicionamientos y la artificialidad de la prisión y de la acción condicionante previa de las otras agencias del sistema penal y del control social en general. La criminología desplazó su atención del comportamiento del criminalizado al comportamiento de las agencias del sistema penal, y a la interacción entre estos comportamientos agenciales y el criminalizado. El

cambio comenzó precisamente con la crítica de las instituciones totales, que luego llamarían “instituciones de secuestro”.

A pocos años de este fenómeno, hoy parece que no es necesario apelar a muchas especulaciones para comprobar que las afirmaciones de la criminología clínica no resisten la prueba de una verificación seria, a causa de la arbitrariedad en que incurre al dejar fuera de su universo la acción del propio sistema penal sobre el criminalizado y el prisionizado. Es poco lo que acerca de su comportamiento puede explicarse, por no decir nada, si se omiten los efectos que para el mismo tiene los comportamientos de los policías, los jueces, los guardiacárceles, los compañeros de presidio, los medios masivos, los abogados, la opinión pública, los familiares, los vecinos, los compañeros de trabajo, etc.

En resumen, las filosofías acerca del tratamiento se sucedieron a lo largo de doscientos años, reconociendo cuatro momentos: el moralizante, el peligrosista, el funcionalista y el anómico.

En tanto que estas variables discursivas iban desarrollándose, la prisión provocaba siempre efectos deteriorantes de los prisioneros y reproducía violencia, del mismo modo en que lo sigue haciendo actualmente.

Los panópticos nunca funcionaron, los edificios que los remplazaron también se deterioraron. Las políticas decididas por agencias que nada tenían que ver con la penitenciaria, provocaron toda clase de problemas en las prisiones: superpoblación, mayor violencia, carencias elementales, inseguridad, etc. El deterioro de las cárceles y su efecto reproductor más acentuado fueron instrumentados por los reaccionarios más increíbles, que aprovecharon para propugnar la necesidad de volver a la prisión de mera seguridad o contención, militarizada en forma de fortaleza.

Los operadores penitenciarios, para su propia conservación, hicieron lo único que podían hacer: establecer un status quo con los presos, en forma que un orden mínimo hiciese controlable la institución. Así se establecieron equilibrios de poder interno, que permitían resolver los conflictos en forma menos negativa para ambas partes.

La terminología del discurso resocializador se adaptó a la práctica conforme a valores burocráticos y en razón de ello, las faltas más graves e indicadoras de desadaptación son las que alteran el status quo, se califica de psicópata a todo preso molesto, etc. (Zaffaroni, 1991).

La prisión en la actualidad

Podría decirse que la prisión ha mostrado un estancamiento, y más aún se ve con claridad cómo se aparta de las funciones para lo cual fue concebida desde un punto de vista teórico. Es un “deber ser” de la institución que se torna hasta utópico en la realidad actual.

El Dr. Zaffaroni bajo el título de “jaulas o máquinas de deteriorar” dice que la prisión o jaula es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante, genera una patología cuya característica más saliente es la regresión; el efecto de la prisión al que se denomina prisionalización, sin dudas es deteriorante y sumerge a la persona en una cultura de jaula que nada tiene que ver con la vida del adulto en libertad, se lo priva de todo lo que usualmente hace el adulto. Por otra parte, se lesiona la autoestima en todas las formas imaginables, pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes, etc.

Este deterioro es permanente y perdura más allá de la cárcel, todo sujeto que ha sido sometido al sistema penal permanece marcado hasta el final de sus días, está colocado

en una situación tal, en el interior de la sociedad que ya no se le devuelve al proletariado, sino que constituye, en los márgenes del proletariado, una especie de población marginal (Foucault, 1983).

El ansiado fin de la resocialización que busca la pena privativa de libertad, es un término bastante gratificante a la opinión general pero, nadie se ha ocupado de rellenarlo con acciones concretas. La readaptación no implica o no debe implicar una deliberada alteración de la personalidad del reo, sino dotarlo de los medios cuya carencia pudo precipitar o determinar la conducta antisocial: salud física y psíquica, competencia laboral, entre otras. No se trata de sustituir al hombre, sino de colocarlo en condiciones de ejercer sus potencialidades sin invasión o menoscabo de las facultades de los otros. No oprime sino explica, analiza, instruye, debate; pero deja siempre abierto el espacio de la libertad, reeduca para ésta.

La cárcel encierra una paradoja: forma hombres libres en cautiverio, esto es un contrasentido y por otro lado, la triste situación de las prisiones, conspira contra el proyecto de mejorar los reclusos (Astiz Campos, 2003).

Como he citado en varias oportunidades a lo largo del tema que se está tratando, la cárcel produce diversos efectos en los internos, Zaffaroni advierte sobre el efecto deteriorante que produce la prisión en las personas institucionalizadas.

Hay una vasta bibliografía ya coincidente en este punto, John Irwin en los años ochenta, en su libro *The Jail*, menciona cuatro momentos en el proceso de deterioro institucional: desintegración, desorientación, degradación y preparación.

Pese a la generalización del efecto deteriorante, este no es producto intencional de una acción dolosa. No hay operador de prisión que trate de deteriorar a sus presos ni que

invente formas de hacerlo como fin en sí, sino que su principal preocupación es el sostenimiento del orden, para lo cual debe reequilibrar permanentemente el status quo de poder interno, naturalmente inestable. El deterioro carcelario o prisionización, es sólo el efecto inevitable de las medidas que deben tomarse para establecer y sostener el status quo.

El inevitable deterioro provoca la reproducción del comportamiento o actitudes criminalizables, especialmente en el área de los delitos contra la propiedad, pese a no ser un producto intencional. Estos efectos no pueden imputarse a características coyunturales de tal o cual prisión en particular, sino que son el resultado de la estructura misma de la prisión y no desaparecerán hasta que no desaparezca la prisión. Ni siquiera los experimentos de cárceles sofisticadas y caras demuestran lo contrario.

La bibliografía criminológica de las últimas décadas sobre el efecto deteriorante de la prisión es enorme, pero aún no se ha reparado suficientemente acerca del efecto deteriorante que el sistema penal tiene respecto de los operadores de sus propias agencias, como policías, jueces, personal penitenciario, etc.

El signo más notorio del comportamiento del personal penitenciario es la tensión, provocada por un cruce de temores que frecuentemente alcanzan verdaderos grados de intensidad de miedo. No se trata de miedo patológico, sino de miedo a entes reales y amenazantes. Estos miedos se reparten generalmente del siguiente modo: a) temor a las agencias políticas, que los responsabilizan frente a cualquier problema funcional violento que trasciende al público; b) temor a la agencia judicial, que opera en forma análoga a la agencia política; c) temor a los superiores, que se comportan de la misma manera que los anteriores; d) temor a los prisioneros, que pueden quebrar grupalmente el status quo interno o bien tener comportamientos individuales

agresivos e imprevisibles; e) temor a los medios masivos de comunicación social, que pueden desencadenar sanciones políticas o judiciales.

Este cruce de temores no puede menos que generar un estado de stress casi continuo, que sería el signo más característico del deterioro carcelizante.

Frente a esta tensión, la filosofía del sistema penitenciario ofrece únicamente un discurso de tratamiento resocializador, en el que nadie cree seriamente (Zaffaroni, 1991).

La operatividad general de los sistemas penales presenta algunas características que son estructurales, que no pueden suprimirse en la medida en que no se suprima el ejercicio de poder punitivo, llamados también coyunturales. Las principales son su selectividad conforme a estereotipo, su violencia, su corrupción y su efecto reproductor de violencia.

Esas características estructurales presentan niveles de intensidad que son coyunturales, pues su estándar difiere según los sistemas penales concretos. En el polo del estándar más bajo de violencia, selectividad, corrupción y reproducción, pueden señalarse los sistemas penales europeos occidentales, en tanto que en el polo opuesto, los niveles más altos se registran en casi todo el Tercer Mundo.

Por regla general, un sistema penal cuyos caracteres estructurales negativos se presentan con una intensidad muy alta, ofrece un panorama penitenciario con cárceles superpobladas, condiciones higiénicas, sanitarias y alimentarias deficientes; alto grado de violencia carcelaria; personal penitenciario mal remunerado y poco especializado o directamente policial o militar; predominio muy grande de presos sin condena; escasa posibilidad de instrucción y de trabajo institucional; marcadas diferencias en el trato

de los presos y corruptelas de diferente gravedad en las prácticas internas, como tráfico de privilegios, venta de alcohol y otros tóxicos, intermediación en la satisfacción sexual, comercio con los permisos de visita, entrada de paquetes; manejos presupuestarios poco claros, en particular con la provisión de alimentos; permisos de salida para delinquir, etc.

En el resto de las agencias del sistema penal, su alto nivel de violencia, selectividad, corrupción y reproducción, se evidencian con un segmento policial de gran poder y sobre el que se ejerce poco o ningún control; de un segmento judicial endeble y burocratizado o corrupto; de un aparato de medios masivos de comunicación social comprometido en la proyección de una imagen de guerra y de un segmento universitario reproductor de discursos tradicionales, a veces antiquísimos, con escaso nivel de información y abstracción.

El marco socio-económico de esta clase de sistemas penales es una sociedad muy estratificada, con alta polarización de riqueza, que en lo político corresponde a un sistema que obstaculiza el progreso democrático.

Este criterio diagnóstico es meramente indicativo, pues en la realidad, especialmente en los países extensos, hay siempre varios sistemas penales y sus caracteres dependen de otras variables particulares: densidad de población, predominio urbano o rural, características geográficas, políticas, culturales locales, problemáticas regionales, etc.

Cuando un sistema penal presenta sus caracteres negativos más acentuados, las pretensiones de validez del discurso resocializador en el ámbito penitenciario resultan más absurdas. En nuestra región, que se enmarca entre los sistemas penales en donde los caracteres negativos son más intensos, la filosofía del tratamiento resocializador sólo puede enunciarse por los pocos que aún lo hacen, como una aspiración que se

proyecta de modo progresivamente indefinido, hacia un futuro que continúa desplazándose permanentemente (Zaffaroni, 1991).

Crisis de la prisión

Como lo afirma reiteradamente la doctrina nacional, las penas privativas de la libertad, hoy en día, están en crisis. Si bien históricamente estas penas privativas de libertad supieron emerger como un importante logro, al sustituir otros tipos de sanciones, como la pena de muerte o los tormentos, en la actualidad se encuentran seriamente cuestionadas, planteándose la necesidad de sustituirlas por otro tipo de medidas eficaces.

Diversas son las razones por las cuales ha fracasado, la falta de resocialización o reeducación alcanzado, es uno de los principales motivos. A ello se le deben sumar las gravísimas consecuencias por las que atraviesa el condenado una vez alcanzada su libertad, ya que el estigma de haber estado en prisión, lamentablemente lo acompañará por el resto de sus días.

Un informe confeccionado por las Naciones Unidas del año 1995, afirmaba que el sistema carcelario argentino luego de la democratización del país no había traído aparejado cambios sustanciales en el funcionamiento de las cárceles, como se pensaba en un primer momento.

Allí se sostuvo que las cárceles argentinas constituían una vergüenza para el mundo civilizado, ya que en ellas se transgredían y se transgreden, diariamente los más elementales derechos humanos y garantías constitucionales, por lo que el país estaría incurriendo en una clara violación de los tratados y convenciones internacionales firmados, al someter a los detenidos a un trato cruel e inhumano.

El documento mencionado, hace referencia, por ejemplo, a que uno de los principales problemas es el funcionamiento y la competencia asignada a los jueces, se sostenía que se había designado solo un escaso número de jueces de ejecución para atender un total de treinta y cinco unidades penitenciarias distribuidas en todo el país.

Esto llevaba a la grave consecuencia de que los internos pudieran acceder al juez solo una vez al año. Por el cumulo de trabajo, los jueces de ejecución no recorrían el interior de los establecimientos carcelarios para interiorizarse de las condiciones de vida de los detenidos, ello a pesar de que existen normas que disponen que el Juzgado debería tener sede en la unidad carcelaria.

El informe critica también la falta de independencia del Poder Judicial, al no existir acciones legales iniciadas por denuncias o a instancias de ningún juez de Ejecución sobre los innumerables casos de abusos, vejaciones, tormentos y homicidios perpetrados por el personal penitenciario, como que incluso no existen reclamos administrativos iniciados por los magistrados respecto de las condiciones de detención en las cárceles bajo su competencia.

Finalmente, el documento concluye afirmando:... “la organización de los juzgados de Ejecución se tradujo en un agravamiento de la situación de indefensión de los detenidos en las cárceles argentinas. Al no cumplir estos de manera efectiva con el control de las garantías constitucionales respecto del trato otorgado a los detenidos,

creando una zona de inmunidad para el personal penitenciario. Los jueces de Ejecución se ha mostrado excesivamente cautelosos para no incomodar a las autoridades nacionales, convalidando con su silencio el horroroso cuadro de las cárceles...”.

Respecto a las reformas edilicias, se afirma que son casi inexistentes; el grueso de la población carcelaria permanece alojada en condiciones extremas. Los detenidos, hombres, mujeres, jóvenes y adolescentes viven en el hacinamiento y la miseria. Los detenidos padecen hambre, frío y carecen de los mínimos elementos de primera necesidad. No reciben asistencia médica adecuada, pese a las graves enfermedades endémicas propias de la pobreza.

Se estima que alrededor del 30% de la población carcelaria es portadora de HIV y su salud se agrava por las salvajes condiciones de vida y abandono en que se encuentra.

En otra parte del instrumento, se hace constar que producto de la selectividad de nuestro sistema penal, las víctimas del sistema carcelario, los internos, provienen en su inmensa mayoría de los sectores más humildes de la población. Semianalfabetos, sin recursos económicos, sin abogados que los representen.

En definitiva, lo que se trata de demostrar es como los principios básicos que regulan el sistema carcelario contenidos en nuestra Constitución Nacional, y en la legislación vigente, no se ven reflejado la mayoría de las veces en el funcionamiento de nuestros centros penitenciarios. Recordemos que según nuestro precepto constitucional, las cárceles serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, art. 18 CN; por lo que queda claro que no deben ser un lugar para mortificar a los detenidos como ocurre, sino para asegurar su reeducación conforme el objetivo “resocializador” para los internos.

Es más, las Naciones Unidas en el Preámbulo de la Carta reafirmaron su “fe en los derechos fundamentales del hombre” y “en la dignidad de la persona humana”, e incluso diversos instrumentos incorporados a nuestra Constitución en carácter de Ley Suprema, hacen mención expresa de ello, todo lo que parece indicar una grave discrepancia entre los ideales universales y la realidad de las prácticas penitenciarias, que dificulta la realización de los derechos inherentes a esos principios.

La experiencia demuestra que la reinserción del condenado, tal como lo pregonaba la ley 24.660 en su art. 1º:

“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”

No se logra en los establecimientos carcelarios argentinos, sino que la prisión se convierte en un factor criminológico y conforme han sostenido diversos autores, la cárcel es generadora de nuevos delincuentes, ya que en lugar de resocializarse se perfeccionan en las prácticas delictivas.

La generalización de la pena de encarcelamiento como principal respuesta al delito, si bien fue considerada como un progreso en la historia de la humanidad, en la actualidad ya dejó de serlo.

En los últimos años, la población privada de la libertad en el ámbito federal viene registrando un sostenido aumento, que ha ido generando superpoblación en algunas unidades, y consiguientemente un importante deterioro en las condiciones de detención.

A modo de ejemplo concreto veamos la situación del Servicio Penitenciario Federal.

En el año 1996, en las cárceles dependientes del Servicio Penitenciario Federal se encontraban privadas de su libertad, en forma preventiva y ejecutiva, 6.112 personas, de esa cantidad de personas, 3.431 eran procesadas y 2.681 condenadas.

En el año 2002, la situación se agravó. La cantidad de personas privadas de la libertad ascendió a 8.836, de las cuales 4.785 eran procesados, el resto 3.904 condenados, también había 147 personas más, que se encontraban cumpliendo medidas de seguridad o a disposición de la Justicia de Menores.

El aumento de la población carcelaria implicó entonces que algunos establecimientos federales vieran desbordadas sus capacidades, a pesar del incremento de plazas que comportó la inauguración de dos complejos penitenciarios más.

Si se compara el número total de personas privadas de la libertad en 2002 en el ámbito federal con el número de plazas carcelarias declaradas por el Servicio Penitenciario del mismo ámbito, se revela un déficit de más de 400 plazas.

En términos generales, presenta una ocupación del 105%, sin embargo la distribución por unidades muestra que existen algunas con altos niveles de superpoblación, mientras que otras tienen ocupadas muchas menos plazas de las que disponen.

Hay que aclarar que la información brindada debe relativizarse ya que en numerosas ocasiones las estrategias para aumentar la capacidad de una unidad penitenciaria se

limitan a agregar colchones en las celdas sin modificar las estructuras edilicias, de este modo la capacidad aumenta formalmente y las condiciones de detención se debilitan materialmente (Giorgio y Lopez Bernis, 2005).

En lo hasta aquí analizado, podemos destacar que la cárcel que se imaginó en algún momento como la solución a la lucha contra la delincuencia ha revertido su objetivo, para convertirse en un problema más de la sociedad.

Es inevitable su existencia, ya que hay delitos a los que no pueden aplicarse ninguna de las medidas alternativas contempladas en la legislación, que analizaré más adelante, pero debería funcionar de acuerdo a su objetivo primario, que es el de ayudar al delincuente a reinsertarse en la sociedad. En su lugar, debido a la falta de medios y fundamentalmente a la falta de políticas o la ausencia de ellas, se han convertido en el lugar donde los mismos se nutren de desdicha y resentimiento hacia la sociedad que lo olvidó allí.

Debemos analizar ahora, las medidas alternativas a la prisión, para poder evitar que más personas pasen por estas penosas instituciones sin tener que hacerlo inevitablemente. Debería tratar de reducirse al extremo el número de penados a prisión, a lo menos en los delitos de penas cortas, donde otras opciones están disponibles para aplicarse, y así también poder perfeccionar estos institutos de acuerdo a la experiencia.

Ya reseñamos estadísticas y la parte material de la crisis de la pena de prisión, veamos ahora el costado doctrinal de la misma y como se fue sucediendo a partir de distintos procesos, para poder adentrarnos luego a las posibles soluciones de esta problemática.

Tomando las ideas de Cesano, se puede reseñar históricamente el instituto: los primeros años del s. XX fueron testigos de una crisis doctrinal generalizada de la pena de privación de la libertad, enunciando sus factores a continuación:

- Las penas de prisión constituyen un fracaso histórico: no socializan. Ello ha sido comprobado a partir de investigaciones sociológicas desarrolladas por Erving, Goffman, Clemmer, etc.
- Las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino también para sus familias, especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos del cabeza de familia.
- Respecto del ámbito de criminalidad no grave, a la víctima del delito no le importa la respuesta carcelaria que ofrece el sistema penal.
- Falta de interés social por el problema de las prisiones, que se extiende incluso a quienes tienen a cargo la conducción del estado. Es patente la falta de voluntad política del Estado a cumplir con sus propias leyes de ejecución. En este caso no estamos frente a un problema de falta de instrumento legal, ya que en la mayoría de los casos las leyes están y de hecho son muy buenas.
- Concepción que censura la denominada “ideología del tratamiento” por considerarla como un mero conductismo, una manipulación de la personalidad del interno, con una negación de sus derechos y libertades fundamentales. Lo que es necesario es que al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente el servicio o tratamiento que pueda precisar. Quizá de este modo puedan lograrse resultados rehabilitadores. El tratamiento es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. El deber

de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando este tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores.

Frente a esta crisis de las penas privativas de la libertad comenzó a realizarse, primero en Europa y luego en nuestra región, una orientación político-criminal caracterizada por la búsqueda de sustitutos penales que permitieran una utilización más acotada y racional de las penas privativas de la libertad.

Esta búsqueda asumió dos formas básicas de manifestación:

1. La intensificación del uso de sanciones ya consagradas en los catálogos represivos.
2. Comenzaron a tomar fuerzas sanciones que no aparecían como formas convencionales de reacción penal, caracterizadas por afectar bienes jurídicos diverso a la privación de la libertad ambulatoria, o bien aun limitándola no haciéndolo con la misma intensidad de las penas de encierro tradicionales.

Cuando ya comenzó a implementarse esta propuesta político-criminal tuvo lugar un movimiento crítico a dicha concepción. Esto ocurrió a partir de la experiencia, de que no todos los delitos pueden sustituirse con penas alternativas, sino que había que discriminar de acuerdo a su gravedad y a la situación concreta de cada uno.

Como consecuencia de ello se comenzaron a buscar ahora, alternativas a la forma convencional de manifestación del castigo penal, alternativas a la pena en general.

Hablamos entonces de una justicia reparatoria que incorpora a la víctima y a la comunidad en la solución del conflicto, ya que parte de la definición del crimen como

un problema de orden interrelacional. En este modelo, entre todos debe intentar repararse la relación quebrada, cuando alguien delinque, no sólo viola una norma, un bien jurídico abstracto sino que lesiona concretamente a una persona, a una comunidad, y es por ello que en el proceso de reparación deben intervenir activamente todas las partes involucradas (Cesano, 2001).

Lo que quiero destacar con este análisis, es que lo que nos demuestra la historia con respecto al tratamiento de las penas privativas de libertad es que ha tenido el debido tratamiento en la legislación, pero esta no ha sido consecuente con la práctica y la implementación de la misma. De nada nos sirve tener las leyes más bastas y respetuosas de los derechos humanos si sólo basta con pasar por el frente de una prisión para darnos cuenta que estas no se ponen en práctica de la manera que se debe.

Tampoco nos sirve, como sociedad, enarbolar la bandera del tratamiento de penas alternativas si no las ponemos en práctica, esta tarea necesita del trabajo y la avocación de todo el aparato de gobierno, pero sus resultados pueden ser muy favorables, tanto para las personas como para las instituciones que las deberán implementar.

Desarrollaré ahora el tema de las penas alternativas a la prisión en general, para luego poder circunscribirnos al de la pena objeto de este trabajo cual es la suspensión del juicio a prueba.

Medidas alternativas a la pena de prisión

Los distintos establecimientos carcelarios no están actualmente en condiciones de intentar el cumplimiento de los fines propuestos más elementales, como he desarrollado en el título anterior. La distancia entre el mundo normativo y la realidad es demasiado extensa.

Debe advertirse la necesaria utilización por parte del Estado de opciones menos represivas en el ámbito penal, dada la crítica situación del sistema carcelario.

Después de todo, la crisis es la prisionalización de ciertos tipos de delitos, lo que no significa la crisis del derecho penal ni la crisis del valor de la pena, sino la del encierro de personas por breves lapsos, aquellos supuestos en que los delitos se podrían considerar no tan graves.

La desprisionalización propuesta no significa una despenalización de ciertas conductas delictivas. Existen distintas alternativas posibles a la pena de prisión, algunas de las cuales analizaré seguidamente. Algunas no se han incorporado aún a nuestro Código, y otras operan como modalidad de ejecución de la pena de prisión, y no como verdaderas alternativas a la pena de prisión.

Podría afirmar que sólo la suspensión del juicio a prueba opera como una verdadera alternativa a la prisión, aunque se evite la posible imposición de la condena sólo en caso de cumplimiento de las reglas de conducta que le son impuestas al imputado.

Las medidas alternativas a la prisión implican una propuesta diferente, permitiendo la obtención de una mayor satisfacción de las partes y por otro lado, distintas formas de resolver conflictos, pudiendo así adecuarse al caso concreto que se plantea.

Generalmente se denominan “alternativas propias” a aquellas medidas que implican la sustitución anticipada o previa de la privación de libertad, ya que se considera que no

podría calificarse como tal a una medida que sólo suponga el pasaje del régimen de privación de la libertad ya sufrido a una situación excarcelatoria. Tales hipótesis han sido denominadas “alternativas impropias” o “alternativas en fase de ejecución”, y responden a un modelo de política penitenciaria pensado sobre la base de la dualidad castigo-recompensa, en el cual la excarcelación constituye un premio.

Una de las características del sistema analizado es que debe reposar sobre el principio de consensualidad, ya que la aplicación de una medida alternativa exige siempre la existencia de la opción del imputado, quien al asumirla se autorrestringirá en sus derechos.

Podemos decir, siguiendo a la Dra. Bartola, que algunas de las medidas alternativas a la pena de prisión conocidas en los diversos sistemas judiciales son: el trabajo a favor de la comunidad, la semilibertad/semidetención asistida, la amonestación, la limitación de residencia, el arresto domiciliario, la parole, la probation o suspensión del juicio a prueba y la mediación.

a- El trabajo a favor de la comunidad.

Esta medida consiste en que el juez, al momento de la sentencia, en lugar de imponer al infractor una pena de prisión, impone el cumplimiento de una actividad que sea beneficiosa para la comunidad.

Con este tipo de medidas lo que se busca es que el condenado pueda efectuar un trabajo útil a la comunidad, retribuyendo así a la sociedad por la falta cometida..

No debe confundirse el instituto con el previsto en los arts. 106 a 113 de la ley 24.660, y que tienen finalidades diferentes. La medida analizada aquí tiende a evitar la pena de prisión, la prisionalización, en cambio la prevista en la ley 24.660 es una

modalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad, cuya moderna finalidad es la de considerar el trabajo como elemento esencial que contribuye decididamente a la reintegración social del penado.

b- La semilibertad/semidetención.

Esta modalidad consiste en alternar períodos de detención con otros de libertad, posibilitando al preso salir del establecimiento de prisión durante períodos prefijados.

El tiempo de la privación de la libertad se limita generalmente a las horas de la noche, o al tiempo que no esté ocupado con la actividad acordada al trabajo, instrucción o afianzamiento del vínculo familiar. También puede consistir en la privación de la libertad los fines de semana.

La ley 24.660 prevé estas figuras en sus arts. 39 y 40.

El legislador implantó una privación parcial de la libertad del penado. Pudiendo acceder aquellos penados a los cuales se les haya revocado la prisión domiciliaria, se les convirtiere la pena de multa en prisión, se les revocare la condena condicional, o la libertad condicional, o cuando la pena efectiva no sea mayor de seis meses.

La principal ventaja que ofrece esta modalidad es que el penado puede conservar sus relaciones familiares, sociales y laborales, en virtud de la privación parcial de la libertad, por lo tanto, el lapso en que el penado se encuentre en libertad se limite a esos objetivos familiares, laborales o educativos.

c- La compensación a la víctima.

El objetivo de esta medida alternativa consiste en ofrecerle a la víctima del hecho ilícito una reparación del daño causado por el delito como recomposición de lo

acontecido. Ya sea en términos económicos o mediante la realización de actividades a favor de la víctima, como puede ser la recomposición de alguna cosa que se hubiere deteriorado en el hecho delictivo que origina la aplicación de la medida.

d- La indemnización a la víctima.

La compensación a la víctima puede implicar una compensación económica, justamente esta medida es la que constituye la reparación del daño ocasionado en su equivalente en dinero, por lo que se le debería cubrir a la víctima los daños sufridos a consecuencia del delito cometido, sean estos daños personales o de otro tipo.

e- Orientación psicológica.

Esta propuesta importa someter a la persona que ha participado en una actividad delictiva a un tratamiento médico psicofísico, efectuándose un seguimiento personal especializado con el fin de lograr una corrección en la conducta de la persona. Dicha persona, necesariamente debe dar su aprobación al tratamiento, ya que no es posible obligarlo a someterse al mismo contra su voluntad.

f- La caución de no ofender.

Esta medida significa el compromiso del ofensor de no reincidir en la comisión de nuevos hechos penales, dando en caución cosas materiales o dinero. Es posible que la caución consista en el depósito de una parte no inferior al cuarto del sueldo o ingreso mensual del penado.

g- El tratamiento de libertad/ libertad asistida.

Esta medida comprende la posibilidad de que la persona que ha cometido un hecho ilícito continúe en libertad cumpliendo determinadas obligaciones y respetando ciertas prohibiciones.

En la legislación se previó también esta figura en la ley 24.660; sus arts. 54, 55 y 56 incorporan esta variante de la pena de prisión.

Así, se posibilita al penado recuperar su libertad antes del vencimiento de la condena, seis meses antes del agotamiento de la pena temporal, según lo prescribe el art. 54; a los fines de que se reintegre el medio social, familiar y laboral antes de la expiración del término de la condena, aunque, sujeto a ciertas y determinadas condiciones que le son impuestas y que son enumeradas por el art. 55 de la ley anteriormente citada.

h- La amonestación.

Es una sanción benévola, consiste en una advertencia, una prevención a los efectos de que se considere o evite alguna conducta determinada.

i- La limitación de residencia.

Esta medida encuentra su fundamento en el mayor control que se pretende ejercer sobre la conducta del penado, y consiste en la obligación del infractor de permanecer en la residencia que se fije, y en la prohibición de salir de la misma sin la debida autorización judicial.

j- El arresto domiciliario.

Esta medida tiene por finalidad permitir al infractor de la ley cumplir su sentencia en su domicilio.

Se encuentra regulada en el art. 10 del Código Penal, donde se establece: “Cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en su propia casa las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”.

La previsión legal se funda en razones humanitarias, y tiene en consideración el escaso monto de la pena de prisión y las características especiales del penado.

En la ley 24.660 se prevé como variante de la pena de prisión en sus arts. 32 a 34.

Queda claro entonces que lo que tiene en cuenta la legislación aquí es la situación especial del penado, teniendo en cuenta las características personales del mismo.

La distinción que podemos hacer del tratamiento en el Código Penal y el de la ley 24.660; es que en esta última es considerado como un modalidad de ejecución penal y no como una medida alternativa de prisión.

k- La parole.

El termino *parole* proviene del francés, su significado está ligado a “palabra de honor”. Esta medida permite al infractor evitar la pena de prisión mediante el compromiso de la palabra de no volver a cometer delito, evitándose así el ofrecimiento de alguna caución real.

Esto denota el valor que se le da a la palabra del imputado.

l- La probation o suspensión del juicio a prueba.

Finalmente, otra de las medidas alternativas a la pena de prisión es la suspensión del juicio a prueba, más conocida como *probation*, de la cual hablare más extensamente en los siguientes capítulos.

A modo de síntesis, se trata de un instituto jurídico-penal que otorga a una persona que se presume inocente, acusada de cometer un delito cuya pena sea menor de tres años, o que permita una condenación condicional, el derecho a que se suspenda el proceso que se le sigue en su contra, debiendo para ello requerir la concesión del beneficio, ofrecer una reparación a la víctima en la medida de sus posibilidades, abandonar los bienes que fueren decomisables en caso de condena y comprometerse a cumplir con las reglas de conducta que le fueren impuestas.

Para que el instituto pueda extinguir la acción penal, el imputado deberá haber cumplido con las reglas de conducta que le fueren impuestas, haber cumplido con el ofrecimiento de reparación del daño si este hubiese sido aceptado por la víctima, y no haber cometido un nuevo delito durante el término por el que se le hubiere suspendido el proceso, entre uno y tres años.

m- Mediación.

Por último, la mediación puede ser mencionada como medida alternativa a la pena de prisión, aunque perdiendo la característica común de aquellas que han sido impuestas por el órgano jurisdiccional en el proceso penal.

Es un procedimiento adversarial, donde un tercero neutral, el mediador, conduce un proceso de negociación asistida a fin de que los partícipes arriben a un acuerdo.

Cuando su realización se centra en la intervención jurisdiccional, implica procesalmente la suspensión del juicio a prueba, pudiendo el consenso de las partes, suspender el juicio definitiva o condicionalmente, o hacer que el resarcimiento a la víctima opere en sustitución a la pena.

No se trata de privatizar la justicia penal privando el conflicto, sino de repersonalizarlo, lo que sugiere otras vivencias y compromisos, empezando por el resarcimiento a la víctima.

El modelo consensual permite verificar que la resocialización no es materia de la pena sino que puede intentarse con la aplicación, y en ciertos casos llega a extinguir la punibilidad con un claro sentido despenalizador.

Para concluir, podemos decir que el derecho penal contemporáneo exige el respeto de la persona humana al ejecutarse las penas, por ello aboga mayoritariamente por la imposición de aquellas que entiende que mejor se compadecen con el fin preventivo y resocializador (Giorgio y Lopez Bernis, 2005).

Zaffaroni sostiene que podemos redefinir el derecho penal, de la misma forma que el derecho internacional humanitario y concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo.

Las penas alternativas evitan los riesgos que, en el cumplimiento de penas cortas de prisión implica la vida en prisión.

Para que las penas alternativas de la prisión tengan realmente alguna eficacia reductora del número de encarcelados, sería necesario que estas se establecieran dentro del marco de una decisión político-criminal previa; la de no aumentar el número de presos, lo que no es un punto de coincidencia política (Paz y Rawson Paz, 2003).

En el orden jurídico internacional, la Organización de las Naciones Unidas (O.N.U.), ha realizado manifestaciones con relación al tema planteado.

En el instrumento denominado *Reglas mínimas de Naciones Unidas para la elaboración de medidas no privativas de libertad*, informan y orientan la aplicación de éstas.

En ellas se expresa que “Los Estados miembro introducirán medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente” (Quinto objetivo fundamental).

Según la O.N.U. los argumentos a favor de las sanciones no privativas de la libertad reflejan fundamentos en contra de las sanciones privativas. En primer lugar, fomentan la reinserción del individuo en la comunidad para su ulterior rehabilitación, y son generalmente más humanas y dignificantes. En segundo lugar, suelen resultar menos costosas económicamente que la pena de prisión. Por último, el organismo internacional aduce que al disminuir la población carcelaria, disminuye el hacinamiento en las prisiones, y de esta manera se facilita su administración, así como un tratamiento correccional adecuado.

Estas medidas implican siempre ofrecer un determinado apoyo al individuo a los fines de facilitar la reinserción en la comunidad, lo cual, como hemos visto hasta aquí, no se logra con el sistema carcelario actual (Battola, 2003).

Capítulo III

Suspensión del Juicio a Prueba

Este instituto, de incorporación en nuestra legislación por la ley 24.316 sancionada en el año 1994, es definida por Marino de la siguiente forma: “la suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito, quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el tribunal, previa audiencia en la que interviene el

imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retornar la persecución penal contra él” (1993, p.29).

La suspensión el juicio a prueba es incorporada al Código Penal argentino a través de la ley nacional N° 24.316, que incorpora los arts. 27 bis, 76 bis, ter y quater y sustituye el art. 64 del mismo.

Las modificaciones se refieren a otras instituciones: la condena de ejecución condicional, la extinción de la acción por el pago de la multa y, como dijimos, la suspensión del juicio a prueba que es la parte de la reforma introducida por esta ley que nos interesa.

La realidad de los sistemas de enjuiciamiento oral demostraba que es absolutamente imposible juzgar todos los delitos que llegaban a los tribunales, ya que para ello habría que contar con una estructura de un tamaño tal que ninguna comunidad estaría dispuesta a soportar.

Las provincias argentinas que, con mayor o menor antigüedad, tienen implementado el juicio oral, habían encontrado una solución práctica a este problema: la vía de la prescripción.

Cuando una causa llegaba a estado de juicio y el encausado era un primario, el expediente se colocaba en estado de prescripción, si no llegaba a juicio ninguna otra causa contra el mismo imputado en el término de la prescripción, el juicio no se realizaba y se declaraba la extinción de la acción.

No era una solución irracional, tenía una lógica que, compartida o no, era teóricamente defendible. Pero lo cierto es que esta solución no podía considerarse adecuada, con solo atender a esa indudable sensación de satisfacción que en los

operadores del sistema penal produce toda declaración de prescripción. Y ni que hablar de la víctima, cuyos intereses estaban absolutamente ausentes en esta solución.

En realidad, lo que hacían los jueces era disponer de la acción. A pesar de que el proceso penal se dice gobernado por los principios de legalidad y oficiosidad, que obliga a los órganos del proceso a llevar adelante la acción hasta la sentencia; los jueces habían encontrado una razón de oportunidad que, sin estar escrita en la ley, les permitía disponer de la acción para resolver la imposibilidad de juzgar todos los casos.

Los criterios de oportunidad o disponibilidad parecen tener naturaleza procesal, razón que podría justificar una primera discusión acerca de quién es el encargado de legislar sobre ellos en el sistema federal de gobierno de nuestra Constitución, es decir si le corresponde a la legislatura nacional o a las provinciales.

No es del caso adentrarse en una discusión que ya se planteó con relación al título del Código Penal referido al ejercicio de las acciones, y decimos que no es el caso porque ese título está en el Código Penal, y las provincias lo aplican sin excepción.

No cabe duda que los criterios de oportunidad o disponibilidad de la acción penal participan de la misma categoría de los que gobiernan el ejercicio de las acciones, que al decir de Soler, son condiciones o formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva, razón por la cual no son normas procesales sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva (Soler, 1992).

Así las cosas era la Legislatura de la Nación la que debía encarar una solución al problema que significaba la imposibilidad de juzgar, por el sistema oral, a todos los casos que llegaban a juicio.

La solución encontrada resulta ser, mucho más satisfactoria que la del casillero de prescripción implementado en muchas provincias argentinas; ello porque:

- Garantiza el derecho del imputado a que el tribunal falle acerca de su culpabilidad, la garantía se logra exigiendo la voluntad del imputado para hacer aplicable la suspensión del juicio.
- Asegura en una medida razonable el interés de la comunidad de que la comisión de un delito no pase desapercibido para su autor, o supuesto autor, aun cuando no se pueda proveer una estructura judicial suficiente para juzgarlo.
- Respeto razonablemente el interés de la víctima a que el sistema penal de una respuesta al padecimiento que ella sufrió. Esto se consigue con la exigencia que se pone en cabeza del imputado de ofrecer una indemnización a la víctima en la medida que le sea posible, y en el juicio de razonabilidad que debe hacer el juez acerca de tal ofrecimiento (Freeland Lopez Lecube, 1994).

Lamentablemente el art. 76 bis tiene un serio déficit de redacción que hasta ahora no sea corregido legislativamente, seguirá dando lugar a innumerables e interminables controversias interpretativas. Esto ha dado lugar a variadas posturas jurisprudenciales y doctrinales, en especial en lo que respecta a las condiciones de procedencia, tema que abarcaré con detenimiento más adelante.

Pero la modificación legislativa no sólo trajo aparejados problemas causados por su deficiente redacción, sino que, además, obligó a las provincias argentinas en momentos muy difíciles para sus economías a tener que realizar cambios estructurales y acomodar las estructuras ya existentes para poder adaptarse y producir el control y asistencia del instituto.

Estas adaptaciones que debieron llevarse a cabo en las distintas provincias, fueron desde un comienzo una de las mayores preocupaciones de los operadores jurídicos en la correcta aplicación del instituto (Giorgio y Lopez Benis, 2005).

Fundamento y fines

Como señala Vitale, uno de los fines político-criminales que le dan sustento a esta suspensión del juicio a prueba es evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce en el imputado (1996).

El objetivo de esta medida no es sólo evitar el encarcelamiento para sustituirlo por otra forma de castigo, sino fundamentalmente facilitar su rehabilitación, ofreciéndole un régimen de asistencia y guía. No se evitan solamente los perjuicios que causa la prisión, sino que incluso se aspira a contribuir de manera positiva al restablecimiento o reincorporación del delincuente a la sociedad.

La suspensión del juicio a prueba consiste en la suspensión del proceso penal, sometiendo al imputado a un régimen de vigilancia y supervisión.

En el debate parlamentario de la sanción de esta ley, se advierte cuáles han sido las verdaderas finalidades tenidas en cuenta por el legislador para la sanción de la ley.

El diputado Hernández manifestó, entre otras razones para sostener la aplicación de este instituto, que el tema que se trataba sentaba las bases de una nueva política

criminal, en tanto posibilitaba poner el énfasis en el juzgamiento de los delitos más graves que se producen en la sociedad y que tienen una gran importancia sobre la base de la situación de colapso por la que atraviesa el sistema penal, lo que principalmente implica una descongestión procesal importante, ya que permite que los tribunales no se vean perturbados por el tratamiento de las causas más leves. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 2- VI- 1993)

En la discusión parlamentaria se hace referencia al efecto negativo que genera la aplicación de las penas cortas, sobre todo en cuanto a la resocialización del condenado, y por esto la ley 24.316 tiene la finalidad de evitar la estigmatización del individuo, ya que al aplicarse este instituto, suspendiéndose el juicio a prueba, y siempre que no se cometa un nuevo delito, se reparen los daños y se cumplan con las reglas de conducta impuesta, se extingue la acción penal, lo cual significa que el imputado no cargara con el estigma social que representa ser un condenado.

Se planteó, también en el debate parlamentario, la problemática constitucional de determinar si la imposición de las reglas de conducta implica una restricción o limitación para el imputado, y si lesiona la garantía constitucional de que nadie puede ser penado sin juicio previo.

Al respecto, el diputado Hernández afirmó que "...llegamos a la conclusión de que no existe tal violación, es precisamente porque se parte del concepto de que siempre es necesario el consentimiento del imputado... en consecuencia, pensando que se trata de un procedimiento objetivo con reglas absolutamente claras y confiando en la prudencia de los jueces, llegamos a la conclusión de que no existe una violación o lesión a los principios constitucionales consagrados en los art. 16 y 18 de nuestra carta magna". (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 2- VI- 1993 pág. 1317)

Al respecto, aunque este instituto importe un procedimiento alternativo al sistema penal actual, en el que el imputado presta su consentimiento para acceder al mismo, el Estado debe necesariamente velar por las garantías constitucionales en protección del mismo. En consecuencia, el Estado debe asegurar el cumplimiento de las garantías del proceso, garantizando el respeto por los derechos que le asisten al imputado.

En el mensaje del Poder Ejecutivo nacional que acompaña el proyecto de ley enviado al Congreso de la Nación, se afirma que “es menester acudir a alternativas realistas que prescindan de la aplicación de las reacciones más gravosas, cuando estas pueden sustituirse por recursos que satisfagan igualmente las necesidades de la comunidad. Precisamente, junto con las penas y las medidas de seguridad, la condena condicional y los mecanismos que modernamente se utilizan para limitar la aplicación de la pena, constituyen el pilar sobre el cual se apoya la política criminal. No se deja sin respuesta al delito, sino que se trata de evitar el mal de la aplicación de la pena o reducirlo lo más posible” (Battola, 2003).

Origen y evolución

Etimológicamente “probation” deriva del latín *probatas* que significa vinculado al procedimiento por el cual una persona condenada por el tribunal es dejada en libertad sin necesidad de cumplir la condena de prisión y sujeta a las condiciones que le impone la Corte.

Su origen histórico debe retrotraerse hasta el año 1841, donde un zapatero de Lexington, Massachusetts, llamado John August, tomó a su cargo un condenado por

ebriedad, ayudando al sujeto y su familia durante un lapso determinado e informando el resultado a la Corte, la que se pronunciaba sobre la aplicación de la pena.

La metodología de la suspensión del juicio a prueba en nuestro sistema penal, se asemeja más a la denominada diversión, es decir no ya a una manera de cumplir la pena impuesta sino más bien la evitación de la imposición de la pena paralizando el proceso por un determinado periodo de prueba, transcurrido el cual la acción penal se extingue. Esto no es extraño en un sistema common law, donde el principio de oportunidad de la acción penal es imperante más si constituye novedad en los regímenes procesales movidos por el principio de legalidad.

Con el término diversión se designa genéricamente a la práctica de seleccionar casos de carácter penal ya ingresados al sistema judicial y de darles una respuesta pretendidamente no punitiva.

El sistema de la diversión fue implementado en los Estados Unidos con miras de lograr la rehabilitación resocializante de los imputados, fuera del ámbito de la justicia penal y al mismo tiempo para descomprimir el volumen de trabajo en los órganos encargados de administrar justicia (Molero, 1998).

En la legislación comparada, específicamente en el derecho anglosajón, surgen dos institutos de características parecidas pero susceptibles de ser aplicada en distintos momentos de la persecución penal.

En el inicio del proceso, es la diversión, nombrada en los párrafos anteriores, que es la desestimación de los cargos que detenta el Ministerio Fiscal en contra de una persona, con la condición que está de su consentimiento para someterse durante un período determinado a un programa de recuperación o rehabilitación en el que deberá cumplir

diversas obligaciones. Si el resultado es positivo, se renuncia a la potestad persecutoria; por el contrario, si es negativo, se insta el proceso penal en contra de la persona.

La otra, que es la probation, a diferencia de la anterior no se aplica en un primer momento, antes que los cargos sean elevados, sino que se utiliza en un estadio procesal más avanzado, se requiere la declaración de culpabilidad del imputado. Esta declaración de responsabilidad permite al tribunal suspender la condena de prisión a cambio que el sujeto cumple ciertas condiciones durante un periodo de prueba bajo el control de un funcionario que específicamente ejerce esa tarea *the officer probationer*. Si resulta satisfactorio, se extingue la acción penal; si sucede lo contrario se la revoca y se prosigue con la tramitación del juicio que eventualmente puede finalizar en una sentencia condenatoria.

Por su parte en el derecho uruguayo, existe la facultad de gracia acordada a la Corte Suprema de Justicia cuyo ejercicio extingue la acción y determina el sobreseimiento de la causa, no es aplicable a sujetos reincidentes.

En la órbita nacional, el proyecto de Código Penal de 1960 y el de 1974, merece destacarse, observándose un carácter netamente resocializador acentuando la faz preventiva; estableciéndose que al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, se impone una serie de pautas similares a las previstas en la ley 24.316, además de un término de prueba y la extinción de la pena en el supuesto satisfactorio (Ochoa, 1995).

La suspensión del juicio a prueba en el Código Penal

Como ya se ha reseñado en los títulos precedentes en varias oportunidades, la recepción legislativa del instituto en el Código Penal argentino se realiza a través de la ley 24.316, modificatoria del mismo, sancionada en el año 1994; se contempla así esta medida en el Libro Primero, Título XII: “ De la suspensión del juicio a prueba”.

Se analizará ahora, cada uno de los artículos del Código Penal que establecen esta medida: arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater, a los fines de advertir de que manera está regulada la suspensión del juicio a prueba en nuestro país.

“Art. 76 bis –El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En los casos de concursos de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediere de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado del delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación”.

Lo que se concluye de este artículo, en primera instancia es que lo que se suspende es la realización del juicio propiamente dicho, y que se limita la aplicación de este instituto para los delitos que sean efectivamente de menor gravedad.

Es facultad del juez la aplicación del instituto, pero solo procede si el beneficiado, luego de emitir su declaración en la causa, la solicita libre y voluntariamente, a los fines de no vulnerar su derecho de defensa.

En consecuencia, es necesario para la procedencia de la medida, la concurrencia de los siguientes supuestos:

- Que el delito sea de acción pública,
- Que el delito este reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años,
- Que el imputado la solicite libre y voluntariamente,

- Que el imputado responda en lo posible a la reparación del daño,
- Que el fiscal preste su consentimiento, según para que tipo de delito se aplique la suspensión del juicio a prueba.
- Que se efectuó el pago de la multa, si correspondiere,
- Que el imputado abandone a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera la condena,
- Que existan elementos de convicción suficientes sobre la existencia del hecho y la participación del imputado.

Es imprescindible considerar que a pesar de que se cuenta con el consentimiento del imputado, siempre se está regulando el comportamiento de un individuo inocente. Las medidas propias de la suspensión del juicio a prueba, son medidas coactivas impuestas a una persona jurídicamente inocente.

Habiendo mencionado los requisitos para su procedencia, en los títulos a seguir ahondaremos en su análisis, por ahora basta con su mención para poder continuar con el análisis normativo propuesto en esta sección.

“Art. 76 ter – El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del art. 27 bis....”
(Primer párrafo).

Se ha fijado un plazo relativamente determinado, ya que el tribunal diferirá el juicio entre uno y tres años a los efectos de que en este lapso el imputado en libertad cumpla con las reglas de conducta que se le impongan, para cumplir así con la finalidad del

instituto, que es la del logro de la reinserción social, la reeducación del imputado, y evitar el reingreso del mismo a la cárcel.

El tiempo de la suspensión será fijado conforme a la consideración que el juez efectúe de la gravedad del hecho delictivo, y para estos efectos debería decidir conforme las pautas establecidas en el art. 41 del Código Penal, que son:

*La naturaleza de la acción que ejecuto el imputado.

*La naturaleza de los medios empleados para ejecutar la acción.

*La extensión del daño ocasionado.

*La extensión del peligro causado por ese accionar.

*Las condiciones personales del imputado.

El texto legal que impone las reglas de conducta, el art. 27 bis del Código Penal, establece claramente dos exigencias que deben respetarse en la aplicación de las mismas. En primer lugar, la única finalidad que persigue la imposición de estas reglas es la prevención de nuevos delitos; es decir, producir efectos preventivo-especiales, operar sobre los comportamientos futuros del autor del hecho. En segundo lugar, las reglas que se apliquen deben resultar adecuadas a dicha finalidad; de lo contrario, si no existe esta adecuación o no resultan necesarias para la prevención de la comisión de nuevos delitos, entonces estas reglas no pueden ser impuestas.

Las reglas mencionadas, pueden estar referidas a los siguientes aspectos:

*Fijación de residencia,

*Sometimiento al cuidado de un patronato,

*Abstención de determinadas conductas, por ejemplo, de asistir a determinados lugares, de relacionarse con determinadas personas, del uso de estupefacientes o bebidas alcohólicas. El juez deberá evaluar la relación entre la comisión del hecho y las conductas que se prohibirán.

*Educación, pueden orientarse las reglas impuestas al desarrollo de las facultades intelectuales del beneficiado, siempre que el motivo que haya llevado a cometer el supuesto delito se vincule de algún modo con la falta de ésta.

*Tratamiento médico, podrá imponerse cuando resulte necesario a los fines de prevenir el mismo tipo de delito atribuido.

*Capacitación laboral, las reglas de conducta orientadas a la capacidad laboral del beneficiario será un factor determinante para su reinserción social, aunque es de difícil cumplimiento en el contexto socio-económico actual.

Cabe aclarar que la posición tomada sobre la naturaleza jurídica de las reglas de conducta es que en ningún momento tienen el carácter de pena, a pesar de que atendiendo a su naturaleza, se equiparan a las medidas previstas para la condena de ejecución condicional y a la pena de instrucciones judiciales del derecho comparado, sino que tan sólo revisten el carácter de exigencias procesales especiales cuyo cumplimiento posibilitara la extinción de la acción penal en beneficio de quien ha sido sometido a un proceso.

No revisten el carácter de pena ya que no acarrear la pérdida de un bien jurídico, sino que, por el contrario son medidas de corrección, de educación que tienden a evitar la nueva comisión de un hecho delictivo por parte de la persona a la que se le han

impuesto, las mismas deben cumplir únicamente funciones preventivo-especiales como exclusiva fuente de legitimidad.

“Art. 76 ter - ...Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal...” (Segundo párrafo).

Con la suspensión del juicio a prueba no sólo se suspende la etapa de juicio sino que además el curso de la acción penal.

Se agrega entonces, una nueva causal de suspensión de la prescripción de la acción penal a las ya previstas en el art. 67 del Código Penal.

“Art. 76 ter - ...la suspensión será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevara a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas...” (Tercer y cuarto párrafo).

Según la norma transcrita, para que proceda la extinción de la acción penal, es necesario:

- La no existencia de circunstancias que modifiquen el máximo o la estimación de la condicionalidad.
- La no comisión de un delito en el tiempo fijado por el juez.

- La efectiva reparación del daño.
- El cumplimiento de las reglas de conducta que el juez le imponga.

Cumplidos los mencionados requisitos, el imputado tiene derecho a una resolución que ordene el sobreseimiento del mismo. Caso contrario, si no cumple con lo impuesto, se realizara el juicio; y si es absuelto se le reintegrara los bienes entregados al Estado y la multa debe declarar, pagada, pero no podrá solicitar la retribución de las reparaciones cumplidas.

“Art. 76 ter - ... Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso...” (Quinto párrafo).

Una estricta interpretación del texto legal, en consonancia con los principios de derecho penal, específicamente con el principio de inocencia, exigirá que la suspensión del juicio a prueba pueda revocarse por la comisión de un delito en el período de prueba, solo si existe una sentencia penal condenatoria que así lo establezca; caso contrario debe declarar, al agotarse el plazo de prueba, la extinción de la acción penal.

“Art. 76 ter - ...La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior...” (Sexto y séptimo párrafo).

Para que el segundo otorgamiento sea viable, será imprescindible la verificación de los presupuestos de procedencia de suspensión del juicio a prueba enunciados en el desarrollo del art.76 bis.

La ley 24.316 también contempla el aspecto registral de la suspensión del juicio a prueba, ya que para la concesión de un nuevo otorgamiento de suspensión se toma en cuenta el hecho de que haya transcurrido el plazo previsto en el cuarto párrafo del art.76ter, es necesario además para la nueva suspensión que se hayan cumplido las reglas de conducta impuestas en la suspensión anterior.

Su fundamento se encuentra en la presunción de que quien no cumplió con estas reglas, tampoco lo hará en un segundo otorgamiento.

“Art. 76 quater –La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieren corresponder”.

Las reglas de prejudicialidad a las que se refiere este artículo, son las dispuestas en los arts. 1101 y 1102 del Código Civil, y enuncian lo siguiente:

“Si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente esta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:

- 1) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos.

- 2) En caso de ausencia del acusado, en que la acción criminal no puede ser intentada o continuada.”

“Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado” (Battola, 2003).

Corrientes interpretativas: tesis amplia y tesis restringida

La concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba, ha generado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia opiniones encontradas en casi todos sus aspectos, pero el punto más problemático quizás, es en el orden de la pena a tener en cuenta al momento de conceder el instituto.

A partir del art. 76 bis del Código Penal, se dispone que se podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba en el caso de delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, y que se podrá suspender la realización del juicio si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal. Se han originado así dos corrientes interpretativas, amplia y restringida, sobre el alcance que tienen estas disposiciones para determinar, los delitos en los que será procedente la suspensión del juicio a prueba y los que estarán excluidos, permitiendo así, según el caso, ampliar o restringir el campo de aplicación del instituto. Ello ha tenido origen en la defectuosa técnica legislativa que tiene la ley 24.316, quizás fruto

de la mixtura de proyectos que le dieron origen, sobre los cuales se elaboró este nuevo instituto.

Por un lado, la denominada teoría restrictiva, que sostiene que el beneficio solo puede acordarse para aquellos delitos que no superen, en su pena máxima conminada en abstracto, los tres años de reclusión o prisión.

“Con relación a esta interpretación, es necesario hacer referencia a dos cuestiones, la primera es que puede discutirse el límite establecido para la procedencia de este instituto, en razón de que el sistema jurídico-penal proporciona otro instituto para las condenas que no superen el máximo de tres años de prisión, denominado condena condicional, regulado por los arts. 26, 27 y 28 del Código Penal, que sintéticamente implica aplicar una condena pero dejar en suspenso su ejecución, supeditando al condenado a determinadas reglas de conducta por un tiempo determinado que no supere los tres años.

Existen otras características que diferencian la condena condicional de la suspensión del juicio a prueba. En el caso de la condena condicional existe una sentencia condenatoria, pero lo que se suspende es el cumplimiento de la pena, y en el caso de la probation lo que se suspende es la realización del juicio, y por lo tanto no se llega a emitir la sentencia condenatoria. Por otro lado, en la condena condicional la acción penal no se suspende, en cambio con la aplicación de la suspensión del juicio a prueba esta si se suspende, y en caso de cumplirse con las condiciones fijadas opera su extinción.

Para que el tribunal pueda suspender el juicio a prueba, la ley introduce el requisito de la petición del imputado; en el caso de la condena condicional, es facultad de los

tribunales disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, aun sin que medie participación del imputado.

La segunda cuestión es que si se interpreta que el presupuesto de procedencia establece que se trata de un delito reprimido con pena de reclusión o prisión, que no exceda de tres años, ello no lograría evitar de manera eficiente el ingreso de tanta gente a la cárcel, por lo que, en consecuencia, la suspensión del juicio a prueba no estaría logrando satisfacer el fin de descongestionar la superpoblación carcelaria, ya que estas se encuentran excedidas en su capacidad debido a que la mayoría de los individuos allí alojados han cometido delitos cuyas penas superan los tres años” (Battola, p.38, 2003).

Por el otro, y con diversos argumentos se afirma que la suspensión del juicio a prueba, puede concederse cuando la condena aplicada sea susceptible de condena condicional, ampliándose de esta forma, los casos de posibilidad de aplicación del mismo, toda vez que en definitiva no se tiene en cuenta la pena en abstracto sino la pena que deberá tenerse en cuenta y que no deberá superar los tres años de privación de libertad es la que concretamente perciba el tribunal como aplicable en el caso particular, aunque en abstracto supere los tres años de reclusión o prisión, es la denominada teoría amplia.

A- Tesis Restrictiva.

La doctrina y jurisprudencia de Córdoba, y de gran parte de los tribunales de la Capital Federal, y del resto del país sostienen esta posición, por lo que creemos puede decirse que es la tesis dominante.

Una de las primeras exposiciones doctrinales sobre el tema en nuestra provincia fue la de la Dra. Aída Tarditti, quien no obstante advertir una asimetría entre este instituto y

los de la condena condicional, sostiene que es indudable que la ley se ha referido a la escala fijada en abstracto. La consecuencia de dicha asimetría, señala la autora, será que seguirán operando los criterios informales de selección, y en definitiva dichas causas serán suspendidas de hecho a la espera de prescripción (1994).

En su obra, *Notas al Código Penal Argentino*, los Dres. Laje Anaya y Gavier, refieren que en lo que hace al límite dispuesto por la ley, habrá que tener en cuenta la escala en abstracto para el delito en cuestión que, en el respectivo tipo, se describe al delito consumado. Si ese máximo resulta ser mayor a los tres años, ya no podrá ejercerse el derecho, aun cuando la imputación sea por tentativa y corresponda la disminución del art. 42 (1999).

En la provincia de Córdoba quien más se ha ocupado del tema es el Dr. Marcelo Sayago, en su obra “*Suspensión del Juicio a Prueba – Aspectos Conflictivos*” (1996).

Señala allí, que las disquisiciones de los diversos juristas que se han ocupado del tema, surge a partir de que mientras el primer párrafo del art. 76 bis del C.P., incorporado por la ley en análisis, autoriza la concesión del beneficio cuando se trate de delitos reprimidos con prisión o reclusión cuyo máximo no supere los tres años; el cuarto párrafo del artículo citado, refiere esa procedencia, la posibilidad de la obtención de una condena de ejecución condicional.

A partir de esta observación, Sayago dice que se ha sostenido que el art. 76 bis, prevé dos supuestos:

- Cuando la escala penal del o de los delitos imputados tenga un máximo no superior a tres años de prisión o reclusión

- Cuando, excediendo dicho límite, se estimara que la pena a imponer en concreto no superaría dicho monto y fuera factible aplicarla en forma de ejecución condicional.

En la opinión del autor, esta interpretación es inaceptable, por las siguientes razones:

- a) Tal supuesto interpretativo llevaría implícita la aceptación de regímenes diversos para cada uno de los casos, con la exigencia de petición del imputado en el primero, que no sería necesario en el segundo, también en lo referente a la obligación de reparar el daño, y finalmente con la intervención o no del Ministerio Público en uno u otro procedimiento. En consecuencia, de admitirse esta exégesis se debe concluir también que las exigencias legales para uno y otro supuesto son distintas.
- b) Considera que es imposible la concesión del instituto sin la voluntad del beneficiado, pues su petición expresa de someterse a la prueba es lo que permite contestar con éxito cualquier impugnación sobre la constitucionalidad de la ley.
- c) Encuentra incongruente que para delitos de menos entidad penal la petición del beneficio sea voluntaria, mientras que para el segundo caso, cuando fuere procedente la condena condicional, que él denomina de oficio, tal aceptación no sería necesaria pese a tratarse de delitos más severamente reprimidos.
- d) Destaca también como una consecuencia de este desdoblamiento, que sólo en el primer caso y por aplicación del párrafo quinto del art. 76 bis que dice: “...si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso...”, que en su opinión se relacionan con los dos primeros párrafos de la norma citada, y no

con el cuarto, el imputado se vería obligado a abandonar el mínimo de la multa, lo cual resultaría incongruente.

- e) Critica que de esta forma, el consentimiento del fiscal solo sería exigible para la hipótesis del cuarto párrafo del art. 76 bis y no para la otra hipótesis, sin que se encuentre una explicación lógica para tal discriminación.
- f) Con cita del diario de Sesiones de la Cámara de Diputados pág. 1317 del 2-VI-93, del miembro informante, Diputado Antonio M. Hernández, y de los fines de los legisladores, enfatiza que una correcta interpretación de las palabras de la ley, permite concluir que sólo es procedente el beneficio para delitos leves y que la entidad de tales hechos debe ser establecida en base al monto de la pena con que la ley sanciona los respectivos ilícitos, esto es, su escala penal, que no debe superar en su máximo los tres años de prisión o reclusión.
- g) Concluye, en síntesis, que una adecuada hermenéutica del texto legal, con apego a las palabras de la ley y su interpretación sistemática, y siendo fiel a sus propósitos importa admitir que los párrafos primero y cuarto, lejos de establecer dos supuestos autónomos del instituto que nos ocupa, conforman un todo que, en un juego armónico, establecen dos requisitos básicos que hacen viable su procedencia; 1-que el delito de que se trate no este sancionado con más de tres años de prisión o reclusión; 2-que las circunstancias concretas del caso hagan factible, en el supuesto de llegarse a una sentencia condenatoria, la ejecución condicional de la misma.
- h) Finalmente, advierte que si la inteligencia del legislador hubiera sido que se concediese la suspensión del juicio a prueba en los casos que fuera procedente la ejecución condicional, lo hubiera referido en esa forma al redactar el primer

párrafo, y no como está escrito según las palabras de la ley (Bonetto, p.17, 1998).

Como conclusión, el autor citado, afirma que la ley tal como está redactada no permite otra hermenéutica que la propiciada, que tiende a afianzar la seguridad jurídica, evitando así los perjuicios que derivarían de una actitud menos estricta, y que sólo a través de la reforma legislativa se podría lograr una distinta aplicación de esta ley (Bonetto, 1998).

B- Tesis Amplia

Pese a que la mayoría en las Cámaras de Casación Penal han adoptado la tesis anterior; la mayoría de los autores en la actualidad se inclinan por la tesis amplia. Se alzan aquí las ponencias de Bruzzone, Almeyra, Solimine y Bovino, entre otros.

Tratare de sintetizar sus opiniones.

Bruzzone (1999), señala que los sostenedores de la tesis restrictiva acuden a su voluntad “histórica”, plasmadas en las ponencias del diputado Hernández y del senador Alasino, para arribar a sus conclusiones, pero la voluntad del legislador no es precisamente el mejor modo de desentrañar la norma, y mucho menos, antes un debate parlamentario oscuro en cuanto a la finalidad de la ley y los casos que realmente deben estar alcanzados. Frente a la ambigüedad que se alcanza con una norma sancionada en esas condiciones, ya se alza la disyuntiva de los jueces en querer presentarse como meros aplicadores de la ley, deslindando responsabilidades o en sus intérpretes legítimos asumiendo el costo que ello supone en el marco de los principios generales que le dan sentido a su labor. Si la norma tiene un grado de imperfección

como el que presenta este artículo 76 bis, los jueces pueden y además, deben apelar a otros métodos de interpretación.

Formula, entonces este autor dos consideraciones, más de corte público que jurídico. La primera, acerca de si deliberadamente el parlamento nacional no sancionó una norma páfida a efectos de exportar el conflicto hacia el poder judicial, para que este sea quien de forma acabada al instituto. La segunda, se circunscribe en ciertos temores, que tienen algunos partidarios de la tesis restrictiva, preocupados en que no se los tilde de “blandos” frente a la opinión pública que exige mayor represión.

Para Almeyra (1995), el límite máximo de tres años de prisión o reclusión de la respectiva escala sólo importa cuando la sentencia que se espera como probable y que se quiere evitar podría llegar a infringir una sanción de privación de la libertad de efectivo cumplimiento, pero cuando la pena de esta naturaleza que se aguarda, podría admitir la modalidad que instituye el art. 26 del C.P. ya no importa el límite de la escala con que se conmina la infracción en abstracto.

Solimine (1994), pone en relieve los puntos criticables de la norma y ha afirmado que la interpretación teleológica se impone. Señala que basta con que proceda la condena de ejecución condicional en concreto para la suspensión del juicio a prueba y que de esa manera cumple con la finalidad del instituto.

Bovino, también se pronuncia a favor de la tesis amplia, la cual se vincula con la mayor posibilidad que esa interpretación brinda para realizar los fines político-criminales del instituto y que no se puede sostener que la suspensión se aplica a delitos con pena de prisión o reclusión no mayor a tres años, sino que abarca los supuestos de condenación condicional (Báez, 2004).

Para finalizar, desarrollare brevemente la opinión de De Olazábal(1994), destaca el autor la importancia de la decisión sobre este punto, ya que distintas serán las consecuencias y posibilidades de aplicación de acuerdo a uno y otra tesis y que hubiera sido plausible que la ley hubiese sido clara al respecto, pero en la realidad no lo es pues habla simultáneamente de un límite abstracto y luego de pena o condena aplicable, aparentando pensar en la concreta pena de previsible o posible aplicación al imputado.

Entiende que es necesario esforzarse en la tarea interpretativa, apelando a diversos métodos, para conciliar las pocas claras palabras de la ley obteniendo una respuesta única sin división de posibilidades de concesión de este instituto en la instrucción o en el juicio. Sostiene que las palabras del primer párrafo del art. 76 bis pueden entenderse como pena máxima de prisión o reclusión no superior a tres años en abstracto o como máximo según la individualización propuesta por el fiscal al contemplar la acusación (Bonetto, 1998).

Conforme a las interpretaciones dadas, resulta más apropiada a los fines de satisfacer las motivaciones que ha tenido la ley la posición amplia, precedentemente descripta.

En primer lugar, en la interpretación restringida se observa una incongruencia difícil de superar, dado que si el párrafo primero del mencionado artículo 76 bis se refiere a la pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de tres años, de qué manera se armoniza con la condenación condicional del párrafo cuarto, que no se admite para la pena de reclusión.

Por otro lado, analizando el artículo mencionado, se aprecia que en sus tres primeros párrafos establece las condiciones para que el imputado pueda requerir la suspensión del juicio a prueba, ya que claramente los dos primeros párrafos comienzan diciendo

en qué casos podrá solicitar la aplicación del instituto, y en el tercero lo que deberá ofrecer, para concluir con el procedimiento que adoptara el juez de la causa y la actitud que podrá tener la parte damnificada, procediendo casi inexorablemente su otorgamiento si se han cumplido los restantes requisitos establecidos. Distinta resulta ser la enunciación del párrafo cuarto donde más allá que el imputado ejerce una facultar legal acordada, es el tribunal de juicio, que con acuerdo previo del fiscal interviniente, puede disponer discrecionalmente que se suspenda su realización, si estima que procedería una condena de ejecución condicional.

Por otra parte, la propia sistemática del artículo lleva a concluir en la interpretación amplia, porque si no el párrafo cuarto debió ocupar el lugar del tercero, para que así quedaran fijadas en un primer grupo las condiciones de procedencia, y no como se ha estructurado, donde quedarían entremezcladas las condiciones de procedencia con parte del trámite y las exigencias que se le imponen al imputado al formular la solicitud.

Por último, en el tercer párrafo del art. 76 ter se plantean dos motivos para dejar sin efecto la suspensión del juicio, relacionados con circunstancias conocidas con posterioridad, que introduzcan modificaciones e alguno de los dos aspectos que permiten su procedencia y que reafirman la existencia de los dos supuestos. Así, en relación al máximo de la pena de prisión o reclusión, se prevén cambios referidos al máximo de la pena aplicable y respecto de la procedencia de la condenación condicional las modificaciones que se relacionen con su estimación, encontrándose ambos motivos previstos de forma alternativa.

Lo que cabe concluir entonces, es que si hay algo que no admite discusión, es que debería efectuarse una modificación de las normas del instituto, que supere las

deficiencias producidas por una mala técnica legislativa, despejando la posibilidad de llegar a diversas interpretaciones, tan encontradas como las que existen, y que solo redundan en perjuicio de los posibles beneficiarios, quienes se encuentran en disparidad de condiciones, según sea la posición que se adopte en el tribunal interviniente que les toque en suerte (Amoedo, 1998).

Tratamiento Jurisprudencial

Plenario Kosuta

La jurisprudencia, al igual que como hemos visto en la doctrina, no ha sido pacífica en el tema, y a fines de uniformar criterios, se cuenta con el fallo plenario de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha del 17 de agosto de 1999: “Kosuta, Teresa R., en el cual se convocó a sus integrantes a exponer con relación a la suspensión de juicio a prueba sobre las siguientes cuestiones: procedencia, pena máxima, inhabilitación, oposición del Ministerio Público Fiscal y legitimación recursiva del querellante.

En atención a este caso, se decidió la convocatoria plenaria en los términos del art 10 inc. b de la ley 24.050, que establece como finalidad unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias, atento a que se consideraba necesario uniformar criterios sobre el alcance de la restricción referida a los delitos que tienen prevista la pena de inhabilitación.

Así, los miembros de la Cámara Nacional de Casación Penal, incorporaron a los temas a tratar cuestiones que no habían sido planteadas en el caso concreto, ya que

sólo se debatía el tema de la inhabilitación. Para ello, fundaron la convocatoria en el art. 10, inc. C de la ley 24.050, que dispone fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, y de esa manera incluyeron, además del problema de la inhabilitación, el tema de la pena máxima a la que se le debe aplicar ese instituto, el carácter vinculante o no del consentimiento del fiscal para que el tribunal conceda el beneficio, y la legitimación del querellante para recurrir la suspensión.

En primer lugar se debe plantear si la Cámara poseía facultad a los fines de resolver sobre las cuestiones tratadas en el plenario. Bovino señala que la CNCP no contaba con la facultad jurídica de resolver aquellas cuestiones para las cuales invocara el inc. C del art. 10 de la ley 24.050 (1997).

La norma citada no le confería competencia, en razón que ninguna de las otras cuestiones incluidas presentaba relación alguna con la ley aplicable al caso.

En consecuencia, atento a que ninguna de las cuestiones estaba vinculada con la “interpretación de la ley aplicable al caso”, en razón de que no fueron materia de recurso interpuesto en el caso concreto, se considera que la resolución plenaria de la Cámara en el caso Kosuta es manifiestamente ilegítima, en tanto carecía de competencia, en ese caso particular, para resolver los tres problemas adicionales que se debatieron.

Debe señalarse además, la dudosa validez constitucional del carácter vinculante de los fallos plenarios a la que se refieren varios autores. Entre ellos, Maier (1989) señala que, han sido más las opiniones encontradas, a la validez constitucional de las sentencias plenarias con efectos obligatorios. Por su parte Zaffaroni sostiene que, darle a la jurisprudencia plenaria el carácter de una ley interpretativa implica una lesión al principio de división de poderes del Estado, puesto que el Poder Legislativo

no puede delegar sus funciones al Poder Judicial, por ello también expresa que existen muy serias dudas acerca de la constitucionalidad de leyes que consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria para los jueces de primera instancia (Battola, 2003).

Sin extendernos más sobre el tema, que atañe a otra área distinta de la abordada en este trabajo, pasaré a resumir el contenido del plenario que direccionó la aplicación del instituto durante varios años.

Puntualmente se sometió a votación de las salas que comprenden la Cámara de Casación Penal, las siguientes cuestiones:

- I. Pena sobre la que debe examinarse la procedencia de la suspensión del juicio a prueba;
- II. Procedencia o no del instituto bajo estudio, cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación;
- III. Carácter vinculante o no del dictamen fiscal en la suspensión del juicio a prueba
- IV. Legitimidad del querellante para recurrir la procedencia del instituto, excluyendo lo referido al monto de la reparación;

La posición mayoritaria de la Cámara había sostenido hasta el momento, la tesis restrictiva, basándose en argumentos que se expresan de la siguiente manera,

1. En el proceso legislativo se suprime expresamente la posibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba en casos de penas mayores a 3 años,

poniendo énfasis en las opiniones vertidas por el diputado Antonio Hernández y el senador Alasino, citados en el tema anterior.

2. El instituto abarca sólo los delitos leves, de competencia correccional (Edwards, 1994).
3. La declaración del carácter de grave o leve del delito debe hacerse en juicio, ya que el tribunal no puede hacer pronósticos sobre la pena a recaer.

Considera además, la CNCP, que la tesis amplia se funda en una interpretación gramatical y teleológica, que han sostenido autores como Vitale, Devoto, Cafferata Nores, entre otros (1994).

Las interpretaciones judiciales contradictorias desde la incorporación de este instituto en el Código Penal, han impedido una plena e igualitaria aplicación del mismo, en detrimento de los justiciables y la seguridad jurídica. Deben entenderse primero sus fines, para luego poder aplicarse con el criterio más lógico, así estos mismos fines se puedan cumplir a través de la ley.

Con estos argumentos, entonces, procede la Cámara a dar solución a los problemas planteados y busca así unificar criterios, pese a la falta de legitimidad que posee para ello, según lo planteado ut supra.

Luego de la votación de los respectivos señores jueces integrantes de la misma, se establece por parte del Tribunal la doctrina plenaria, por mayoría en los primeros tres puntos, y por unanimidad en el último.

- I. La pena que debe examinarse para la procedencia del instituto del art. 76 bis y subsiguientes del Código Penal, es la de prisión o reclusión cuyo máximo en abstracto no exceda de 3 años.

- II. No procede la suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos que tienen prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa.
- III. La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de lógica y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.
- IV. El querellante tiene legitimación autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

Como destaca Bruzzone, este plenario constituye un punto de inflexión, pero no sólo en cuanto al triunfo de la tesis restrictiva, con el efecto negativo que esta trae aparejada para un importante número de justiciables y las devastadoras consecuencias que supone para el normal funcionamiento del aparato de administración de justicia; sino también respecto de las funciones del juez penal como mero aplicador de la ley o como su legítimo intérprete y en cuanto a la misión política que tiene asignada un órgano de casación (1999).

Se desprende entonces, que lejos de unificar doctrina y establecer un criterio de juzgamiento común en cuanto al instituto, este plenario recibió una innumerable cantidad de críticas, principalmente por el modo en que se convocó a este plenario, y lo que muchos consideraron una violación al principio de división de poderes, al no constituir la jurisprudencia una fuente directa de normas, no es creadora de derechos sino que interpreta el mismo (Báez 2004, Bruzzone 1999).

Generó así, más controversias de las que mitigó, y el instituto de la probation quedó en una situación de incertidumbre que propició las más diversas interpretaciones y aplicaciones, de acuerdo a cada caso particular planteado.

Fallo Acosta

Luego de 9 años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomó parte en esta situación, fijando una posición que otorga, un contexto dentro del cual se aplicaría el beneficio del art. 76bis.

El 23 de abril de 2008, en los autos “Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 -causa N° 28/05-”, habiendo el Tribunal Oral en lo Criminal de Santa Fe, no hecho lugar al pedido de probation solicitado por Acosta, fundamentando que el art.14, 1º párrafo de la ley 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de ciento doce mil quinientos a dos millones doscientos cincuenta mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes...” del delito de tenencia de estupefacientes, al prever una pena en abstracto de 6 años, se torna improcedente el beneficio, basándose en el plenario Kosuta, que hasta aquí he analizado.

La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, declara mal concedido el recurso de casación planteado por el individuo contra la resolución del Tribunal Oral, lo que motiva un recurso extraordinario federal que denegado, da origen a la queja planteada.

Entiende la CSJN que no le corresponde establecer la inteligencia de la norma planteada, siendo del derecho común, sino verificar si se configura un supuesto que

habilite su intervención, “ajustándose a la doctrina según la cual la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definida de arbitrariedad”.

Considera entonces, en busca de acreditar los extremos expresados en los considerandos anteriores, que la primer fuente de interpretación la ley es su letra, a la que debe darse un sentido que concilie y conduzca a una armonización de preceptos, de modo que para esto deben computarse la totalidad de sus preceptos, que armonicen con la totalidad de las normas del ordenamiento jurídico vigente y que de la mejor manera concuerden con los principios y garantías de la Constitución Nacional, de modo que las disposiciones en pugna no se destruyan las unas con las otras, y que sus términos se han empleado con algún propósito.

No puede obviarse por los jueces con motivo de imperfecciones técnicas en la redacción de una norma, que deben superarse procurando una aplicación racional, y que no conlleve la pérdida de un derecho.

Así, el principio de legalidad, exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, estando implícito en este principio que la ley penal debe ser escrita, previa y estricta, pues solo de este modo se asegurará la vigencia de este principio constitucional (art. 18 CN), en consonancia con un principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio pro homine, que impone privilegiar a la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal, principio receptado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5º, apartados 1. y 2.), 28); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5º,

apartados 1. y 2.); en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29 [Normas de interpretación]) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 41). Es aquí donde se privilegia la aplicación de la tesis amplia, que más derechos acuerde al ser humano, principio que se extrae lógicamente, teniendo en cuenta que es él el destinatario de las normas jurídicas, titular de derechos y normas fundamentales.

Concluye la Corte, que el criterio que limita el alcance del instituto bajo estudio, se funda en un análisis irrazonable de la norma, que no armoniza con los principios enumerados, ya que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce, otorgando indebida preminencia a los dos primeros párrafos del art. 76bis, sobre el cuarto, al que deja inoperante.

De esta forma, hace lugar a la queja y declara procedente el recurso extraordinario, y sin efecto la sentencia de apelación.

En este fallo, se dejan entonces, sin efecto alguno de los aspectos problemáticos de Kosuta, ampliando el alcance del instituto de la probation, y dando fin a la serie de discusiones planteadas a partir de la constitucionalidad o no del plenario, y su obligatoriedad.

Este fallo, así hizo prevalecer ante dos interpretaciones posibles, la que: a) compatibiliza las disposiciones de la ley sin dejar ninguna de ellas inoperante; b) la que no conlleva a la pérdida de un derecho; c) la que acuerda prioridad a una interpretación restrictiva dentro del límite semántico del texto legal teniendo en cuenta el principio según el cual el derecho penal se considera la última ratio del ordenamiento jurídico; d) asegura la aplicación del principio pro homine. (Ledesma, 2008; Báez, 2004)

Fallo Norverto

Pero además del fallo Acosta, el mismo día la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sienta otro precedente en los autos caratulados “Recurso de hecho interpuesto por la defensa de Jorge Braulio Norverto en la causa Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P.” donde considera aplicable al caso lo resuelto en el fallo anteriormente citado, Acosta. He aquí donde se modifica nuevamente el criterio con respecto al plenario Kosuta, pero esta vez con motivo de la procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos penados con la pena de inhabilitación, que la Cámara había considerado improcedente en todos los casos.

Si bien en el fallo no se hace mención alguna sobre este tema en particular y se dedica a remitir a lo resuelto en Acosta, se destaca que el delito del art. 302 del Código Penal es reprimido con pena de prisión e inhabilitación. Pese a no haberse debatido en Acosta sobre la procedencia del instituto en estos casos, la Corte decide hacer lugar igualmente al pedido “sin hacer referencia siquiera a un posible ofrecimiento de auto inhabilitación o a la imposición de ese extremo como posible regla de conducta durante el plazo de la suspensión”(García Lois, 2009, p.229). Dicha doctrina impulsó a que la Cámara Nacional de Casación Penal en este mismo caso, cambiara su criterio y contemplara expresamente la procedencia de la probation en los casos donde la pena de inhabilitación se encuentra prevista. “En tal sentido, sostuvo que la interpretación que se impone es aquella que no contempla como obstáculo a la procedencia de la suspensión del proceso a prueba que el delito de que se trate tenga prevista pena de inhabilitación, a menos que lo sea en la modalidad absoluta (CNCP, Sala IV, c.5365, “Norverto, Jorge Braulio s/recurso de Casación”, rta. 30/6/09).-- c.37.881 “B., M. E. s/homicidio culposo” Suspensión de Juicio a prueba 5/116 Sala V/07.-///nos Aires, 21 de octubre de 2009.---

Habiendo analizado los fallos más resonantes relativos a la suspensión del juicio a prueba desde su incorporación al Código Penal, se puede inferir que la jurisprudencia es la que ha venido a suplantar la legislación, y a dar certidumbre a la aplicación de este instituto en los distintos supuestos.

Revocación del beneficio de la suspensión del juicio a prueba.

Revocar significa dejar sin efecto un acto jurídico por parte de quien posee tal facultad o poder, previo a analizar las causales por las cuales puede ser revocada la suspensión del juicio a prueba, veamos quien es el facultado para controlar el cumplimiento de la misma.

El art. 493 inc.2 del Código de Procedimiento Penal Nacional estatuye que es el juez de ejecución penal el magistrado competente para “controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de la suspensión del procedimiento a prueba”. Esta competencia la refuerza a su vez, el primer párrafo del art. 515 del mismo cuerpo normativo, disponiendo: “una vez que el órgano competente comunico la resolución que somete al imputado a prueba al tribunal de ejecución, este inmediatamente dispondrá el control de las instrucciones e imposiciones establecidas y comunicará a aquel cualquier inobservancia de las mismas”.

He de aquí que una vez anoticiado el tribunal de ejecución el otorgamiento del beneficio por el órgano que así lo dispuso, este tribunal debe avocarse al control del

cumplimiento de las reglas establecidas y de la comunicación de cualquier incumplimiento de las mismas.

En concordancia con lo dispuesto, el segundo párrafo del art. 515 prescribe: “en caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal de ejecución otorgara posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá, acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. En el primer caso, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará al imputado a disposición del órgano judicial competente”.

La celebración de la audiencia impuesta por la ley, se determina en base a las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso. El segundo requisito implica que una vez celebrada la audiencia, si el juez de ejecución estima que se ha incumplido alguna de las pautas de conducta impuestas, debe ejercer su poder de jurisdicción resolviendo la revocación del beneficio.

El tribunal que ha concedido el instituto al imputado, carece de competencia para disponer la revocación del mismo, en estos supuestos. No tiene el Tribunal Oral facultades de revisión respecto de las medidas tomadas por el Juez de Ejecución, si no media recurso interpuesto por la parte legitimada al efecto.

“El tribunal de ejecución es competente para resolver toda cuestión vinculada al posible incumplimiento de cualquier exigencia derivada de la suspensión del procedimiento. Esta competencia abarca, en primer lugar, la determinación de la existencia efectiva de tal incumplimiento. En segundo término, siempre que se verifique tal incumplimiento, será menester, además, decidir si se revoca o no la suspensión previamente acordada” (Bovino, 2005).

Al tribunal oral que concedió la probation, le corresponde pronunciarse conforme le acuerda el art. 76 ter, “si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario se llevara a cabo el juicio...”

Entonces, vemos que la competencia del juez de ejecución se presenta como excepcional en materia de continuación o revocación de la suspensión; en el art. 515 citado se enumeran de manera taxativa los momentos donde este puede ejercer su entendimiento y cualquier interpretación extensiva de estos preceptos llevaría a vulnerar la garantía constitucional de juez natural (Llera, 2013).

El mismo art. 76 ter es el que prevé las cinco causas que permiten que una suspensión de juicio a prueba deje de producir sus efectos, siempre por orden judicial y así el proceso se retomara en la instancia donde fue suspendido:

- 1- Circunstancias conocidas con posterioridad que modifiquen el máximo de la pena aplicable,
- 2- Circunstancias que incidan sobre la condicionalidad de la ejecución de la posible condena,
- 3- Comisión de un nuevo delito,
- 4- Incumplimiento de la obligación de reparar el daño en la medida ofrecida,
- 5- Incumplimiento de las reglas de conducta.

Pasemos a desglosar cada uno de estos supuestos.

En cuanto a la primera causal, circunstancias que modifican el máximo de la pena aplicable pero conocidas con posterioridad a la suspensión, son aquellas circunstancias o sucesos que eran desconocidos al momento de la concesión o se agregan con posterioridad, y aumentan la pena aplicable tornando imposible el otorgamiento del beneficio. Esta nueva circunstancia deberá ser conocida previamente al momento de concluir el plazo de la suspensión ya que si no, la acción penal estará extinta y la probation concluida.

Respecto del segundo postulado, debemos decir que las variaciones que pudieren ocurrir, deben haber sido valoradas por el juez para el otorgamiento de la misma, y expresadas en su resolución.

Las dos primeras situaciones expresadas hasta aquí no presentan demasiadas complicaciones al tratarse de la simple valoración de circunstancias y cuestiones de hecho extemporáneas al otorgamiento del beneficio, que influyen en la misma.

Nos detendremos en el tercer supuesto, la comisión de un nuevo delito. Este tema ha generado polémica con respecto a su valoración y momento de apreciación, nada nuevo en el ámbito del instituto bajo análisis.

La garantía constitucional de presunción de inocencia reza que solo puede recibir el trato de condenado el imputado sobre el que ha recaído una sentencia condenatoria firme.

Por ello, para que la comisión de un nuevo delito opere como causal revocatoria de la suspensión del juicio a prueba, no basta con atenerse a la fecha de la comisión del nuevo hecho delictivo, es además necesario que una sentencia judicial en autoridad de cosa juzgada determine la responsabilidad penal del comitente. Caso contrario se

correría el riesgo de revocar un beneficio legítimamente concedido en virtud de un hecho por el que luego podría resultar absuelto.

De Olazábal considera respecto al tema que ninguna duda es posible respecto a que es necesaria la existencia de una condena firme, la sola imputación no es suficiente a estos efectos. La condena como autor de una falta o contravención, es irrelevante a los fines considerados (1994).

Zaffaroni, Alagia y Slokar, también exigen una sentencia condenatoria firme antes la comisión de un nuevo delito, dictada con anterioridad a la conclusión del plazo fijado para la prueba. Ni la calidad de imputado en otro proceso, ni la prisión preventiva habilitan al juez a revocar la medida. Nunca puede reanudarse el proceso del primer delito por la mera sospecha que implica la imputación, pues podría resultar de la misma la absolución o el sobreseimiento y sería condenado por el primer delito en base a una sospecha que termina siendo infundada (2000).

A decir del señor juez Alejandro W. Slokar en la causa “Lorenzo, Braian Ezequiel s/recurso de casación”: “la revocación del beneficio puede ocurrir por la comisión de un nuevo delito durante el término fijado para la prueba, pero al igual que para la libertad condicional o la condenación condicional, se requiere una sentencia condenatoria firme, por lo que ni siquiera puede revocarla la situación fáctica de prisión preventiva, aunque de hecho la prueba se haya interrumpido”.

En cuanto a la reparación del daño, el incumplimiento debe ser malicioso. Debe tratarse en este caso, para cumplir con los extremos de la revocación del instituto, de un incumplimiento doloso. Pudiendo y debiendo cumplir, no se cumple. Resulta por ello, necesaria una audiencia donde el imputado pueda exponer las razones por las cuales no pudo cumplir y si resultare de una nueva situación personal, sus condiciones

familiares, económicas y laborales. De esta situación puede resultar que el juez decida ampliar el plazo de la suspensión, para permitir que el imputado tenga la posibilidad de cumplir con la reparación que debe. En definitiva, deberán valorarse los esfuerzos cumplidos o si la actitud fue maliciosa pudiendo el juez determinar en el caso que corresponda modificar la modalidad de la reparación e incluso dar por cumplidas las reparaciones debidas, aunque estas sean parciales o eximirlo de las mismas cuando se tornen imposibles.

Por último en lo relativo a las reglas de conducta, que algo se ha desarrollado precedentemente, podemos decir que el incumplimiento debe ser valorado como de gravedad, descartando así cualquier incumplimiento insignificante. Así, se valorará el tipo de regla ordenada y la modalidad del cumplimiento.

El procedimiento a seguir ante un incumplimiento ya está desarrollado al referirnos a la competencia del juez de ejecución penal, quien tendrá que valorar en el caso pertinente si se decidirá por la revocación del instituto o por la continuación del mismo.

Capítulo IV

Conclusión

Habiendo desarrollado hasta aquí los aspectos más significativos de los dos institutos que conforman el título de mi trabajo, los cuales son: la prisión y la suspensión del juicio a prueba; he recabado la información suficiente para arribar a la conclusión de mi tarea de investigación.

He desarrollado de qué manera se da tratamiento a las penas privativas de la libertad en los distintos ordenamientos jurídicos y en la doctrina, que se ha encargado, de acuerdo al momento evolutivo de las ciencias jurídicas que se transitaba, de llamarla “la madre de las penas”, a llamarla “la gran maquina deteriorante”.

Tratando de darle una finalidad o encontrar el objetivo con el cual se aplican determinados tipos de pena, podemos leer cientos y cientos de páginas sobre teorías filosóficas y sociológicas, pero son muy pocos los que se han detenido a pensar que detrás de esas palabras “delincuente”, “criminal”, “preso”, “reincidente”... existe otro

aparato que hay que preservar tanto o en mayor medida que las instituciones que se describen, la cual es una persona, una familia, una estructura sin la cual no podrían existir ninguna de las demás.

Por ello es necesario que frente al hecho delictivo se evalúe cada caso y se lo haga en procura tanto de las personas como de la sociedad.

Es donde comienzan a jugar las penas alternativas a la prisión, que permitirán evolucionar de una manera más realista a la persona en camino a la resocialización tan buscada por el Estado, a lo largo de la historia.

Cierto es que la prisión no siempre es mala palabra, en contraposición a esto, hay delitos que no merecen pena menor que ésta, pero en la medida que tratemos de delitos y comitentes de delitos que no impliquen un peligro latente para la sociedad en la cual conviven y que su readaptación será de manera más adecuada cumpliendo otro tipo de pena, debería podérselo permitir, y brindar además las posibilidades para que lo haga.

No sólo será necesaria una adecuación de las leyes que la regulan y del aparato que la aplica, sino más importante un cambio en el paradigma social, que permita ver la necesidad de la implementación de medidas como ésta y no que impliquen solamente, un necesario descongestionamiento de las cárceles.

Son sabidas las deficiencias de nuestro sistema penitenciario y lo que esto implica para los internos en sus establecimientos.

Vejaciones que van desde el punto de vista físico, como la limpieza o el lugar fijo de habitación; hasta las implicancias psicológicas y sociales que trae aparejada, tanto para la persona que se encuentra en el sistema, como para sus familias.

La cárcel se ha constituido y evolucionado fuera del ordenamiento judicial, apartándose cada vez más de los principios y garantías enunciadas en nuestra Carta Magna. En su art. 18 y preámbulo, se indican los lineamientos principales en base a los cuales debiera instituirse el sistema carcelario.

Estas garantías deberían ser efectivas siempre, haciendo primar los derechos de los internos por sobre los intereses, criterios o necesidades de orden, seguridad y disciplina. Tratándose los mismos de Derechos Humanos fundamentales, de los que no puede privarse a ninguna persona, en ninguna situación imaginable.

Es así como la O.N.U. califico las cárceles argentinas como “una vergüenza para el mundo civilizado”.

Aquí es entonces, en este punto, que no se vislumbra una solución pronta, y menos con la poca implementación de políticas criminales serias. Es así, donde aparece la suspensión del juicio a prueba.

No estoy afirmando que este instituto sea la solución a tantos años de crisis carcelaria que vienen sucediendo, sino por el contrario considerarla como lo que es: una alternativa.

Muchas personas ni siquiera saben que existe en nuestro ordenamiento o piensan que es una adición muy nueva a nuestro Código, pero lo cierto es que hace casi 20 años que este instituto conforma nuestro plexo normativo penal.

Se trata de una alternativa a la pena de prisión que impide no solo la cárcel sino, además, el hecho de ser condenado en un proceso penal.

Este beneficio, con la debida implementación y materialización, puede lograr resultados que beneficien a toda la sociedad.

Ayuda a la tan buscada reinserción social, al lograrlo formando parte de la misma sociedad, desde su seno, como integrante de ésta y no como un paria encerrado dentro de cuatro paredes enrejadas.

Beneficia a las relaciones familiares que no deben sufrir la estigmatización ni el desahucio al sentir la pérdida de un familiar por tiempos prolongados, cuando muchas veces no se sabe ni siquiera por cuánto.

Permite que el comitente del delito pueda seguir trabajando, y con esto seguir siendo el sostén del hogar, como sucede en la mayoría de los casos.

Con respecto a la víctima, ofrece una reparación del daño que se le ha cometido, si acepta.

Todo esto, siempre además, con la posibilidad de revocación y subsiguiente continuación del juicio que viene a funcionar como garantía para el juzgador y como estímulo para el beneficiado.

Cuenta además, con el apoyo y acompañamiento del Patronato de los Liberados, coadyuvante en la tarea de reinserción y resocialización que, de esta manera, generalmente se logra.

Considero que el país va por un buen camino en lo relativo a la implementación de este tipo de penas, habiendo ampliado el criterio de aplicación mediante fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y además interesándose e informándose cada vez más sobre el tema por parte de quienes deben aplicarla y solicitarla.

Pero, todavía queda mucho camino por recorrer, comenzando por lo más necesario: una adecuada legislación que no de paso a los grandes debates que se ha suscitado en los años anteriores, que no han hecho más que cubrir con un manto de incertidumbre todo lo que se refiera a este instituto.

Lo que debe destacarse siempre son los beneficios que puede brindarnos la suspensión del juicio a prueba con su adecuado funcionamiento. Por ello tan necesario es dar un punto final a la teoría y poner en marcha la práctica, pero para ello se necesitará de un movimiento de todos los estratos de nuestra sociedad, desde los individuos hasta los poderes del Estado mismo.

Si hay una alternativa que es más beneficios y simple desde todos los puntos de vista ¿Por qué no usarla?

Bibliografía

ALMEYRA (1995) “*Probation ¿Sólo para delitos de bagatela?*” LL 1996-B 605

AMOEDO, F. (1998) “*La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba*” DJ 1998-3 , 1013

ASIS, J. y GONELLA, C. (2003) “*La Cárcel y los Medios Alternativos*”, *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano, XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba : Advocatus

ASTIZ CAMPOS, E. (2003) “*Penas Alternativas: Una Utopía o Una Necesidad*”, *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano, XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba: Advocatus.

- BACIGALUPO, E. (1996). *Manual de Derecho Penal* (1ª Ed. Actualizada) Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- BATTOLA, K. (2003). *Alternativas a la Pena de Prisión. Aplicación de la Suspensión del Juicio a Prueba en la Justicia Federal* (1ªEd.) Córdoba: Alveroni.
- BÁEZ, J. (2004) “*Probation: Un instituto que debe ser aplicado en toda su amplitud*”, LA LEY2004-A, 727 - Sup. Penal2003 (diciembre), 46
- BÁEZ, J. (2004) “*El ocaso del plenario "Kosuta" (¿se acaba una pesadilla?)*” LA LEY2004-D, 548 - Sup. Penal2004 (junio), 32
- BONETTO, L. (1998). *La suspensión del Juicio a Prueba* (1ªEd.) Córdoba: Lerner.
- BOVINO, A (1997) “*La suspensión del procedimiento en el Código Penal argentino y la “diversión” estadounidense (un análisis comparativo)*” La Ley 1997-A 1081
- BRUZZONE, G. (1999) “*Probation: El plenario "Kosuta" de la Cámara Nacional de Casación Penal o el triunfo de la tesis restrictiva (de la libertad)*” LA LEY1999-E, 828
- CESANO, J. (2002) “*De la Critica a la Cárcel a la Critica de las Alternativas*”. *Ley Razón y Justicia*, 4(6), Neuquén: Alveroni
- CLAVERO, M. y LUQUE VIDELA, L. (2003) “*Necesidad de Nuevas Alternativas*”, *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano, XI Nacional de Derecho Penal y Criminología*, Córdoba: Advocatus.
- DE OLAZÁBAL, J. (1994) “*Suspensión del proceso a prueba –análisis de la ley 24.316-(“Probation”)*” Buenos Aires: Astrea.

- DEVOTO, E. (1994) “*La "probation" (A propósito de su incorporación al Código Penal argentino)*” LA LEY 1994-D , 797
- EDWARDS, C. (1994) “*La Probation en el Código Penal, Ley 24.316*” Córdoba: Lerner.
- FINGER, A.(1904) “*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*” Berlín: C. Heymann.
- FREELAND LOPEZ LECUBE, A.(1994) “*La "probation" y la suspensión del juicio penal a prueba (Comentarios a la ley 24.316)*”, LA LEY 1994-D , 854
- GARCÍA LOIS, A. (2009) “*La Suspensión del Juicio o Proceso a Prueba*” Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- GARCIA YOMHA, P. y CAMAÑO IGLESIAS PAIZ, C. (2006) “*Manual Práctico para Defenderse en la Cárcel*” (1ªEd.) Buenos Aires: Inecip.
- GIORGIO, A y LOPEZ BERNIS, C. (2005) *Medidas Alternativas a la Pena de Prisión: La Probation* (1ªEd.) Buenos Aires: Dunken.
- LAJE ANAYA, J. y GAVIER, E. (1999) “*Notas al Código Penal Argentino: Parte Especial*” Córdoba: Lerner.
- LEDESMA, G. (2008) “*El principio pro homine y otros criterios de interpretación de la ley*” LA LEY2008-E, 1034
- LLERA, C. (2013) “*La comisión de un delito y la revocación de la suspensión del juicio a prueba*” La Ley 2013-B 61
- MACAGNO, M. (2007) “*Las causales de revocación de la suspensión del juicio a prueba (con motivo de una acertada decisión judicial)*” Publicación electrónica sobre ejecución penal. Dirección Provincial de Ejecución Penal en Libertad.

Recuperado en

[https://sistemas.plb.gba.gov.ar/archivos/newsletter/Boletin/despliegue.asp?](https://sistemas.plb.gba.gov.ar/archivos/newsletter/Boletin/despliegue.asp?id_noticia=93)

[id_noticia=93](https://sistemas.plb.gba.gov.ar/archivos/newsletter/Boletin/despliegue.asp?id_noticia=93)

MAIER, J (1989) “*Derecho Procesal Argentino*” Buenos Aires: Hammurabi.

MARINO, E. (1993) “*Suspension del Proceso a Prueba*” en AA.VV. Buenos Aires: del Puerto p.29

MOLERO, M. (1998) “*“Probation” y juicio abreviado - Cuando los cambios vienen marchando*” LA LEY1998-D, 1347

NUÑEZ, R.(1999) “*Manual de Derecho Penal: Parte General*” (4ª Ed.) Córdoba: Lerner.

OCHOA, C. (1995) “*La suspensión del juicio a prueba*” LA LEY1995-C, 1274

PAZ, M. y RAWSON PAZ, C. (2003) “*Penas Alternativas y Principio de Oportunidad*”, XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano, XI Nacional de Derecho Penal y Criminología, Córdoba: Advocatus.

SAYAGO, M. (1996) “*Suspensión del Juicio a Prueba –aspectos conflictivos*” Córdoba: Lerner

SOLER, S. (1992) “*Derecho Penal Argentino*” (5ª Ed. Actualizada) Buenos Aires: Tea.

SOLIMINE, M. (1994) “*La suspensión del proceso a prueba para los delitos criminales en la ley 24.316 (Probation)*” DJ1994-2, 177

TARDITTI, A. (1994) “*Probation (Ley 24.316): lo bueno y lo malo*” Semanario Jurídico 994 Córdoba: Comercio y Justicia.

VITALE, G. (1996) “*Suspension del Proceso Penal a Prueba*” Buenos Aires: del Puerto.

ZAFFARONI, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* .Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, E. (2002). *Derecho Penal: Parte General* (2ª Ed.) Buenos Aires: Ediar.

ZAFFARONI, E. (1991) “La Filosofía del Sistema Penitenciario en el Mundo Contemporáneo”, *Cuadernos de la Cárcel*, Buenos Aires

ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A.(2005) “*Manual de Derecho Penal*” (2ª Ed) Buenos Aires: Ediar

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) Res 45/110 (1990) Recuperado en: www.ohchr.org

Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 2- VI- 1993 pág. 1317

CFedCas Penal, Plenario, “Kosuta Teresa R. s/ Recurso de Casación causa N° 1403 del registro de la Sala III, caratulada “Kosuta, Teresa Ramona s/ recurso de casación”(1999).

CSJN “Norberto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P” N.

326. XLI (2008)

CSJN “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1° párrafo ley 23.737 Ccausa N° 28/05C.” A. 2186. XLI. (2008).

CFedCas Penal, Sala II “Lorenzo, Brian Ezequiel s/ Recurso de Casación” Registro n° 19.439 (2011).

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Julieta Luque Brower de Koning
E-mail:	Julys_luque@hotmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“Los efectos de la suspensión del juicio a prueba en relación a las penas privativas de libertad”
Título del TFG en inglés	“The effects of suspension of judgment-proof in relation to custodial sentences”
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	Jose L. Lago, Carlos M. Casas Nóbrega
Fecha de último coloquio con la CAE	3 de diciembre de 2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	TFGLuque.pdf

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)