

CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS PENAS Y SUS SUBROGADOS EN EL DERECHO POSITIVO URUGUAYO

por

Dra. Beatriz Scapusio Minvielle - Dra. Lina Fernández Lembo

1. EL SISTEMA DE REACCIONES PENALES

Mientras la constatación de los presupuestos de la pena sirve para vincular la intervención del Juez Penal a ciertos elementos que aseguran la vigencia del Estado de Derecho, en la determinación de las consecuencias jurídicas se realiza la decisión político-criminal en el caso particular. La pena alcanza así su máximo grado de determinación y personalización.

El ejercicio de la jurisdicción plasmado en la actividad fundamental de individualizar la pena, implica no sólo determinar su monto, sino seleccionar del elenco de penas establecidos legalmente o de sus alternativas, aquella modalidad que más se adecua a los fines de la condena en relación al sujeto determinado.

De esta manera, tal determinación deberá orientarse a la defensa del ordenamiento jurídico y al cumplimiento de los fines estatales en torno a la pena, logrando la reintegración de los autores. Ello en todo caso dependerá en gran medida de la aplicación correcta de los medios sancionatorios de que dispone el Derecho Penal.

En la imposición de las consecuencias jurídicas del delito se decide tanto la situación personal del acusado y de su familia, como la concreción de la juridicidad que la imposición de la pena reclama para adquirir legitimidad¹.

La adopción del llamado sistema de la "doble vía" supone que los Códigos penales consagren básicamente dos elencos de respuestas para instrumentar la reacción estatal frente a la trasgresión de la ley penal.

Dentro del elenco de formas de coerción penal se encuentra en primer término la pena, como consecuencia del hecho considerado delito. Su aplicación aparece condicionada en su

1. Cfr.: MAURACH, R, GOSSEL:K y ZIPF H, en: "Derecho Penal, Parte General, 2", ASTREA, Buenos Aires, 1995, págs. 819 y ss. Por otra parte, en nuestro sistema lamentablemente no se ha dado ingreso aún a la víctima por lo cual la problemática acerca de su posición jurídica y derecho a obtener alguna forma de reparación en el seno del proceso ha quedado excluida de la discusión en torno a las consecuencias jurídicas del delito. Sólo conserva el ejercicio de la acción civil tradicionalmente regulada.

imposición a que, en el decurso de un proceso, se haya probado que el encausado haya sido autor o partícipe de un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

Junto a ella se encuentran las medidas de seguridad que son la consecuencia jurídica de la comisión de una conducta típica y antijurídica por un sujeto al que, -por sus características constatadas en el decurso de un proceso penal-, se aplica alguna forma de restricción de derechos que se fundamenta en razones preventivas y/o en criterios de peligrosidad del sujeto a quien se orientan ².

Este sistema doble de respuestas no incide en la unidad conceptual del injusto, por lo cual ambas formas de respuesta, -pena y medida de seguridad-, exigen como presupuesto básico para su imposición la adecuación típica y la constatación de la antijuridicidad.

Nuestro sistema reconoce además, en algunos casos la imposición de medidas preventivas, desvinculadas de la comisión de un delito. Esta solución de origen positivista ha sido descartada en otros ordenamientos y resulta altamente criticable por cuanto vulnera los principios garantistas de que cualquier restricción de la libertad debe ser la consecuencia de la comisión de un ilícito.

La inclusión en nuestro sistema del régimen de medidas reconoce la influencia de los movimientos doctrinales posteriores a la irrupción del positivismo criminológico en Italia y otros países europeos. Ello sacudió las bases del Derecho Penal y lo orientó hacia la idea de que el instrumento más eficaz de lucha contra la delincuencia consistiría en el actuar sobre las causas y no sobre los efectos de ésta. Así desde la perspectiva del positivismo de base naturalista, el delito es consecuencia necesaria de determinadas causas naturales y por lo tanto no se debe castigar a quien ha delinquido orientado por su propia naturaleza y careciendo de libertad de opción por su determinismo social o biológico. En este contexto el castigo deviene inmoral.

La sustitución del castigo se verifica con la idea de represión, que es la idea de defensa social llevada a cabo respecto de sujetos que por su personalidad anormal representan un peligro para la sociedad. Ello implica reinsertar a esos sujetos al ciclo socialmente productivo, mediante determinados procedimientos de curación siendo así "recuperados" para la colectividad.

Eliminadas las ideas de pena como expresión de un concepto de la vida que invoca nociones de culpa y de castigo, es la medida de seguridad lo que se toma en consideración como medio de lucha para el delito. En su origen entonces el elenco de medidas de seguridad están ligadas a un presupuesto naturalista, la peligrosidad social del reo. La idea de que la sociedad debe defenderse ante las conductas desviadas, es decir el concepto de defensa social sobre la cual la corriente positivista basa la medida de seguridad, es una idea naturalista que sólo puede adquirir valoración ética cuando se considere como un deber del Estado.

A esta concepción subyace también una ideología organicista en la que el Estado se defiende de la delincuencia como de una enfermedad ³. En estas concepciones prima la de-

2. Cfr.: ZAFFARONI, E. R., "Tratado de Derecho Penal Parte General". T. V. EDIAR, Bs.As, 1983, págs. 11 y ss.

3. Cfr.: BETTIOL, G., "Derecho Penal. Parte General", Temis, Bogotá, 1965 pág. 759 y ss.

fensa de lo comunitario aún frente al individuo al que termina negando. Ello genera una antinomia valorativa y difícilmente sostenible sin grandes contradicciones, en el marco de la concepción jus naturalista que impregna nuestro ordenamiento constitucional.

Nuestro Código ha adoptado el sistema de la doble vía. Por una lado, la pena para los individuos capaces de comprender y querer; por otro la medida de seguridad para los individuos socialmente peligrosos ⁴.

Respecto del concepto de peligrosidad que aparece en diversas disposiciones del Código Penal además de no encontrar definición jurídica precisa, el mismo suele adquirir diferentes dimensiones. Por una parte, parece ser un criterio que se separa de las circunstancias concurrentes al ilícito así como de su posible incidencia en la determinación del monto de pena. En otros casos, surge en función de la peligrosidad una especie de calidad diferencial para el sujeto connotado con esta característica, aproximándolo a un concepto orientado hacia la culpabilidad de autor o de responsable por la conducción de su propia vida. Ello parece incompatible una vez más, con el concepto de hombre libre y digno, eje de nuestro sistema constitucional y normativo. En otras disposiciones en cambio, parece implicar una apreciación personal del Juez sobre el valor esencialmente sintomático de las circunstancias agravantes y atenuantes ⁵.

Culpabilidad y peligrosidad proyectan entonces sus valoraciones sobre todo el sistema de consecuencias jurídicas y a veces se entrecruzan en la determinación de las respuestas penales concretas.

Cabe agregar que las medidas de seguridad pueden ser encuadradas en lo que se considera actividad de policía del Estado. Es una consecuencia jurídica que se aplica con motivo de la peligrosidad a los fines de defensa social implicando la idea de inocular al sujeto que ha sido definido como peligroso. Estas características no pueden referirlas a la materialidad del derecho penal por lo que se aproximan en cuanto a su naturaleza a las medidas administrativas.

Su carácter penal pues es meramente formal en el sentido de que son administradas por la Magistratura Penal a través de un proceso penal, pero no lo son materialmente, siendo su naturaleza administrativa y su objetivo asistencial.

En tal sentido la moderna doctrina considera que se trata de medidas lesivas de la seguridad jurídica. Resultarían por tanto inadmisibles en el marco de un Derecho Penal de corte democrático respetuoso de los Derechos Humanos salvo que se trate de medidas curativas aplicables a los supuestos exclusivos de incapacidad psíquica.

Se agrega que las medidas “predelictuales” constituyen “penas indeterminadas” sin delito, lo que las vuelve inconstitucionales vulnerando el principio de *nulla poena sine delicto*. Ello por cuanto más allá de las denominaciones que adquirieran son penas por su contenido materialmente afflictivo y privativo de la libertad. En sentido similar las medidas de seguri-

4. Artículos 92 y siguientes del Código Penal.

5. Así los artículos 48, 50, 53, 55 y 86 del Código Penal, entre otras.

dad denominadas eliminativas o post delictuales que se suman en su cumplimiento a la pena determinada, constituirían también penas indeterminadas como más adelante analizaremos en detalle ⁶.

En nuestro sistema el Codificador califica las medidas en curativas, educativas, preventivas y eliminativas. Las primeras se aplican a los enfermos, los alcoholistas, los intoxicados por el uso de estupefacientes declarados irresponsables y a los ebrios habituales. Las segundas a los menores de dieciocho años y a los sordomudos. Las preventivas se aplican a los autores de delitos imposibles, putativos o provocados por la autoridad. En cuanto a las medidas eliminativas se aplican a los delincuentes habituales, a los homicidas que por la excepcional gravedad del hecho derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias denuncien gran peligrosidad ⁷.

2. LA PENA COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL Y DE REACCION ESTATAL FORMALIZADA

Toda propuesta de análisis acerca de los subrogados de condena vuelve necesario efectuar determinadas precisiones en torno a la pena misma.

En primer término cabe destacar que compartimos el punto de vista que indica que la pena, su sentido, funciones y finalidad sólo pueden comprenderse analizandola dentro de una determinada forma de organización económica y estatal ⁸. Así por ejemplo en el marco de un Estado feudal, legitimado por la fusión entre ley natural y ley divina, la pena se concibe como un castigo, como la expiación del mal o pecado que se impone contra quien se ha rebelado contra el soberano.

Con el surgimiento del Estado absoluto, considerado como transicional entre la forma productiva feudal y la necesaria acumulación de capital, se desarrolló una burguesía incipiente. Esta forma de organización política concentró el máximo total de poder y el uso ilimitado del mismo. En este contexto la ejecución de la pena consistió fundamentalmente en la explotación de la mano de obra, siendo enviado el condenado a las galeras, a las colonias o a las casas de trabajo. Asimismo a través de las casas de trabajo que lograron gran difusión en Holanda, Inglaterra y Alemania durante el S. XVII se opera también la consideración del trabajo como una mercancía en sí mismo.

El advenimiento posterior del mercantilismo trajo aparejada una revisión de la concepción del Estado que deja de estar ligado al soberano y a la persona divina que este encarna. Surge una nueva forma de Estado, como expresión soberana del pueblo todo, que encuentra su legitimación en el contrato social. Aparece entonces la división de poderes y la flexibilización de los controles absolutos. También la concepción liberal del Estado y de la sociedad ha de aparejar su correlato respecto a la pena y debido a su propia dinámica, habrá de orientar la discusión sobre su fundamento mismo y sus fines.

6. Cfr.: ZAFFARONI. E.R., en: Op. Cit. pág. 457 y ss.

7. Estas últimas derogadas por el artículo 19 de la Ley N° 15.737, fueron reimplantadas por Ley N° 16.349 del 10 de abril de 1993.

8. Sobre el punto, pueden consultarse in extenso los desarrollos efectuados por BUSTOS RAMIREZ, J.: en "Control Social y Sistema Penal". PPI, Barcelona, 1987 págs. 53 y ss. o: "Introducción al Derecho Penal". Ediar, Chile, págs. 70 a 97.

En el marco de estas concepciones de la pena propias de la organización estatal liberal podemos encontrar a las denominadas corrientes retribucionistas. Suele citarse siempre la afirmación de Kant de que: "Aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino, a fin de que su culpabilidad no caiga sobre el pueblo que no insistió en esta sanción porque éste podría ser considerado copartícipe en esta lesión pública de la justicia". En consonancia con estas ideas también la concepción de Hegel ampliamente conocida de que la pena es la negación del Derecho. Es decir que la pena deja de ser la expiación del pecado que la caracterizaba en un sistema de organización estatal legitimado en el poder divino, para pasar a ser la retribución a la perturbación del orden jurídico. La pena aparece así como retribución orientada a reparar el orden jurídico lesionado.

La ley divina al ser reemplazada por la ley humana conduce al positivismo legal, ejemplo de lo cual es la posición de BINDING, quien indica que el fin principal de la pena consiste en la conservación del señorío del derecho respecto del culpable según la medida de su culpabilidad.

La pena así concebida aparece siempre legitimada en sí misma a la par que su ejecución deviene entonces, siempre necesaria.

El otro grupo de teorías en torno a la pena que se corresponden históricamente con el desarrollo del estado liberal, lo encontramos en autores como FUERBACH y BENTHAM, quienes conciben a la pena como prevención general intimidatoria llamada a ejercer coacción psicológica respecto de la totalidad de los ciudadanos. Presupone la eficacia del miedo como medio disuasorio y una concepción antropológica del hombre que lo considera libre y racional. Se suele señalar que esta concepción del hombre se sustenta en una ficción, como lo es suponer siempre la racionalidad de los fines estatales. Estas teorías legitimaban el ejercicio de las funciones propias del Estado Juez y Gendarme de controles férreos, aunque escasos en cuanto a las áreas de intervención.

El advenimiento posterior de formas más complejas de explotación económica vinieron a modificar también la estructura misma de la organización estatal y a reclamar el ejercicio de un control social en áreas más extensas que aquellas que eran las propias del Estado liberal burgués de la primera época. La pena se orienta así en torno a la concreción de una forma particular del nuevo orden económico: la defensa social. Aquí la pena se orienta a la intervención directa sobre los individuos. El delito pasa a ser concebido más que como contravención a la ley formal del Estado como daño social. Se produce la síntesis entre la visión del delincuente como peligroso social y determinado al delito y se quiebra la premisa básica del sistema anterior: el libre albedrío. En su manifestación extrema estas teorías, como vimos al referirnos a las medidas de seguridad, tienden a sustituir a la pena y a absorberla conceptualmente en las medidas. La reacción del Estado se ve así legitimada para intervenir frente al disidente.

La teoría de la defensa social se expresará en la teoría de la prevención especial y la pena se carga entonces de fines utilitarios.

En el moderno Estado capitalista, durante gran parte del siglo XX han coexistido las dos posiciones fundamentales en torno a la pena distinguiéndose según el momento histórico y la

forma concreta de manifestación del Estado que se considere. Así prevención general y prevención especial han ido combinándose en formas y sistemas mixtos.

También el modelo estatal basado en la idea del contrato social ha ido modificándose a partir del desarrollo de la acumulación de riqueza, la globalización y la transnacionalización, haciendo necesaria una intervención diferente del Estado en las relaciones productivas. Surgen entonces las actividades propias del estado de bienestar y su función distributiva e intervencionista en áreas como educación, salud, relaciones laborales etc..

Todas estas tendencias se evidencian en los modelos estatales inspirados en los movimientos constitucionalistas de post guerra, como es el caso de la Constitución nacional aprobada en 1967. Estos fenómenos han traído a la par que una intensificación de los mecanismos de control social, -de entre los cuales la pena es el más formalizado-, un aumento en el reclamo de legitimación del ejercicio del poder punitivo estatal.

Más modernamente el Estado neoliberal en desarrollo actualmente, busca y necesita de un determinado grado de consenso que le permita mantener determinadas relaciones de capital y trabajo. En tal sentido, las concepciones de la pena aparecen nuevamente orientadas por las ideas de prevención general acentuando la finalidad estatal por oposición a las de prevención especial. Estas últimas reclaman la conformación de programas de tratamiento y resocialización los que también hoy se encuentran en crisis. Por otra parte los programas concretos orientados hacia la resocialización de delincuentes se ven afectados a lo largo del mundo por la política económica de los Estados. Actualmente las mismas se orientan hacia el equilibrio fiscal en detrimento de las inversiones en las áreas sociales de distribución. Todo ello ha pautado que el sistema en los países desarrollados se oriente hoy hacia penas no privativas de libertad para determinados supuestos, ampliando el elenco de los subrogados de condena.

Ello incide también en el marco de las concepciones de la pena, a tal punto que en la Europa continental asistimos a un retorno a las ideas de prevención general, esta vez entendida como prevención general positiva. De la mano de los funcionalismos reaparecen en versión más moderna las ideas de que la pena se orienta al restablecimiento del orden y de la confianza en la norma. Presuponen una concepción social que considera a la sociedad como una de consenso, en la que lo que une a los sujetos son sus expectativas recíprocas en el seno de la comunidad. Ello opera como legitimando a la pena desde una perspectiva que se separa de la del individuo concreto transformándolo en instrumento para la conservación del sistema, el cual se considera legitimado "a priori". Por ello se dice que estas corrientes operan un retorno al positivismo en su vertiente del tecnicismo jurídico, en el que el Derecho Penal aparece legitimado más allá de sus contenidos concretos y prescindiendo del concepto de bien jurídico como fundamento material de su ejercicio.

2.1. NATURALEZA, FUNCIONES Y FINES DE LA PENA

Desde el punto de vista político criminal parece innegable considerar que la pena en esencia constituye una manifestación de coerción penal cuyo monopolio compete al Estado, el que a través del ejercicio de su derecho a castigar constata su propio poder. Esta forma de poder se ejerce en forma variable, según el momento históricamente determinado y sirve

también de instrumento de consolidación política social y económica de una determinada opción de la mayoría en el seno de la colectividad.

La pena es el máximo control social formalizado por su carácter e intensidad represivas. Su imposición importa siempre un mal para quien la padece que es afectado y se ve privado de un bien jurídico esencial. La medida tolerable de afectación deberá ser acorde con el cumplimiento de los fines que el orden jurídico asigna a la pena.

Como función de la pena puede señalarse la protección de bienes jurídicos, a través de determinaciones legales que el propio Estado designa por el mecanismo de aprobación y consagración de diversos tipos penales. Si bien también el concepto de bien jurídico es hoy cuestionado especialmente por aquellos que pretenden reducir la pena a prevención general positiva, parece innegable que desde el punto de vista del Estado democrático de Derecho, las afectaciones a la libertad que la pena implica sólo se legitiman en defensa de los intereses que se consagran en la Carta Constitucional.

Se parte de la base de que la norma penal recoge no sólo un mandato o prohibición, es decir que no agota su función en la de constituir un simple imperativo. Por el contrario, ella está destinada a ejercer una función motivadora del sujeto en el seno social. Pero además consagra el reconocimiento de un ámbito con significación concreta. En este marco la imposición de la pena, sólo puede referirse al hombre en sociedad, como mecanismo de asegurar la convivencia de la comunidad organizada en el Estado. Ello implica considerar en cada caso concreto la capacidad y responsabilidad del sujeto para intervenir en las relaciones sociales y se verifica a través de la utilización del criterio de culpabilidad. Este se proyectará no solamente sobre la determinación sino sobre la individualización de la pena en cuanto a elección de modalidades de cumplimiento concreto de la misma.

Respecto de los fines que la pena puede válidamente desplegar, se alude a dos tipos de fines, los que inicialmente se consideraron como fundamento mismo de la pena. Ellos son los de prevención general y especial. La doctrina discute acerca de los fines preventivos de una u otra índole. Así, se controvierte la potencialidad de la pena como mecanismo disuasorio. Ello constituye en cambio el pilar de una consideración preventivo intimidatoria. También se cuestiona su admisibilidad desde un punto de vista ético y normativo.

El Estado democrático de derecho se funda en el principio de dignidad humana lo que implica el rechazo de la instrumentalización del hombre concreto en pos del interés del fin disuasorio general del Estado.

Asimismo respecto de la medida de la pena las ideas de prevención acarrear cuestionamientos. La prevención general conlleva a su determinación en función de parámetros ajenos al individuo que delinque, refiriéndola a las necesidades de una colectividad.

Igual objeción se puede efectuar a las teorías de la prevención general positiva que parten del supuesto no probado de integración de expectativas y confianza en el sistema por parte de los sujetos concretos integrantes de la comunidad. Acarrea además las mismas consecuencias respecto de la medida de la pena que estará dada por aquella cantidad de pena que sea necesaria para devolver a la colectividad la confianza en su sistema jurídico. Como puede apreciarse además de ser difícilmente determinable tal medida, parece orientarnos a un aumento indiscriminado de los montos de pena a consagrarse legalmente.

También ha sido cuestionado el fin de prevención especial ya sea por la posibilidad de que el Estado manipule y pretenda modificar al individuo en torno a los valores dominantes, tanto como por las dificultades concretas que han aparejado las propuestas resocializadoras en su ejecución. Debe distinguirse como un aspecto separado lo que tiene que ver con la imposición de la pena. En el seno de un Estado democrático, el fin admisible para la imposición de la condena y su ejecución reclama que aumente las oportunidades para el sujeto concreto al que se aplique, de tal modo que sus relaciones sociales de allí en más se desenvuelvan de manera no lesiva de bienes jurídicos ajenos.

Así una función de carácter general, de la que deriva su naturaleza coactiva, consiste en la protección de bienes jurídicos, seleccionados por el legislador a partir de una realidad social concreta que nutre la actividad legislativa.

El fin de la pena en cambio consiste en remover obstáculos a la participación del individuo en la vida social en forma plena. Este fin reclama aumentar las posibilidades del sujeto para su participación en la vida social ⁹.

Es fácil constatar que nuestros sistemas penales y carcelarios lejos de aumentar las oportunidades de participación de los individuos en la vida social de una forma que no vulnere los bienes jurídicos ajenos, propician la desocialización del individuo y operan como factor criminógeno. Sin embargo la realidad no puede transformarse en pantalla del reclamo normativo y constitucional en torno a la pena.

2.2 PENA Y PUNIBILIDAD

En relación a las diversas concepciones de la pena suelen articularse también diversas consideraciones con incidencia en la teoría del delito.

A la voz pena suele vincularse el concepto de punibilidad. Se indica a su vez que éste último puede adquirir una doble acepción. Una primera la concibe como categoría autónoma para la definición de delito, aspecto vinculado a la teoría del delito como un requisito más sumado a los tradicionales de conducta típica antijurídica y culpable. Asimismo se suele distinguir a la operatividad de la penalidad, como posibilidad jurídica de aplicación de la condena. Esta cuestión se plantea y resuelve en la teoría de la coerción penal ¹⁰.

A la consecuencia específica del delito que se traduce en la imposición de la pena se le denomina coerción penal, aunque suele indicarse que no siempre que se constata la existencia de delito recae necesariamente la pena.

El conjunto de condiciones que habilitan la efectividad y operatividad de la coerción penal, una vez cometido el delito pueden provenir ya sea del Derecho Penal sustantivo como del Derecho Procesal. El conjunto de estas disposiciones que regulan un aspecto definido dentro de la teoría de la coerción penal se orientan a determinar cuáles son sus manifestaciones posibles y más concretamente cuáles son las condiciones de cumplimiento de la consecuencia jurídica impuesta en la condena.

9. Cfr.: BUSTOS RAMIREZ, J., en: "Control Social..." págs. 87 y ss.

10. Cfr. ZAFFARONI, E.R., en: "Tratado de Derecho Penal. Parte General." Ediar, Bs. As, 1983, págs. 15 a 18.

Nos proponemos dejar de lado el análisis de la temática de la determinación legislativa y judicial de la pena en las oportunidades anteriores a su imposición, para centrarnos en alguna de las modalidades que puede adquirir su ejecución en nuestro ordenamiento legal.

3. LA EJECUCION PENAL

3.1 Naturaleza del Derecho ejecutivo penal

En un concepto restringido, por ejecución penal se entiende sólo el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad ya que ellas son las que presentan una problemática especial. En un sentido amplio en cambio, por ejecución penal debe considerarse el marco normativo que regula el cumplimiento de cualquier sanción.

Existen opiniones contradictorias en torno a la problemática de si al derecho ejecutivo penal, como suele denominársele debe incluirse en el ámbito del Derecho Procesal Penal. Fundamenta tal posición la idea de que éste suele contener reglas de procedimiento que determinan la forma de actuar de los diversos involucrados en las distintas etapas de un proceso penal y que la ejecución de las sanciones privativas de libertad constituyen un aspecto esencial de dicho proceso.

Otra posición en cambio, le asigna a este conjunto de normas un lugar autónomo junto al Derecho Penal y al Derecho Procesal.

Un sector de la doctrina pone el énfasis en que también hay que atender aspectos materiales en la imposición de la sanción que aconsejan su inclusión en el Derecho Penal sustantivo.

Puede indicarse que en torno a la ejecución penal, confluyen el Derecho Penal, el Derecho Procesal, el Derecho Penitenciario así como otras ciencias como la Sociología, la Criminología etc..

La ejecución penal ha sido objeto de estudios por las corrientes contemporáneas pero en general los Códigos han descuidado la consideración de los objetivos de la pena. A vía de ejemplo nuestro Código Penal nada dice. Es el Decreto-Ley Nº 14.470 el que vino a pronunciarse sobre los fines de la pena, recogiendo así las directivas de los Tratados Internacionales.

Por otra parte las normas que regulan diversos institutos de la ejecución penal se encuentran ubicadas en diversos cuerpos normativos, Código Penal o Código del Proceso Penal y leyes especiales.

A raíz de los desarrollos doctrinarios más recientes se destaca que a partir de la imposición de la condena surge una relación jurídica entre el penado y el Estado. En el marco de un Estado democrático esta relación impide que el sujeto quede sometido absolutamente a la decisión de la autoridad administrativa, marcándose la tendencia a la consideración de la ejecución de la condena como actividad jurisdiccional en cualquiera de sus manifestaciones.

En nuestro medio se ha sostenido que las normas que determinan las condiciones y los presupuestos de ejecutabilidad de las disposiciones contenidas en las providencias del Juez

penal y que designan los órganos a los que se encomienda el cuidado de promover la ejecución, así como las que regulan lo que respecta al contencioso ejecutivo, pertenecen al Derecho Procesal.

De esta manera otras disposiciones que inciden directamente en cuestiones sustantivas, tales como las relativas a la suspensión condicional de la condena prevista en el artículo 126 del Código Penal tendrían naturaleza sustantiva. En este sentido se ha indicado que a la jurisdicción compete no sólo ejecutar sino hacer ejecutar lo juzgado. Al amparo de esta concepción se señala que la función que la administración pueda cumplir es subordinada e instrumental ya que se ejerce bajo el control de quien ha dictado el mandato de condena ¹¹.

De estas consideraciones pueden inferirse conclusiones interesantes. En efecto, tratándose de actividad delegada, las resoluciones administrativas en el seno de la vida carcelaria podrían ser objeto de mecanismos impugnativos ante el Juez de la causa o de vigilancia de ejecución.

En el marco de estas concepciones suele destacarse también que los institutos de ejecución penal imponen al Estado obligaciones correlativas a los deberes de los penados, con mecanismos de control y cumplimiento adecuados por parte de aquellos que sufren la ejecución coactiva de la condena.

El entender el problema de la ejecución penal de una forma escindida del Derecho Penal o Procesal Penal, entregándolo enteramente a la autoridad administrativa ha traído como consecuencia que todo el sistema de garantías que arbitra el derecho penal liberal, así como los fines que se le asignan a la pena en un afán superador de una concepción meramente retributiva, pierda vigencia a partir del momento en que la sentencia de condena se concreta en su destinatario.

La superación de la separación de la ejecución penal respecto del Derecho Penal y respecto de la realidad social sólo puede lograrse cuando el tema de la aplicación concreta de la pena, en cualquiera de sus modalidades deje de verse como problema extraño a la realidad social y normativa.

Si como indicábamos antes existe una funcionalidad del derecho penal de la pena y de su ejecución, en relación a un sistema socioeconómico concreto ligando al delincuente a una forma de Estado concreta, dicha problemática debe ser tratada en forma integral en sus aspectos normativos, procesales y eventualmente penitenciarios. Todo ello junto al Derecho Penal, con un sistema de garantías coherentes con las premisas que fundamentan la imposición de la pena. Ello implica, en el nivel de ejecución de la condena que esta actividad recobre su protagonismo como mecanismo de concreción de los fines de la pena. En la medida en que la ejecución penal tiene carácter individual sólo pueden admitirse como fines de su aplicación, aquellos que se vinculan con el penado como fin en sí mismo, dejando de lado las funciones estatales de la pena.

El único fin de la pena admitido en nuestro ordenamiento constitucional es el de reinserción y resocialización, ampliado como principio en el sentido de que en el Estado

11. Opinión sustentada por el Dr. Jorge MARABOTTO en ocasión de su disertación en las Jornadas de Celebración del XX Aniversario del Instituto de Derecho Penal, el día 13 de junio del 2000, en la Sala Vaz Ferreira.

democrático sólo puede admitirse aquello que lo libere de sus propios condicionamientos personales y sociales¹². Ello obviamente excluye la manipulación a que puede conducir un uso indebido de los mecanismos de rehabilitación.

Sobre esta base deberán aplicarse e interpretarse las normas que regulan institutos penales de ejecución de la condena.

3.2 Principios rectores de la ejecución penal

En el marco de una organización estatal republicana de gobierno con un modelo de Estado organizado democráticamente, el poder de éste aparece autolimitado y orientado por las normas emanadas de los Tratados Internacionales y por los preceptos y principios constitucionales de rango superior.

Los principios contenidos en la constitución inciden y regulan el sistema de consecuencias jurídicas del delito. Esta es un herramienta importante contra la concepción estrictamente positivista que suele considerar solamente las normas de rango legal olvidando las directivas constitucionales.

Existen en torno a las penas algunos principios explícitos de carácter formal o sustancial y otros implícitos o que vienen a incorporarse al texto Constitucional por integración normativa (arts. 72 y 332 de la Constitución).

Sin ánimo de agotar la enumeración de principios explícitos se encuentra en el artículo 12 de la Carta la garantía formal de que la condena debe ser impuesta por sentencia o mandato judicial. También en el artículo 14 la Constitución brinda una directiva explícita al Estado al prohibir la pena de confiscación, o cuando el artículo 26 proscribiera la aplicación de la pena de muerte. Dicha disposición asimismo orienta el sistema en torno a la prevención especial y a las ideas de resocialización en cuanto a los únicos fines admisibles para la pena.

Dentro del elenco de principios que se obtienen por inferencia o explicitación del conjunto del sistema de garantías fundado en una concepción antropológica de hombre de base "jus naturalista", podemos señalar como de especial importancia en lo que refiere a la ejecución de las penas no solamente a las normas de rango Constitucional, sino también a los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país que obligan a la adecuación de nuestro derecho positivo interno. Puede sostenerse que aún antes de ser incorporados al orden interno por vía legislativa dichos principios por su naturaleza especial, vinculada a los derechos humanos ingresan con rango constitucional por vía de integración, en tanto desarrollos de la concepción del hombre sustentada constitucionalmente.

De la filosofía de nuestra Constitución y de los Tratados Internacionales surge, en primer término, el profundo e ilimitado respeto por la dignidad de la persona humana, como lo evidencian sus respectivos preámbulos.

12. Cfr.: HORMAZABAL MALAREE, H., en su trabajo: "Aspectos Ejecutivo Penales", publicado en "Prevención y Teoría de la Pena", Editorial Jurídica ConoSur Ltda., Santiago de Chile, 1995, págs. 151 a 153.

Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 10 de Diciembre de 1948, declara en su Preámbulo "... que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana".

También la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamentos los atributos de la persona humana.

En este mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su preámbulo que "...la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana..." Reconoce que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. Tal filosofía es afín y compatible con la que compone el techo ideológico de nuestra Constitución de modo que el ingreso de aquellos principios consagrados en los Pactos vienen a acompañar y reforzar la parte de derechos, deberes y garantías de nuestra Constitución nacional.

Otro principio de rango constitucional es el derecho a la libertad corporal¹³. De éste se desprenden algunas consecuencias importantes, como el principio de que en materia procesal debe asegurarse la libertad del imputado antes y durante la sustanciación del proceso penal, como consecuencia de su estado de inocencia por lo que nunca aparece legitimado el instituto de la prisión preventiva como adelanto de pena, función que lamentablemente suele cumplir en la práctica de nuestro sistema judicial¹⁴.

Si sumamos la garantía de este principio de libertad al principio material de que el Derecho Penal debe reservar su intervención a los casos en los que han fracasado otros medios, podemos concluir en que sólo podrá admitirse la privación de libertad cuando ella aparezca como el único mecanismo idóneo para el cumplimiento de los fines de la pena en tutela de los bienes jurídicos. El hecho de que tanto la Constitución como los tratados sobre Derechos Humanos consagren el derecho a la libertad y paralelamente, la posibilidad de su limitación, obliga a que desde la política criminal se diseñen normas que concilien un equilibrio entre la restricción de la libertad del imputado y su dignidad como persona.

En el área de la ejecución de las penas rige el principio de humanidad en su aplicación.

Cabe destacar que la aprobación por nuestro país de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes por Ley 15.798, ha venido a reforzar la garantía constitucional contenida en su artículo 26, ya explicitada en el Decreto-Ley N° 14.470 que contiene una definición acorde de los fines de la pena.

Asimismo dentro del concepto de tortura definido en el artículo 1° se comprende todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales entre otros fines cuando se trate de "castigarla por un acto que haya cometido". Tal definición tiene gran incidencia al momento de valorar los institutos de ejecución de condena penal en cualquiera de sus formas.

13. Artículos 9 apartado 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1° del Pacto de San José de Costa Rica y 7, 12, 15, 16, 17 de la Constitución Nacional.

14. Artículos 7.2 del Pacto de San José de Costa Rica, 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Constitución.

El acto de tortura se entiende cumplido siempre que se trate de funcionario público o persona en el ejercicio de funciones públicas. Pero la Convención no se limita a definir únicamente a la tortura, sino que también brinda un concepto de tratos o penas crueles en su artículo 16. Se comprende así a las severidades, las vejaciones y los apremios. Vejación es todo tratamiento humillante que afecta a la persona en su aspecto psíquico atentando contra su dignidad. Este concepto abarca, no sólo los malos tratos extremos, posiblemente verificables en el marco de la ejecución de una pena privativa de libertad, sino también otras formas de violencia derivada. Tales las consecuencias de los controles cumplidos durante el plazo de sometimiento del condenado a las obligaciones de vigilancia, dispuestos por el artículo 102 del Código Penal, especialmente cuando estos controles se ejercen en forma inadecuada acentuando el aspecto desocializador que en la práctica adquieren los mismos.

En cuanto a los fines de la pena puede concluirse que de los Pactos Internacionales surge consagrada la idea de prevención especial. Esta prevención no se concibe sino a través del concepto de resocialización, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la etapa anterior que consideraba al delincuente como un "anormal" predeterminado al delito.

Se subraya entonces la importancia de una ejecución penal basada en las ideas de tratamiento y del regimen progresivo de cumplimiento de la pena.

Los Pactos Internacionales establecen en forma unánime que la prevención especial de la pena consiste en la resocialización del condenado¹⁵. La filosofía de estas normas coincide plenamente con la del texto constitucional en su art. 26, pues éste es el único fin admisible en nuestro sistema.

Otro principio que suele señalarse es el de personalidad de la pena, esto es, que la pena tiene carácter exclusivamente personal, por lo que al momento de individualizarse la forma de su cumplimiento deberá tutelarse esta garantía buscando los mecanismos que restrinjan la lesividad de la pena respecto de los terceros vinculados al penado. Así el artículo 5 apartado 3° del Pacto de San José de Costa Rica indica que "...la pena no puede trascender de la persona del delincuente...". En nuestro sistema dicho principio es inherente a la forma republicana de gobierno.

Como principios limitadores de la coerción penal, la proyección del de legalidad señala que no puede admitirse que a través de su ejecución la condena se transforme en pena indeterminada. También el principio de racionalidad debe orientar la duración de la ejecución penal por el principio de proporcionalidad.

De esta manera pueden extraerse conclusiones respecto de la no admisibilidad de perpetuidad referida a cualquier medida de coerción penal, tales como las medidas curativas a las que podrían aplicársele por analogía las reglas de prescripción basadas en la proporcionalidad y razonabilidad para la determinación de la intervención estatal.

Así también surge claramente el rechazo del instituto de la "reincidencia perpetua" entendida como una característica que abarque toda la vida del sujeto¹⁶.

15. Artículos 5 apartado 6° y 10 apartado 3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

16. Al respecto véase el artículo 48 del Código Penal.

En definitiva, toda pérdida o restricción de derechos proveniente de la consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable durante toda la vida del sujeto. Tampoco se admite que se le aplique a una persona una condena de manera de crearle una “capitis diminutio” a perpetuidad. Ello negaría la oportunidad de reinserción social, lo que colide con la garantía constitucional antes mencionada ¹⁷.

Al conjunto de reglas señaladas cabe agregar el conjunto de “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos” aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957 cuyos trabajos se remontan a fechas anteriores ¹⁸. Ellas delinear el conjunto del mínimo de condiciones aceptadas por Naciones Unidas para la reclusión carcelaria, ya sean edilicias, sanitarias, etc. También en esta orientación el Conjunto de “Principios de Ética Médica, aplicables a la función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes” ¹⁹.

Deseamos mencionar especialmente el conjunto de “Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la elaboración de Medidas No privativas de Libertad- Reglas de Tokyo. Las mismas se vinculan directamente con las formas de cumplimiento de la condena y de las alternativas a la condena privativa de libertad. Fueron elaboradas por el Instituto para la Prevención del Crimen y Tratamiento de Delincuentes en Asia y Extremo Oriente ²⁰.

La terminología utilizada ha seguido la costumbre de no concebir a la pena privativa de libertad como la más importante, recogiendo de tal forma la orientación hoy dominante. Por ello no se habla de medidas “sustitutivas”. No constituyen un modelo detallado, sino que indican las reglas mínimas que deben respetarse cuando se aplican medidas no privativas de libertad. Aportan los principios y la práctica generalmente considerada como la más valiosa en ese tema. Se impone por lo tanto la elaboración de reglas más detalladas que respondan en particular a la situación regional o nacional.

En lo pertinente estas reglas señalan que sería necesario condenar a los delincuentes a medidas no privativas de libertad, con preferencia a las de encarcelamiento, cada vez que ello sea posible. En la sección relativa a la etapa posterior a la condena se arbitran medios para reducir la duración de la prisión, y las medidas de tratamiento que podrán reemplazar a la pena privativa de libertad.

Asimismo se preven las reglas relativas a la ejecución de medidas no privativas de libertad, vinculadas a vigilancia, tratamiento e incumplimiento de las condiciones de la misma.

Dentro de sus objetivos se indica que están destinadas a promover la participación de la colectividad en la justicia penal y más particularmente el tratamiento de los delincuentes. También se procura fomentar el sentido de responsabilidad de éstos hacia la sociedad.

17. Cfr.: ZAFFARONI, E. R., en: Op. Cit., pág. 116.

18. Adoptadas por Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

19. Adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 18 de Diciembre de 1982, Res. 37.

20. Adoptadas por Resolución 45/110 de fecha 14 de Diciembre de 1990 de la Asamblea General de Naciones Unidas, bajo la denominación de “Reglas de Tokyo”.

Se establece que los Estados miembros se esforzarán para elaborar medidas no privativas de libertad, para reducir el recurso a la encarcelación y para racionalizar las políticas de justicia penal, en vistas al respeto de los derechos humanos, a las exigencias de justicia social y a los deseos de reinserción de los delincuentes. Su campo de aplicación se extiende a todas las etapas del proceso penal.

La idea principal respecto de la ejecución de la condena es el asegurar una flexibilidad tal que permita tomar en consideración la naturaleza y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la propiedad, evitando el recurso inútil a la encarcelación.

Se consagra explícitamente que las medidas privativas de libertad en cualquier etapa del proceso deberán aplicarse de acuerdo al principio de intervención mínima, dentro del marco de esfuerzos de despenalización y de discriminalización.

Dentro del elenco de garantías jurídicas entre otras, se reclama que la imposición de medidas no privativas de libertad cuente con el control de autoridad jurisdiccional o independiente, que exista consentimiento del sujeto a quien se aplicarán, así como que las mismas no pueden extender la intervención y restricción de los derechos del delincuente más allá de la autorización de la autoridad competente al dictado de la decisión original.

Respecto del fundamento de la adopción de dichas medidas se indica que debe considerarse el deseo de reinserción del delincuente, la protección a la sociedad y los intereses de la víctima.

El elenco que se detalla comprende sanciones que van desde la simple amonestación, a penas privativas de derechos, penas económicas y pecuniarias, formas de indemnización a la víctima, "probation", suspensión de la pena, trabajos comunitarios, reclusión domiciliaria y una cláusula abierta que permite toda otra forma de tratamiento en libertad, así como combinación de las medidas especificadas. Se trata de evitar un encarecelamiento prolongado y ayudar a la reinserción rápida. En esta gama de medidas se ubican: permiso de salida y ubicación en un lugar de reinserción, liberación para trabajar o estudiar, liberación condicional en diversas fórmulas, remisión y gracia.

Nos parece de excepcional importancia el hecho de que se consagre que las medidas no privativas de libertad pueden cesar cuando el delincuente responde favorablemente a ellas. Ello constituye una explicitación del principio de mínima intervención y consagra la idea de que la sanción sólo aparece legitimada en su aplicación a partir de los fines que orientan su efectiva imposición²¹.

De más está indicar que lamentablemente, las tendencias legislativas de los últimos tiempos se orientan en el sentido inverso a lo establecido por estas Reglas, propugnándose soluciones que limitan las posibilidades de excarcelación de los procesados, así como medidas limitativas para la concesión de la gracia. Ello sumado al deterioro del sistema carcelario y la aplicación burocrática y automática de las normas vigentes en materia de ejecución

21. Cfr.: LANDEIRA, R. y SCAPUSIO, B., en: "Sistema Penal. Revisión y Alternativas", donde puede encontrarse la evolución y síntesis de la normativa indicada, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1997, págs. 107 a 129.

penal. Estas prácticas plasman el “no deber ser” de la realidad y su contradicción con los principios directrices indicados precedentemente ²².

De la fusión armónica entre el sistema de principios y garantías de base constitucional elaborados por la cultura de la humanidad y consagrados en los Pactos Internacionales y de las elaboraciones en torno a los fines de la pena, se extraen las directivas interpretativas y de aplicación de los institutos de la ejecución penal. Su aplicación concreta dependerá, en definitiva, de los esfuerzos de los legisladores y de los operadores del sistema penal.

Podemos concluir asimismo que, en función del principio político criminal de que el Derecho Penal es el último recurso, deberá abrirse el elenco de alternativas a la pena privativa de libertad, para el cumplimiento de aquellos fines que el sistema proclama.

Entendemos que la idea de necesidad de pena o necesidad de la ejecución de la misma se debe orientar en todo caso, por el fin de rehabilitación. Este último puede llegar a constituir a la vez su límite a través de la búsqueda de la solución menos lesiva para el caso concreto.

4. LAS PENAS EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

Sintéticamente podemos indicar cuál es el régimen de penas consagrado en nuestro sistema. El Código Penal distingue las penas en privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de determinados derechos y pecuniarias.

Dentro del elenco de penas la más utilizada es la que priva de la libertad ambulatoria. La penas de prisión y penitenciaría se individualizan dentro de los límites mínimos y máximos, tal como lo prevé el artículo 68 del Código Penal. El sistema vigente suprimió pues, las penas indeterminadas previstas en el régimen de 1889.

Las penas restrictivas de la libertad no privan al sujeto de su libertad ambulatoria, sino que la restringen en lo que respecta al ingreso, permanencia y traslado dentro del país. La pena de destierro, que era la única pena restrictiva de la libertad estaba prevista por el artículo 74 para delitos políticos de rebelión y sedición, fue derogada por la Ley 14.068.

Dentro de las penas privativas de determinados derechos se incluye la inhabilitación prevista en los artículos 75 y 76 del Código, consagrándose la inhabilitación especial profesional en el artículo 77.

La pena de inhabilitación supone una interdicción, un decaimiento absoluto de la titularidad para ejercer determinados derechos políticos o conservar u obtener determinadas situaciones jurídicas y puede ser especial o absoluta.

En cambio, la suspensión consiste en la interrupción temporal de la capacidad de ejercicio de un cargo público durante la condena con límites que oscilan entre seis meses y dos años.

22. A vía de ejemplo la recientemente aprobada Ley de Urgencia y otras iniciativas legislativas a consideración del Parlamento a la fecha.

Se prevé también la imposición de penas pecuniarias que afectan el patrimonio. Entre ellas se consagra la de multa. Esta pena, que en su origen preveía que el monto beneficiaba a la víctima, se sirve hoy al Estado. El monto debe individualizarse por el Juez en la sentencia. La ley establece sus mínimos y máximos, previéndose el otorgar plazos para el pago. En caso de imposibilidad de pago se prevé su conversión a pena de prisión en el artículo 84, rigiendo el sistema de los días multa desde la entrada en vigencia de la Ley N° 15.903.

Existe también la posibilidad de operar la conversión de pena de prisión a pena de multa según lo prevé el apartado final del art. 86, cuando concurrieren circunstancias atenuantes excepcionales, siendo esta potestad concedida al Juez. Es de destacar que no conocemos ningún caso en que se haya hecho uso de esta facultad. El texto de la ley no es claro respecto de los posibles supuestos.

Mientras el artículo 66 del Código Penal establece que en la imposición de toda pena deberá descontarse el tiempo de detención efectiva sufrida por el procesado hasta la sentencia ejecutoriada los artículos 320 y 321 del Código del Proceso Penal recogen desde la normativa procesal idéntico criterio material.

Las penas principales son consecuencia de la violación al tipo penal, mientras las accesorias dependen de la imposición de la principal y por ello son su colofón jurídico no requiriendo ser impuestas explícitamente en la sentencia de condena. Siguen a las principales por imperio legal como efectos propios de las mismas. La accesoriedad se sigue ya sea respecto de las penas de penitenciaría como las de prisión. Mientras el artículo 81 preceptúa las penas accesorias a la penitenciaría, las penas accesorias a la de la prisión están establecidas en el artículo 82 del Código Penal.

La doctrina suele mencionar a las denominadas penas “paralelas” como ocurre en caso de los delitos de difamación o de injuria previstos en los artículos 333 y 334 del Código Penal, que se castigan con prisión o multa, casos en los que la elección corresponde al Juez.

También existen hipótesis de penas conjuntas cuando se castiga con dos tipos de sanciones: la privativa de libertad y la de inhabilitación o suspensión. Tal el caso de los delitos tipificados en la Ley N° 17.060, que prevén penas de multa, inhabilitación y prisión²³.

En nuestro derecho se admite que la pena sea relativamente determinada o indeterminada, según que facultades se otorguen al Juez en la apreciación, para la cuantificación y calidad de la pena:

Existen penas excluidas por vigencia de los principios generales que ya mencionamos, tales como la pena de muerte y la reclusión perpetua. También se excluyen los azotes, la picota, es decir aquellas que suelen definirse como penas infamantes. Asimismo son inadmisibles las denominadas penas aflictivas que se orientan a la causación de un dolor.

La vigilancia de autoridad es un modo de cumplimiento de la condena que surgió originalmente como una pena autónoma en el sistema francés. Las obligaciones que el instituto implica comprenden: a) no variar de domicilio sin conocimiento de la autoridad; b) Cumplir

23. Cfr. CAIROLI, M., en: “Curso de Derecho Penal Uruguayo”, T.II, F.C.U., Montevideo, 1993, pág. 138.

con reglas de inspección prefijadas por aquella; c) adoptar oficio, arte, industria o profesión si no tuviese medios propios y conocidos de subsistencia.

Respecto del cumplimiento de las penas que impliquen privación de libertad el marco normativo está dado por el Decreto-Ley N° 14.470 que en su artículo 7 prohíbe los tratos crueles inhumanos o degradantes, reiterando la fórmula constitucional de los artículos 1° y 26.

Por su parte los artículos 97, 98 y 100 del Código Penal concretan las disposiciones que orientan el cumplimiento de las medidas de seguridad, especificando a quien corresponde su ejecución. Sin embargo, no comprende a las medidas eliminativas que indica que se cumplirán en las cárceles bajo el régimen del artículo 70. Sin embargo, históricamente siempre se cumplieron y se cumplen en idéntico régimen que la pena.

En definitiva, cabe agregar que la distinción entre pena de penitenciaría y pena de prisión es histórica, no existiendo actualmente diferencias materiales en su ejecución sino diferente grado de aflicción al mismo bien jurídico ²⁴.

5. FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

5.1 Los sistemas

En derecho comparado diversos han sido los denominados sistemas de cumplimiento de las penas privativas de libertad señalándose algunos principales:

1) Sistema celular, filadélfico o pensilvánico. Se aplicó por primera vez en Filadelfia en 1829, bajo la idea de que la mejor forma de disciplinar y lograr la redención del sujeto era mediante el total aislamiento del mismo en una celda solitaria.

2) Sistema de Auburn. Iniciado por Elam Lynds en 1823 en la prisión de aquel nombre. Es variación del anterior en cuanto mantiene el silencio total, pero combinado con el aislamiento celular de noche y trabajo durante el día.

3) Sistema progresivo. Fue Crofton en Irlanda quien ideó un sistema que puso el acento en el deseo de libertad del sujeto. La libertad condicional constituye el último grado de este régimen. Prevé diversos períodos. Una primera etapa en la que mediante un sistema celular se procedía a la clasificación del sujeto. Posteriormente se estructuraba la vida en común de los reclusos. Más adelante el sujeto gozaba de libertades con salidas bajo palabra y por último, se culmina con la libertad condicional.

El principio de tratamiento y de graduación en la pena recogido por nuestro codificador reconoce su origen en los viejos Códigos Suizo y Aleman de 1918 y 1925.

Actualmente es dable observar que coexisten en el mundo sistemas de máxima seguridad con otros de prisión abierta que implican trabajo durante el día e internamiento de noche y los fines de semana.

24. Cfr. ZAFFARONI, E.R., en: Op. Cit. pág. 124.

Respecto del alcance del sistema del Código Penal consagrado en los artículos 70 y 71, resulta ilustrativa la lectura de las notas del Codificador, quien tuvo in mente un sistema progresivo en el que la pena de penitenciaría se veía como pena preventiva y de intimidación y sólo esporádicamente reformadora.

Nuestro régimen actual establecido por el Decreto-Ley N° 14.470, prevé un sistema progresivo propugnando el tratamiento individualizado de cada recluso, al separarlo por categorías. Se establece un régimen de reclasificación periódica para contemplar las necesidades de tratamiento. Se prevé la posibilidad de trabajo, remuneración y distribución del salario. Asimismo, preceptúa un régimen gradado de sanciones, consagrando disposiciones de tutela para la dignidad del recluso, en el momento de su liberación. Se prevé asimismo la capacitación del personal asignado a las cárceles.

También este Decreto-Ley estableció un régimen de salidas transitorias que actualmente fue semi-jurisdiccionalizado a partir de las Leyes N° 16.707 y su modificativa, N° 16.928.

En todo caso un régimen progresivo reclamaría siempre de una etapa de libertad o prueba como parte de su reintegración. Tal etapa en nuestro derecho no puede cumplirse en todos los casos, pues no siempre se otorga a los penados el beneficio de la libertad anticipada. Ello separa el régimen que rige en la práctica, de uno que efectivamente tutele la progresividad efectiva en la etapa de ejecución.

Existen en cuanto al cumplimiento de la pena o privación de libertad, normas específicas respecto del cumplimiento de la condena y su exoneración para el caso en que se trata de mujer embarazada o madre de menor según las circunstancias o sobrevenga enfermedad grave física o psíquica que ponga en peligro su vida o agrave el mal, tal como lo preceptúa el artículo 326 del Código del Proceso Penal. Sin embargo en la realidad carcelaria de nuestro país se verifica la situación inversa, pues a vía de ejemplo, en la Cárcel de Mujeres, los niños pequeños pasan a residir con sus madres dentro del Establecimiento carcelario.

De lo antedicho, surge que lamentablemente la normativa vigente cuya filosofía se encuentra de la mano de los principios garantistas, nunca ha sido la realidad aplicada en los establecimientos carcelarios.

6. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD ELIMINATIVAS

Su denominación no altera su naturaleza material verdadera, esto es, constituyen penas indeterminadas cuyo régimen de ejecución no presenta diferencia con las otras penas privativas de libertad. En efecto, las medidas de seguridad eliminativas se cumplen en las mismas condiciones que la pena, mientras que sus mecanismos de subrogación y cesación se emparentan con el instituto de la libertad anticipada, separándose solamente en cuanto al régimen de prescripción, puesto que nuestro Codificador estableció expresamente que estas medidas no prescriben.

Fueron previstas dentro del elenco de medidas por el Codificador de 1934 y posteriormente eliminadas por el artículo 19 de la Ley N° 15.737 del 8 de marzo de 1985. Finalmente la Ley N° 16.349 del 10 de abril de 1993 las reinstauró declarándolas nuevamente en vigor, cobrando vigencia el artículo 92 del Código Penal.

Cabe acotar que el tenor de la redacción del artículo 92, dado por la Ley N° 16.349 es una consagración de analogía “in malam partem” al utilizar el giro “...y demás circunstancias afines”. Ello vulnera el principio de legalidad, de consagración legal y constitucional, por lo cual debe descartarse tal criterio para la valoración que debe realizar el Juez conforme al texto que nos ocupa.

El propio Codificador en sus notas al primigenio artículo 92 admite la falta de lógica del régimen señalando que, en su opinión, “son todas medidas, tanto las penas como las medidas eliminativas”. Indica Irureta que conforme a la concepción que subyace a la solución que eligió para el texto del Código, ambas se fundamentan en la defensa social.

Como antecedentes inmediatos del texto aludido indica que puede recurrirse a los Códigos Penales Italiano, el Suizo y el Alemán vigentes a la época de sanción de nuestro Código Penal.

En nuestra opinión las medidas de seguridad eliminativas consisten en **una pena indeterminada**, que obedece a un mayor contenido de injusto del hecho y de la que podría prescindirse por una causa que la excluye o la cancela ²⁵.

La imposición de dichas medidas incide en la tramitación de la libertad anticipada regulada por el artículo 328 del Código del Proceso Penal en la redacción actual dada por Ley 16.349, en lo pertinente. En efecto, se prevé que de aplicarse este tipo de medidas el recluso sólo queda habilitado para promover la libertad anticipada una vez cumplidos los dos tercios de la condena efectivamente cumplida. Se establece asimismo que la Suprema Corte de Justicia “podrá” en el mismo acto **reexaminar el juicio de peligrosidad** y, en su caso disponer el cese de la medida de seguridad eliminativa que se hubiera impuesto.

La tesis que defiende su naturaleza jurídica de medida, se asienta en que ella se funda en la peligrosidad del condenado. Sin embargo, en el caso de nuestra legislación que reconoce como presupuestos habilitantes de su imposición a la habitualidad y forma de ejecución del delito, así como a los móviles del hecho, puede apreciarse que la fundamentación es similar a la utilizada para la determinación de la pena según los parámetros del artículo 86 del Código Penal.

Concluimos que se trata de una cuestión terminológica, una “estafa de etiquetas”, que encubre la imposición de pena indeterminada. Obviamente una pena de tal naturaleza peca de inconstitucional por violar el alcance del principio de legalidad. Conforme al mismo la pena debe estar establecida en sus guarismos mínimos y máximos por la ley con anterioridad a la comisión de la conducta delictiva. De lo contrario, la norma no puede cumplir la función motivadora a la que está llamada en un Estado democrático.

Cabe preguntarse además si una condena adicional así impuesta con base en un mismo hecho y por consideraciones posteriores no vulnera el principio del “ne bis in idem” ²⁶.

25. El derecho comparado brinda ejemplos respecto de la reducción del ámbito de aplicación del régimen de medidas previendo en la legislación límites máximos para su imposición.

26. Tales apreciaciones se aplican asimismo para los casos de valoración del instituto de la reincidencia vinculado a la aplicación de estas medidas en nuestro sistema legal.

Desde una perspectiva político-criminal, vale acotar que la insistencia en el uso de un mismo medio correctivo o resocializador debe reconocer un límite, pues de lo contrario la prolongación de los mismos medios de coerción lleva indirectamente a la aceptación de la prisión perpetua.

Como trasfondo de la solución que acepta la imposición de dichas medidas, se parte “a priori” de la idea de que existen sujetos que no pueden ser reincorporados con utilidad para la sociedad ²⁷.

Todo sistema de medidas basado en el fundamento de la peligrosidad presupone la existencia de sujetos calificados como inútiles al sistema. Por ello están llamadas a cumplir una función ejemplarizante para el resto de la población. Sin embargo, el hecho que fundamenta la imposición de la medida o la pena es el mismo en ambos casos. Para obviar esta identidad y fundamentar la imposición de medidas “en vez de” o “además de” pena, se vuelve necesario distinguir entre sujetos normales y anormales, peligrosos y no peligrosos. El “diferente” es equiparado al loco a través de la imposición de medidas.

La respuesta penal es sin embargo igual en calidad, tanto para las penas como para las medidas eliminativas. No hay diferencia material por la forma de su ejecución, por lo que carece de sustento el afirmar que ambas respuestas sean diferentes en cuanto a su naturaleza. Si se ejecutan de igual forma, debe sostenerse la identidad de su naturaleza. A esto se denomina igualdad cualitativa o ejecutiva entre penas y medidas eliminativas ²⁸.

Su reimplantación en nuestra opinión, constituye un retroceso para los principios democráticos a la vez que demuestra la raigambre profundamente represiva de nuestras políticas criminales.

Si la pena privativa de libertad no resocializa en las condiciones en que se aplica, debe acudir a alternativas cualitativamente diversas. Sin embargo, en nuestro derecho se ha recurrido al aumento cuantitativo de la respuesta penal en cuanto afección de la libertad ambulatoria. A pesar de que el aumento de represión a través de la privación de libertad no ha demostrado eficacia alguna en cuanto a la reducción de la criminalidad, nuestra legislación ha incorporado nuevos supuestos de aplicación de dicha respuesta, a la par que se han incrementado los montos punitivos.

7. LAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACION DE LIBERTAD CLASICA

Las penas privativas de libertad surgen en el marco relativamente moderno de elaboración del Derecho Penal. Históricamente su origen se remonta al Siglo XVI, generalizándose cuando los Estados pretendieron sumar al castigo los efectos utilitarios del trabajo.

27. Tal lo señalado al tratar brevemente la evolución de la pena: a los sujetos que incurrieran en conductas delictivas se los reincorporaba al modelo sociopolítico productivo, a partir de las penas de trabajos forzados. Ello se cumplía con el trabajo en galeras o sometidos a penas de deportación, etc. Es decir que a través de la pena devenían útiles de una manera diversa, aunque igualmente funcional a la defensa del modelo Estatal.

28. Cfr.: ZAFFARONI, E.R., en: Op. Cit., pág. 457 y ss.

Sin embargo hoy suele hablarse de la “crisis de la pena privativa de libertad”. Entre las causas de la misma se encuentra la marcada dosis de violencia y destrucción que su aplicación conlleva y su ineficacia para el logro de los fines propuestos. Es un hecho constatable que la privación de libertad consigue justamente el objetivo contrario al que proclama, por lo cual se constituye en factor criminógeno por sí misma. Se señala además la selectividad con que opera, cuestión fácilmente constatable con el análisis de la composición y origen social de las poblaciones carcelarias.

La privación de libertad ha sido ampliamente cuestionada en su existencia misma, señalándose su carencia de utilidad y su alto costo económico y social. Se ha afirmado así que la cárcel no es la respuesta adecuada frente al fenómeno delictivo y que la superpoblación carcelaria es causa de una crisis de capacidad de la ejecución penal, por lo cual la pena privativa de libertad tiene efectos negativos.

En síntesis, se puede concluir que es escasamente eficaz, desocializante y en definitiva criminógena, considerándose a un castigo inútil, contraproducente con respecto a la finalidad reeducativa y de costo desproporcionado en comparación con el resultado que brinda.

A pesar de estar sometida a fuertes críticas constituye igualmente la medida por excelencia especialmente en los países de nuestra área.

Las primeras en ser criticadas fueron las penas cortas de prisión. Así, ya en el Primer Congreso Penitenciario Internacional de Londres de 1872 se había destacado su inutilidad. La oposición frontal a la pena corta privativa de libertad surgió con Von Listz en 1882. Algunos autores hoy la siguen defendiendo como pena de “shock” para determinado tipo de delitos, tales como la denominada criminalidad de cuello blanco o económica.

A partir de un punto de consenso en torno a la finalidad resocializante de la pena, desde los postulados de humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria, se desarrolló un sistema hacia la nueva penología que tuvo por efecto abrir los límites clásicos del confinamiento. Reconocen entonces consagración de institutos tales con las salidas de trabajo, familiares, etc..

En su desarrollo más amplio, las corrientes críticas de la pena de prisión, propugnan la completa sustitución de la privación de libertad por otras medidas alternativas.

Se argumenta en tal sentido que desde el punto de vista de la función disuasoria de la pena, existen otros bienes jurídicos diversos de la libertad ambulatoria que el sujeto valora igualmente y cuya afectación no resulta tan gravosa para la sociedad o para el sujeto mismo, alcanzando efectos de prevención especial y general en igual medida. Además la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad implica una posibilidad concreta de individualizar la sanción atendiendo a las circunstancias personales del delincuente. Se señala que cumplen más eficazmente una función readaptadora, a la par que implican menores costos en relación al encarcelamiento.

Ante las dificultades para sustituir absolutamente las penas privativas de libertad, se transforma en eje de la discusión el posible reemplazo de las penas cortas privativas de libertad.

Hoy existe respaldo doctrinal y legal en algunos países, acerca de que las medidas alternativas pueden sustituir penas de corta y media duración. Mientras que en sus orígenes, las primeras alternativas a la prisión cerrada fueron planteadas para corregir los defectos observados en la cárcel. Estos nuevos criterios se caracterizan por una privación de libertad de distinta naturaleza que la prisión.

Así por ejemplo, en Alemania se adoptó en el § 38.2 StGB una solución que suprime la pena de prisión de hasta un mes de duración. Las penas inferiores a seis meses se aplican únicamente cuando particulares circunstancias respecto del hecho o de la personalidad del culpable la hagan necesaria por sus efectos sobre el autor o para la defensa del ordenamiento, sustituyéndose normalmente por pena de multa. A este tipo de disposiciones se les denomina cláusulas de "última ratio".

En el mismo sentido el Código Penal Italiano en su artículo 43.1 permite que las penas inferiores a seis meses de prisión sean normalmente sustituidas por otras medidas. En el Código español se prevé la sustitución de las penas inferiores a dos años en su artículo 82.1.

Entre las posibles alternativas en derecho comparado se han delineado las siguientes:

* Como innovaciones intrainstitucionales:

a) **La prisión abierta** que se sustenta en la ausencia de elementos de sujeción, de obstáculos físicos contra la evasión y la confianza en la autorresponsabilidad del interno. Su existencia se remonta al régimen "All aperto", recogido en el Código penal italiano de 1889. Esta modalidad se consagró en la penología contemporánea tras los Congresos de La Haya de 1950 y de Ginebra de 1955. Fue ratificada en Europa en 1973 por el Consejo de Europa, llegándose a cumplir las condenas bajo este sistema en los países nórdicos.

b) **Establecimientos de terapia social**, en los que los reclusos reciben tratamiento médico, psiquiátrico, psicológico y pedagógico, si presentan una alteración de personalidad que les impide lograr su resocialización. Se trata de sujetos que no son alienados sino generalmente limítrofes o psicopáticos. El sistema ha sido diseñado para multirreincidentes peligrosos no susceptibles de tratamiento en cárceles tradicionales. Se trata de establecimientos pequeños de no más de sesenta plazas. El tipo de terapia social engloba variedad de tratamientos orientados a facilitar contactos con el mundo exterior y de terapia ocupacional. Ejemplo de estos establecimientos se pueden encontrar en Dinamarca, en Austria, Holanda y Alemania.

* Como alternativas superadoras de la privación de libertad clásica, pueden encontrarse variadas sanciones, desde las puramente superadoras de los condicionamientos de la institución carcelaria hasta las auténticamente sustitutivas de la prisión. Algunas de ella sólo reconocen formas experimentales.

a) **El arresto de fin de semana**, por el cual se fracciona el cumplimiento de la pena al encausado de manera que no implique menoscabo de sus condiciones de trabajo o familiares. Se encuentra previsto en algunas legislaciones europeas. En nuestro derecho medidas similares se aplican judicialmente en sustitución de la prisión preventiva, no estando previstas como forma de sustitución de la condena privativa de libertad.

b) **La semidetención y la semilibertad** son dos institutos paralelos e implican conjugar la permencia de un número de horas al día en el centro de detención, con la posibilidad de dedicación al trabajo o tareas de readaptación social. La semilibertad supone el paso de detención previo desde el régimen de encierro hacia la libertad y la semilibertad constituye la fase final de preparación del detenido para su vida en sociedad.

En nuestro sistema se aplica un sistema similar cuando las salidas transitorias que se conceden al condenado le permiten desplegar actividad laboral regular fuera de la cárcel. En la práctica tal beneficio sólo se otorga en un escaso número de casos. Como inconveniente a estos sistemas, se señala que no evitan las consecuencias negativas del contacto carcelario. Por ello se sugiere que las personas sometidas a este régimen estén separados del resto de los reclusos. La semidetención opera como la alternativa a las penas cortas y medias de prisión, por oposición a la semilibertad que se concibe para penas de duración más prolongada ²⁹.

c) **El trabajo como prestación a la comunidad** constituye una modalidad de sanción que puede imponerse con autonomía o en el marco de otras medidas de internamiento parcial. Consiste en la imposición de diversos trabajos de interés general o en provecho de la comunidad, durante períodos de tiempo determinados previamente, bajo el control de una instancia judicial. Desde el punto de vista de su función, cumple las de resocialización y desde un punto de vista simbólico, puede decirse que también tienen carácter reparatorio hacia la comunidad. Se halla ampliamente difundida como modalidad en Europa y Estados Unidos. En nuestro medio existen antecedentes en el marco de medidas sustitutivas de la prisión preventiva con coordinación de instituciones estatales u Organizaciones No Gubernamentales ³⁰. Algunas críticas se orientan a la distorsión que la mano de obra no remunerada puede ejercer en sociedades con grandes índices de desempleo.

d) **La “Diversión”** surgió en Estados Unidos en la década de 1970 con el propósito de no someter a un sujeto a la justicia penal. Estos institutos permiten al imputado lograr el sobreseimiento al proceso con la condición de tomar a su cargo determinadas tareas de carácter resocializador. Generalmente se impone esta modalidad en el marco de los ordenamientos que aceptan alguna forma de acuerdo entre el Ministerio Público y el encausado. Se prevé la aplicación al encausado de ciertas obligaciones que de ser cumplidas hacen que el Ministerio Público no deduzca acusación y se verifican al amparo del principio de oportunidad en los países en que aparece reglado.

e) **Los mecanismos de renuncia a la pena**, consisten en facultades extraordinarias que se otorgan al Juez de la causa en orden a la individualización de las consecuencias jurídicas del hecho delictivo. Así, constatada la culpabilidad e impuesta la pena el Juez está facultado para perdonar al acusado, en los casos en que se trata, por ejemplo, de un menor relativo. Otros institutos reconocidos en derecho comparado son el descargo, absoluto o condicional, por el cual el Tribunal no pronuncia la sentencia condenatoria una vez que el inculcado admite su culpabilidad. Tales dispensas se prevén para penas leves de alrededor de seis me-

29. En países como Suiza se aplica para la ejecución de penas cortas, menores de tres meses (art. 397 bis del CP).

30. Tal el caso del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados y las Organizaciones No Gubernamentales “Vida Nueva” y “Asumir”, las que manejan tales criterios bajo estricto control judicial.

ses. Algunas veces se condiciona la misma al cumplimiento de las reparaciones civiles o se aplican en casos en que la afflictividad que surge del mismo hecho vuelve innecesaria la condena. Estas previsiones se vinculan también a principios de oportunidad. Otra modalidad de renuncia a la pena la constituye la **amonestación con reserva de pena**, que procede para algunos casos de penas leves especialmente de multa. Se declara la culpabilidad y se establece la condena a recaer pero ésta no se ejecutará cuando el condenado cumpla con una buena conducta.

e) **La binding over** consiste en depositar una cantidad de dinero que avale la obligación de un comportamiento correcto durante un tiempo determinado. De vulnerarse la obligación el encausado recibe la sentencia y pierde la suma de dinero entregada como aval.

f) **La consagración de penas que antes estaban previstas como penas accesorias** y que en diversas legislaciones europeas se ha elevado a rango de pena principal. Se prevén entonces como penas principales la inhabilitación para conducir, la inmovilización temporal de vehículos o determinadas inhabilitaciones para ejercer ciertas actividades. También en algunos casos se admite la confiscación de ciertos bienes cuya tenencia no es per se delictiva, tales como cheques, armas, instrumentos para alguna profesión determinada.

g) **Las penas pecuniarias** se han impuesto en los ordenamientos de los países desarrollados como sustituto idóneo de las penas cortas privativas de libertad, ya sea como multa global o sistema de días-multa. Se prevé que la misma pueda ser graduada a la situación económica concreta de cada inculpaado. Esta determinación de la multa responde en primer término a la entidad del injusto ajustándose además en función de las posibilidades económicas del sujeto, determinando una cuota ficta diaria de pago³¹.

Como alternativas clásicas o impropias a la privación de libertad se distingue:

a) **La suspensión condicional de la condena** o sus variantes según el sistema, a saber: probation o condena condicional, de entre las cuales nuestra regulación legal constituye un sistema ligeramente diferente conforme analizaremos infra.

b) **La libertad preparatoria o bajo protesta**, se otorga a los sentenciados que hubiesen cumplido una parte de la pena privativa de libertad cuando hayan observado buena conducta y cumplan determinadas condiciones que permitan al Juez inferir que no reincidirá. De no verificarse dicha hipótesis se revoca el beneficio y queda convertida en privación de libertad. Suele acompañarse de diversas obligaciones accesorias como la de fijar residencia. En nuestro sistema se le denomina "libertad anticipada" o "libertad condicional", según los casos.

La denominada "**Parole**" es una variante de la anterior pero para su concesión no se reclama que se haya cumplido un lapso determinado, sino que se concede en cualquier momento de la condena. Se traduce como tratamiento en libertad bajo palabra ya que generalmente se le adiciona el seguimiento por técnicos especializados. Su denominación proviene del francés "palabra" vinculada al honor. No se la concibe como un premio por buen comportamiento, sino solamente como una etapa intermedia entre el encierro y la libertad plena.

31. En torno a este tema hemos efectuado una síntesis del panorama expuesto por GARCIA VALDES, C, en: "Alternativas legales a la privación de libertad clásica", en: Op. Cit.: "Prevención y..." págs. 189 a 209.

* Como alternativa propia corresponde destacar a la “**Probation**”, de escasa difusión en el Derecho Penal de influencia hispánica. Este instituto consiste en la suspensión del pronunciamiento de la condena o su ejecución, quedando el sujeto sometido a vigilancia y tratamiento igual que en la libertad bajo palabra. Dos son las diferencias que separan al instituto que nos ocupa de la condena condicional. La primera es que en éste no se llega a pronunciar la sentencia, sino que su dictado se suspende condicionalmente, quedando la causa en receso. En el caso de la condena condicional en cambio, lo que se suspende es la ejecución de la condena ya dictada.

Nuestro sistema actual ha recogido en el ordenamiento tres de las soluciones que se denominan clásicas o tradicionales como alternativas a la privación de libertad: las libertades condicional y anticipada y la suspensión condicional de la condena.

Lamentablemente pese a que la Suprema Corte de Justicia ha presentado un Proyecto en este sentido, nuestro sistema no ha siquiera considerado la posibilidad de consagrar alternativas reales a la privación de libertad de la naturaleza de aquellas que brevemente hemos consignado precedentemente. Ello es un síntoma más de la orientación de nuestro modelo político- criminal actual, que concibe al encierro como la forma más idónea de lucha contra el delito y que no orienta la persecución penal por principios de mínima intervención. Asimismo constituye un indicador de la carencia de gradación y proporcionalidad en la determinación y aplicación de la pena, ya en el ámbito legislativo.

En efecto, se han previsto agravaciones paulatinas de penas especialmente para delitos de microcriminalidad. En cambio se ha omitido regular áreas de tutela para los delitos de “cuello blanco” o para la protección de intereses difusos tales como derecho de los consumidores, medio ambiente y aquellos bienes jurídicos cuya lesión es propia de comunidades modernamente desarrolladas.

8. LAS LIBERTADES CONDICIONAL Y ANTICIPADA

Ambos institutos se encuentran íntimamente vinculados con el régimen penitenciario en concreto.

En su origen ellos eran concebidos como actos graciosos y la potestad era ejercida por reyes y príncipes en forma absolutamente arbitraria.

Además de los antecedentes que se encuentran en las ideas de Howard, Marat y Beccaría, -quienes concibieron la idea de que era posible la recuperación del delincuente formando así los fundamentos básicos de los sistemas penitenciarios de los países en las épocas más modernas-, fue en Inglaterra donde comenzó a funcionar la libertad condicional como institución rodeada de la forma y requisitos que la configuran como una forma de apreciar la modalidad y la eventual corrección del delincuente.

Luego se extendió por Europa, rigiendo en Francia en 1832 para los menores de edad reclusos en la prisión de la Roquette en París, bajo el título de “Liberation provisoire pour les jeunes detenus”, haciéndose luego extensiva a todos los jóvenes y adultos de buen comportamiento, por leyes dictadas en 1850 y 1885.

Se la ubica también en la legislación alemana de 1880 y en España en el Reglamento del Presidio de Cádiz de 1805 y en la Ordenanza de 1834 en sus primeros esbozos.

De allí hace su ingreso posteriormente en los Códigos latinoamericanos, así el Código Mexicano de 1929 la denominaba como "libertad preparatoria"³².

El Código Penal español de 1822 preveía el derecho del condenado a "pedir gracia" y obtener su liberación.

La gracia sin embargo constituía una forma de remisión absoluta e incondicional y se remontaba en cambio al Código de Baviera, distinguiéndose de estos institutos de libertad por sus efectos más intensos. Actualmente está consagrada en la mayoría de los códigos modernos, el uruguayo, el húngaro, el alemán, el holandés y la nueva reforma española. Su jurisdiccionalidad se verificó de la mano de la evolución del proceso, como forma necesaria de realización del derecho penal.

Las actuales orientaciones que tienden a considerarla como un derecho del condenado son el producto del triunfo de las concepciones desarrolladas por el Derecho Penal en torno a las garantías y a los fines de la pena.

El marco normativo de las libertades condicional y anticipada está dado por el artículo 131 del Código Penal, literales A) y B) y por los artículos 327 y 328 del Código del Proceso Penal, en la redacción dada por el artículo 21 de la Ley N° 15.737 y por la Ley N° 16.349 del 10 de abril de 1993.

Las semejanzas entre ambas formas de libertad, radican en que las dos son modos de cumplimiento o subrogados de condena, al término de los cuales opera la extinción de la misma. Además ambas son concedidas y revocadas por la misma autoridad, actualmente la Suprema Corte de Justicia.

Constituyen mecanismos por los cuales, el condenado a una pena privativa de libertad puede recuperar anticipadamente la misma (anticipada) o permanecer en libertad (condicional), por decisión judicial.

Pueden verificarse ya sea en supuestos en los que el condenado ha cumplido ya una parte de la condena privativa de libertad, como medida de prisión preventiva, la cual se descontará del monto de pena a cumplir, conforme lo previsto por el artículo 321 del Código del Proceso Penal o como pena misma luego de la condena.

Su fundamento se vincula con las últimas etapas de cumplimiento prevista en el sistema irlandés que ya mencionamos y constituye el último grado de un sistema progresivo de reclusión.

Respecto de la naturaleza jurídica de estas libertades que se conceden a los condenados ha sido controvertida.

32. Cfr.: DAIEN, S. en: "Regimen jurídico y social de la Libertad Condicional", Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1947, págs. 40 y ss.

Conforme a lo que se denomina tesis del doble fin de la pena, hay quienes considerando a la pena como retribución, entienden esta forma de libertad como una rectificación de la cuantía de la pena. Operaría pues una remisión parcial a título de recompensa legal, separándose del acto gracioso. Se argumenta que no es sólo una interrupción de la pena sino una verdadera modificación de la sentencia.

Si las libertades condicional y anticipada se conciben como modificaciones de la sentencia sería admisible seguir sosteniendo el fin expiatorio de la pena, pero si se considera que ambas consisten en actos de ejecución penal de la condena originaria, la afirmación deja de ser sostenible.

La doctrina mayoritaria entiende actualmente que se trata de una forma de cumplimiento de la condena, ya que conceptualmente es una suspensión parcial de la privación de libertad. Dicha suspensión parcial se da en un doble alcance: a) se otorga después de un cumplimiento parcial, aún en el régimen de la libertad condicional en que, a título de prisión preventiva, siempre se ha cumplido al menos un día de detención; b) se entiende que no se trata de una suspensión total, ya que el condenado queda igualmente sometido a una serie de limitaciones que son las de vigilancia establecidas en el artículo 102 del Código Penal. Entre éstas se incluye la limitación de residencia, que en otras legislaciones implica la consideración de una pena autónoma. Existe durante el lapso de vigilancia cumplimiento de la condena ya que implica también una limitación o privación de libertad, aunque con menor carga de intensidad. Por ello se considera que el cumplimiento del régimen de vigilancia es parte del período de prueba de la ejecución penal, propio de un subrogado de condena.

Existen dos tendencias en la doctrina. Por una parte se afirma que la libertad condicional no extingue la pena sino que es un modo de cumplirla. Se señala que el régimen inherente a los institutos liberatorios forman parte de la pena. Indican que la única modificación consiste en que la pena privativa de libertad atenúa gradualmente su intensidad durante el período de vigilancia, lo cual constituye su efecto propio. Se la entiende entonces, como una fase especial de la ejecución de las penas de prisión o penitenciaría.

Otro sector en cambio, la enfoca desde un punto de vista procesal como una medida de ejecución penal que no implica una revisión del juicio en forma de modificación posterior a la sentencia de condena ejecutoriada. Desde esta consideración tampoco consiste en la comprobación ulterior de la errónea cuantificación de la pena, sino que por el contrario constituye un instituto en atención a las posibilidades de resocialización del autor mediante una modificación cualitativa de los mecanismos de ejecución de su condena. Las formas de privación de libertad se distinguen entonces de la pena, sólo en cuanto constituyen su máxima manifestación. En consecuencia, pueden concebirse formas de restricción de la libertad ambulatoria sin encierro. Este precisamente, es el mecanismo elegido para el cumplimiento del régimen progresivo en su última etapa por nuestro sistema positivo.

La importancia de la naturaleza jurídica de estos institutos liberatorios se proyecta en varios ámbitos. Así de la consideración de ésta podrá inferirse la solución a la cuestión de si es admisible o no una prórroga del monto de la condena por aplicación de un mecanismo subrogatorio a su cumplimiento. Ello ocurre por ejemplo, cuando en aplicación de los institutos de excarcelación condicional se verifica una prórroga en los términos de ejecución de la condena por aplicación de los plazos de vigilancia.

Admitir que la aplicación del régimen de libertad anticipada o condicional constituya una modificación de la condena y no una forma diferente de cumplimiento de la misma, implica negar la idea de que el encierro es la manifestación máxima de la privación de libertad pero que la ejecución admite alternativas, con restricción de la libertad ambulatoria. Además supondría jerarquizar los aspectos retributivos y expiatorios de la pena privativa de libertad.

Considerar a estos institutos como etapas de cumplimiento de la condena originaria deja sin explicación un aspecto: el determinar porqué cuando opera la revocación del régimen de libertad anticipada o condicional, el plazo de cumplimiento de la pena nuevamente se retrotrae a aquél determinado al liquidarla originariamente, con pérdida de los períodos intermedios de buena conducta y sin recidiva delictual³³.

En este sentido los regímenes de libertad condicional o anticipada implican una eventual prolongación de la pena que podría hacer suponer una modificación de la condena originaria.

Las causales de revocación de estos beneficios son comunes a ambos institutos y están regulados en el artículo 330 del Código del Proceso Penal: a) la comisión de nuevo delito y b) el quebrantamiento de los deberes que la ley le impone. Se prevé que el Juez de la Ejecución en tal caso debe elevar los autos a la Suprema Corte de Justicia, única autoridad competente para proceder a la revocación del beneficio concedido.

Cabe agregar respecto de la comisión de nuevo delito que la Suprema Corte de Justicia ha manifestado reiteradamente el criterio de que sólo se tiene por verificado dicho supuesto cuando ha recaído sentencia de condena respecto de ese nuevo nuevo delito, aún cuando ello ocurra vencido el término de la vigilancia. Dicha posición se ha traducido en el dictado de diversas normas reglamentarias que regulan el procedimiento previo a la revocación del beneficio. Estas soluciones son coherentes con el principio de inocencia, restándole virtualidad a la circunstancia de haber sido sólo procesado por nuevo delito.

Respecto de los saldos de condena a cumplir en estas hipótesis se establece a texto expreso que, en caso de revocación se produce la pérdida del tiempo transcurrido en régimen de vigilancia, recobrando vigencia el saldo de condena pendiente al momento de liquidarse la pena. A través de este mecanismo se produce pues, por vía indirecta una prolongación en la ejecución. Desde el derecho procesal se han efectuado desarrollos que arrojan luz sobre estos aspectos, destacándose la mutabilidad inherente a la condena penal y las peculiaridades que tal característica arroja sobre el alcance de la cosa juzgada en esta materia.

Se señala en este sentido, que el equivalente del título de ejecución de naturaleza civil en materia penal, se forma en función de la cosa juzgada resultante de la sentencia definitiva recaída en el proceso de conocimiento. De tal modo, dicha sentencia tendría en principio, vocación de imperatividad como atributo de cumplimiento coactivo y de inmutabilidad lo que implicaría la imposibilidad de modificación ulterior. Pero estas dos notas propias de la cosa juzgada en general, adquieren en materia penal una validez relativa, ya que la

33. Cfr.: ZAFFARONI, E.R., en: Op. Cit., pág. 180 y ss.

inmutabilidad de la sentencia se ve acotada, entre otras circunstancias por virtud de la cláusula “rebus sic stantibus” que es inherente a su naturaleza.

Esta cláusula se manifiesta en pleno dinamismo como característica de la sanción penal prescripta por la ley material. Ello significa que las decisiones que se tomen en la etapa de ejecución pueden ir alterando las contenidas en la sentencia, en virtud del advenimiento de diversos incidentes que se orientan hacia la aplicación de modalidades alternativas de ejecución. En el marco legal las alternativas de cumplimiento, son sustituibles unas por otras en atención a los fines de rehabilitación, que constituyen el fundamento último de la imposición de consecuencias jurídico penales.

Por tanto, las modificaciones que se introduzcan en cuanto a cumplimiento de la condena en la etapa de su ejecución, no son más que desarrollos de las disposiciones contenidas y fundantes de la sentencia originaria. En efecto, además de las normas que fundamentan y regulan los presupuestos de la imposición de la pena dispuesta en la sentencia, tienen plena vigencia y se encuentran ínsitas en la naturaleza misma de la imposición de la condena todas las otras normas constitucionales, legales y reglamentarias que establecen las diversas vicisitudes que puede adquirir la ejecución. Ello porque la ejecución penal contiene el germen de la mutabilidad como nota imprescindible para el efectivo cumplimiento de los fines de la pena en relación dialéctica con el resultado obtenido a partir del cumplimiento de las obligaciones que se van imponiendo al condenado.

No se trata entonces de que la sentencia originaria se vea alterada durante la ejecución, sino que las mutaciones se producen a posteriori, como consecuencia del advenimiento de nuevas circunstancias de hecho sobrevinientes a la valoración contenida en el fallo originario. Puede existir modificación entonces en todo lo que tiene que ver con la constatación de cambios en lo que ha constituido la base fáctica de la condenación.

En efecto, el fallo condenatorio contiene dos juicios lógicos: por una parte, lo que tiene que ver con la constatación de la responsabilidad penal del sujeto en relación al delito. Este juicio se fundamenta en una determinada valoración de la prueba y concluye en la declaración de culpabilidad. En este aspecto el fallo puede ser impugnado a través de los mecanismos recursivos propios de la sentencia definitiva, incluido el de revisión, para los supuestos en que la sentencia de condena ya ha adquirido eficacia de cosa juzgada, al menos en cuanto a su atributo de imperatividad, de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 238 del Código del Proceso Penal.

En segundo lugar, la sentencia de condena como momento lógico posterior contiene otro juicio de valoración efectuado por el Juez y que consiste en la individualización de la pena. Dicha individualización contiene a su vez dos aspectos: la selección del tipo de pena que el sujeto habrá de cumplir y la cuantificación de la misma. Es decir que la sentencia determina también qué clase y qué cantidad de pena habrá de aplicarse al caso concreto.

Es respecto de este segundo plano de la sentencia, -que se vincula a la individualización de la condena en cuanto a naturaleza y cantidad de la consecuencia jurídica a imponerse-, que operará en la etapa de ejecución la posible mutación. La forma de cumplimiento de la pena establecida en la sentencia podrá mutar en virtud de la cláusula “rebus sic stantibus”. Esto ocurre en los casos en que se verifican modificaciones en relación a la persona y circunstan-

cias del condenado que reclaman de una modificación correlativa en la modalidad de cumplimiento de la condena.

En nuestro medio este aspecto también ha sido destacado desde la doctrina procesal, señalando BARRIOS DE ANGELIS que: "...la personalidad del imputado, apenas presumible en la etapa preparatoria, se equilibra con los factores de hecho en el plenario y domina de modo exclusivo en la etapa de tratamiento carcelario, o de ejecución"³⁴.

En cuanto a la incidencia de estos supuestos en el objeto del proceso penal señala el autor que la evolución en el proceso civil abarca casi exclusivamente el plano del conocimiento que busca esclarecer la duda inicial hasta concluir en la certeza de la cosa juzgada, sólo excepcionalmente abarca el plano del ser del objeto, como podría ser la personalidad de los intervinientes. Ello conduce a considerar una menor movilidad del objeto en el proceso civil.

Por el contrario, en el proceso penal la evolución del objeto será la regla en ambos planos. A lo largo del procedimiento, la realidad vital vinculada a hechos, personas, cosas y valores pasa de un estado de imprecisión en cuanto a su conocimiento, a una definición cada vez más precisa. Concretamente en la etapa de ejecución, conforme a esta concepción, el cambio del ser del objeto del proceso se produce a través del cambio que la pena y su ejecución produce en el sujeto. Esta concepción genético-funcional coloca al imputado en el centro del objeto del proceso penal y permite resolver la aparente contradicción entre la cosa juzgada penal y la condena condicional, la libertad condicional y la libertad anticipada. La cosa juzgada vale hasta tanto el objeto demuestra haber cambiado, ser otro. En definitiva tal posibilidad de cambio es la esencia del proceso penal³⁵ y puede ocurrir tanto a favor como en contra del condenado según el caso concreto.

Entendemos que sólo así se explica la posible prolongación de la ejecución penal en algunos supuestos, a la par que puede sostenerse que la consecuencia jurídica puede cesar en su manifestación, operándose la clausura cuando se constate fehacientemente que la parte de condena ya cumplida ha servido a los fines de rehabilitación propuestos. El fundamento se encuentra en el desarrollo de la idea de necesidad de la pena, a partir de la cual no basta con que al Estado le sea posible aplicar el castigo para que surja la necesidad irrestricta de su aplicación. Aunque exista posibilidad la aplicación de la sanción penal, ésta no deberá pues aplicarse cuando se demuestra como absolutamente innecesaria para los fines a los que se orienta.

8.1 Particularidades de la libertad condicional

El artículo 327 del Código del Proceso Penal regula la tramitación de la libertad condicional estableciendo que la misma procede de oficio a iniciativa del Juez, una vez ejecutoriada la sentencia y liquidada la pena respectiva, siempre que el encausado se encontrara en libertad provisional.

34. Cfr.: BARRIOS DE ANGELIS, D., en: "La concepción evolutiva sobre el objeto del proceso penal", en R.U.D.P., N° 3, F.C.U., págs. 375 y ss.

35. Cfr.: BARRIOS DE ANGELIS, D., en: Op. Cit. pág. 382.

La norma establece que se suspenderá el reintegro a la cárcel y se procederá al examen de los autos por el Juez de Ejecución. Cumplidos con los informes previstos por el artículo y agregada planilla actualizada de antecedentes (Acordada 7.222), el Juez, cualquiera haya sido el tiempo de detención padecido, emitirá su opinión acerca de la conveniencia o no de su concesión.

La disposición establece que para fundar su opinión aconsejando la concesión o denegación del beneficio, el Juez acudirá a la valoración de “la conducta del penado **desde que recuperó la libertad y demás datos sobre su personalidad, forma y condiciones de vida, que le permitan formar juicio sobre su recuperación moral**”.

Nótese que el objeto del juicio de valoración que se comete al Juez, se “retrotrae” en el tiempo abarcando toda su conducta postdelictual hasta el momento de realización del informe. Lo mismo ocurre al agregar la planilla de antecedentes actualizada, ya que la misma ilustrará sobre la existencia de nuevos delitos, cualquiera sea el momento de su comisión.

La información resultante permitirá por una parte, descartar que se verifique la hipótesis de aplicación de pena única por la existencia de reiteración real, -tal como lo dispone el artículo 54 del Código Penal-, lo que implicaría por otra parte dejar sin efecto la tramitación de la libertad condicional hasta la formación definitiva del cúmulo respectivo. Asimismo debe tenerse en cuenta que las resultancias de la planilla también habrán de servir de fundamento para la eventual concesión o denegación del beneficio, en tanto indicadora de la conducta postdelictual.

La Suprema Corte de Justicia en definitiva resolverá acerca de la concesión o denegación de la libertad condicional, teniendo en cuenta la opinión del Juez basada en las circunstancias aludidas, previo informe del Fiscal de Corte. Ni el informe del Juez ni la intervención del Ministerio Público ante la Suprema Corte de Justicia tienen fuerza vinculante para la Corporación en torno al punto.

Se establece además que en caso de concederse la libertad condicional el Juez de Ejecución dispondrá la liquidación del saldo de pena a cumplirse en régimen de libertad condicional determinándose la liquidación del término de vigilancia al que quedará sometido el penado conforme a lo dispuesto por los artículos 102 del Código Penal y 345 del Código del Proceso Penal.

Esta nueva liquidación a la que se le denomina “de vigilancia” en la práctica forense, se hace computando el saldo de pena que quedó establecido en la liquidación primigenia que se efectúa una vez ejecutoriada la condena previo al cumplimiento de la ejecución de la misma, siempre que ella no fuera impugnada por las partes, de acuerdo al artículo 320 del Código del Proceso Penal.

El cómputo para la “liquidación de vigilancia” se hace tomando la fecha en que se notifica personalmente al penado que le ha sido concedido el beneficio de la libertad condicional. A partir de esa fecha se suma el saldo de pena, estableciéndose de esta manera el día hasta la cual el condenado quedará sometido a la vigilancia de la ejecución de la pena recaída en autos.

Tal práctica parte del supuesto de que el régimen de la vigilancia y las obligaciones que le son inherentes, no pueden tener virtualidad si no son aceptadas en forma expresa por el condenado. Dicha posición ha sido sustentada también en reiterados dictámenes por la Fiscalía de Corte, señalando que si la reincidencia en el delito se ha operado antes de verificarse la aceptación de los términos de la vigilancia, no debe operarse la revocación del beneficio de la libertad condicional. Entiende este órgano, que no puede considerarse que el encausado haya quebrantado obligaciones de vigilancia de las que no ha sido impuesto a través del procedimiento de su notificación y posterior aceptación.

Tal solución nos enfrenta a la disyuntiva dogmática en torno a la naturaleza de la pena y de la fase de ejecución de la misma, en los términos aludidos al tratar las generalidades de estas formas de excarcelación. En efecto, surge la pregunta en torno a cómo es posible sostener que la ejecución no muta la condena originaria en otra, lo que implicaría asignarle naturaleza retributiva a la consecuencia jurídica impuesta, cuando a la vez, nos vemos forzados a admitir que en los hechos se produce una prolongación de la ejecución de la condena originaria.

Ello en virtud de que si se recurre al instituto de la libertad condicional, el lapso que el condenado se ve sometido al proceso en etapa de ejecución es muchísimo más extenso que el que se corresponde con el saldo de pena que debería satisfacer de no mediar la aplicación de este subrogado. Para dar respuesta a dicha interrogante es necesario aclarar que la prolongación de la ejecución se produce porque entre el advenimiento de la ejecutoriedad de la condena que permite determinar el saldo pendiente de cumplimiento y la concesión de la libertad condicional, con la consecuente liquidación del término de vigilancia y posterior cumplimiento de la misma, suelen pasar lapsos extensísimos, -a veces de años-, aún en casos en que los saldos concretos de condena no superan los pocos meses. Este tiempo de tramitación resulta "tiempo muerto", enfrentándose el encausado a verse sometido a proceso durante el término de vigilancia recién a partir de que es ubicado, notificado personalmente de la concesión del beneficio y manifestada su aceptación al mismo.

Cabe agregar que si bien en la interpretación actual de las disposiciones, el término de vigilancia en sentido estricto equivale al saldo de pena, ello no resuelve el problema concreto. En efecto, todo ese tiempo que el condenado se encuentra sometido a proceso le implica una forma de sujeción. En efecto, continúa la inscripción del delito en los registros respectivos, no puede acceder al certificado de buena conducta, viéndose así impedido de conseguir trabajo y limitada por esta vía su libertad ambulatoria ya que, además, no puede abandonar libremente el país ni cambiar de domicilio. No hay pues, materialmente diferencias significativas respecto de su situación mientras su causa no se extinga. Para el condenado resulta irrelevante la circunstancia de encontrarse sometido al término de vigilancia o estar sometido a proceso en las etapas intermedias de tramitación de la libertad condicional.

Por otra parte, siempre que delinca con posterioridad a la sentencia ejecutoriada será un reincidente respecto de la causa en cuestión, por lo cual tampoco existen diferencias sustanciales que ameriten la solución de no computar los lapsos intermedios entre el advenimiento de sentencia ejecutoriada y su aceptación del régimen de vigilancia inherente a su condición de liberado condicional.

También en el caso de revocación del beneficio de la libertad condicional se plantea que existe una eventual prolongación de la condena porque, de verificarse el reintegro a la cárcel por la comisión de nuevo delito, la reclusión en principio se extenderá por la totalidad del saldo calculado inicialmente en la liquidación de penas. Se opera de esta manera la pérdida de los plazos intermedios, aunque haya mediado cumplimiento de las obligaciones impuestas durante algún tiempo.

La idea central que se maneja como pilar del sistema y que pretende explicar todas las hipótesis en las que se verifica una prórroga en la ejecución, radica en que éstas son admisibles porque son consentidas expresamente por el condenado a través de su aceptación del subrogado de la condicional.

Tal concepción implica la admisión de consideraciones que se han formulado en relación a otros sistemas en derecho comparado en los cuales las libertades anticipada y la condicional se regulan como un único instituto. Para su concesión estos sistemas requieren que medie solicitud expresa por parte del condenado, con carácter previo a su tramitación.

Así comentando la legislación argentina, que prevé un único instituto al que denomina libertad condicional, pero que comprende la situación de nuestra libertad anticipada, Zaffaroni indica: "... esta opción que se le ofrece al condenado... forma parte de la ejecución de cualquier pena privativa de libertad, dada en las condiciones legales requeridas, de modo que no es una modificación de la condena, sino una forma de ejecución de la misma, opcional para el que la sufre, en razón de que es susceptible de dar lugar a una eventual prolongación. La solución sería discutible si la etapa de libertad se le impusiese al condenado, pero es inobjetable desde que sólo se le da la opción de solicitarla y someterse a ella"³⁶.

En nuestro sistema legal como vimos, mientras la libertad anticipada presupone que ha mediado solicitud por parte del condenado, la tramitación de la libertad condicional procede de Oficio por el Juez de la causa.

La injusticia palmaria que se encuentra implícita en la dinámica del sistema actual, basado en la interpretación del conjunto de normas aplicables de forma tal que acarrea una extensión desmesurada de la ejecución penal, no puede a nuestro entender justificarse en base a un consentimiento que sólo se le reclama en forma expresa al condenado, luego de que se ha tramitado y concedido el beneficio sin participación real alguna por su parte.

Ante el silencio de la ley respecto de cual es el momento desde el que debe computarse el plazo por el que se extenderá la vigilancia de la ejecución, una vez concedida la condicional, consideramos admisible una interpretación teleológica del conjunto de las normas aplicables. Por tal entendemos aquella interpretación que, sin vulnerar el texto de la disposición legal la aplica conforme a los fines del Derecho Penal y en especial de la condena, buscando su raíz constitucional en el marco de las garantías del debido proceso.

A través de este método de interpretación intentaremos adecuar la solución concreta a los principios generales y político-criminales que orientan toda la etapa de ejecución de la

36. Cfr.: ZAFFARONI, E.R., en: Op. Cit. "Tratado..." T.V, pág. 181.

condena. Si como vimos el pilar de la imposición y ejecución de la condena en nuestro sistema está constituido por la búsqueda de mecanismos orientados a la resocialización, - Pactos Internacionales suscritos por la República, artículo 27 de la Constitución y artículo 1º y siguientes del Decreto-Ley N° 14.470-, debemos adecuar los institutos concretos al cumplimiento de dicho objetivo en cada situación concreta.

La forma en que se verifica en nuestra práctica judicial el cómputo del término de vigilancia en la hipótesis de concesión de libertad condicional, opera objetivos inversos a los que las normas reclaman.

En efecto, se prolonga la tramitación y la duración del proceso sin un fundamento de necesidad real sustantiva, de tal manera que éste pasa a ser en sí mismo, un instrumento de desocialización colidiendo con su finalidad realizadora de los fines del derecho sustantivo y de la voluntad del propio legislador. Ello contradice asimismo la naturaleza jurídica propia de la libertad condicional, concebida como un subrogado de condena en el seno de un sistema progresivo, orientándola hacia la rehabilitación y la reinserción social.

A través de una interpretación teleológica, propugnamos una fórmula diferente para la liquidación del término de vigilancia cuando se ha concedido la libertad condicional. Para ello retomamos la idea del consentimiento del condenado como mecanismo que debe estar en la base de los institutos aludidos, pero teniendo en cuenta las peculiaridades de nuestro sistema en cuanto al inicio del trámite del beneficio de la libertad condicional que se prevé de oficio.

A tal peculiaridad cabe sumarle la constatación de que la conducta desplegada por el penado durante todo el período posterior a la condena hasta el momento de verificarse la vigilancia, no puede ser "tiempo muerto", sino que es coherente y legítimo asignarle relevancia jurídica. Ello por cuanto el artículo 327 del Código del Proceso Penal prevé la concesión o denegatoria del beneficio por parte de la Suprema Corte de Justicia, asignándole valor a la conducta postdelictual del sujeto.

En este sentido, la agregación de planilla actualizada de antecedentes y el informe del Juez establecidos como requisitos previos a la decisión de la Corporación en torno al punto, indican que la ley estima que esta información es relevante.

En definitiva, la Corporación efectúa un juicio de valoración sobre la eventual conducta futura del sujeto, a través de un diagnóstico-pronóstico que gira en torno a la constatación de circunstancias que ilustran sobre su rehabilitación. Dicho juicio se basa también en la conducta del sujeto cumplida durante el tiempo anterior, respecto de la cual la agregación de planilla, informes del Juez y de los técnicos, son indicios probatorios.

El concepto de rehabilitación o resocialización es un concepto dinámico que la Suprema Corte de Justicia constata en un momento determinado, fundándolo en datos pasados y efectuando un pronóstico hacia el futuro. Tales datos del pasado no son otros que la conducta postdelictual del sujeto y su no recidiva en el delito.

Por tanto, resulta infundamentado y contradictorio sostener que la conducta desplegada por el condenado desde la ejecutoria de la sentencia hasta la facción del informe previo por parte del Juez, es relevante para la eventual denegatoria del beneficio por la Corporación,

pero no se tiene en cuenta al momento de ejecutar la decisión de la Corporación a través de la liquidación que hace el Juez de Ejecución del término respectivo.

Ello implica una contradicción inadmisibles en la valoración de un mismo supuesto de hecho: la conducta del condenado posterior a la sentencia ejecutoriada. Asimismo conlleva una ultraactividad injustificada e ilegítima de la ejecución, especialmente cuando el beneficio no fue solicitado por el sujeto.

Entendemos que el cómputo del saldo de vigilancia, una vez concedido el beneficio de la libertad condicional, debe retrotraerse y contarse desde la fecha en que ha recaído sentencia ejecutoriada de condena. Debe interpretarse asimismo que el consentimiento del condenado se halla implícito a través de su no oposición a la tramitación de la libertad condicional una vez que ha sido debidamente notificado de la sentencia condenatoria, por tratarse de un instituto establecido en favor del condenado. No es necesario por lo tanto recabar su aceptación al beneficio una vez concedido, sino simplemente liquidar el saldo de vigilancia contando el lapso transcurrido desde la ejecutoria de la condena respectiva y procediendo en consecuencia, según el condenado haya o no cumplido nuevo delito en dicho término y adecuado su conducta a las obligaciones impuestas por el artículo 102 del Código Penal. Si no lo hubiere cometido, corresponderá tener por cumplida la condena y proceder en consecuencia.

De esta forma se retrotraen los efectos de la concesión del beneficio de la libertad condicional a la fecha de ejecutoria de la sentencia de condena, estimando que ya se ha dado cumplimiento a obligaciones equivalentes a las requeridas por el artículo 102.

No nos parece que existiera obstáculo para que la Suprema Corte de Justicia en la misma Resolución en que se pronuncia concediendo la libertad condicional estableciera la modalidad de liquidación de vigilancia a utilizarse, indicando al Juez de Ejecución los criterios con que deberá dar cumplimiento a su decisión liberatoria. Ello contribuiría a una aplicación homogénea de las decisiones concesivas de libertad condicional emanadas de la Suprema Corte de Justicia por parte de los diferentes tribunales competentes.

La solución que proponemos nos parece que resulta ser la única compatible con los principios legales y constitucionales a la par que cumple con objetivos político-criminales de relevancia. Resulta vulneratorio de la legalidad y político criminalmente inconveniente prolongar la ejecución de una condena destinada a la rehabilitación, cuando justamente se ha demostrado positivamente que dicha resocialización ya se ha verificado. La constatación de que los fines de la condena se han cumplido conlleva al descaecimiento de la necesidad de aplicación de la pena. Sólo así el Derecho Penal de ejecución cumple su función como instrumento de "última ratio", a través del uso de un subrogado de condena.

Si el sujeto ya ha cumplido voluntariamente una conducta que es materialmente idéntica a la que la ley pretende imponerle en forma vigilada, parecería que continuar la ejecución a través de la vigilancia implicaría vulnerar el principio del "ne bis in idem".

Debe considerarse que a partir del advenimiento de la ejecutoria la conducta del condenado adquiere virtualidad jurídica a todos los efectos, conforme a la regulación del instituto de la libertad condicional. En la medida en que la sentencia le fue notificada al penado debe presumirse su conocimiento, de lo contrario se le quitaría toda virtualidad al acto de notificación.

Las obligaciones a que se encontraba sometido el sujeto desde la exención de prisión o desde su liberación provisional, cesan con el advenimiento de sentencia ejecutoriada. Ello no obsta a asignar relevancia jurídica al cumplimiento voluntario por parte del penado de una conducta adecuada idéntica a la establecida para el régimen de vigilancia de la autoridad. Esta conducta desplegará sus efectos tanto en lo referente a la concesión del beneficio, como en lo relacionado con la totalidad de los consecuencias jurídicas que son propias de dicho Instituto.

8.2 Particularidades de la libertad anticipada

En cuanto a los requisitos y procedimiento para su tramitación nos remitimos a las formalidades que establecen las normas ya individualizadas a las que corresponde agregar la disposición contenida en el artículo 4 de la Ley N° 15.743, la cual establece una hipótesis de liberación anticipada automática. Ella opera con carácter excepcional por el sólo transcurso de un determinado plazo de reclusión.

Nos centraremos en torno a la naturaleza jurídica del instituto, esto es, si se trata o no de un verdadero derecho que asiste al condenado. El alcance de esta discusión se extiende también al instituto de la libertad condicional.

Tradicionalmente la doctrina sustenta dos posiciones, aunque nadie puede dudar que se trata en todo caso de un beneficio desde un punto de vista estrictamente material.

En efecto, cuando se hallen reunidos los requisitos o supuestos que la ley establece para su concesión el condenado tiene derecho a una decisión favorable. Admitir que una vez verificados los supuestos legales para su concesión, pueda denegarse el beneficio implicaría concluir que en el derecho existen márgenes de mero arbitrio para la decisión judicial.

En el caso específico de la libertad anticipada, actualmente regulada por el artículo 328 del Código del Proceso Penal en la redacción dada por la Ley N° 16.349 de 10 de abril de 1993, podría entenderse que siempre es una mera facultad de la Suprema Corte de Justicia, no reglada en sus supuestos sustanciales diversos del monto y duración de la condena.

La actual redacción indica que la Suprema Corte de Justicia: "...podrá conceder la libertad anticipada a los condenados que se hallaren privados de libertad en los siguientes casos", indicando luego sólo tiempos de reclusión y montos de pena recaídos por sentencia ejecutoriada. De tal manera vino a operarse la derogación del artículo 21 de la Ley N° 15.737 que había dado nueva redacción al artículo 328 del Código del Proceso Penal, estableciendo en su Numeral 3° que si el penado había cumplido las dos terceras partes de la condena impuesta, la suprema Corte de Justicia "concederá" la libertad anticipada. Este giro se interpretaba con un alcance que lo aproximaba a una presunción simple de rehabilitación por el mero cumplimiento de una porción de la condena frente a la cual, para apartarse la Corporación debía expedirse fundadamente en contrario.

Las dudas en torno a si asiste un verdadero derecho subjetivo a obtener el beneficio por parte del penado provienen, por una parte del origen histórico de los institutos de liberación que se vinculaban a formas de ejercicio de "gracia" por parte del soberano. A ello se suma la

concepción hoy superada que tendía a escindir la etapa de ejecución del ámbito de lo jurisdiccional, considerándola mera actividad administrativa.

A la luz de la normativa vigente y del estado del desarrollo de la ciencia jurídica, debe estimarse que en ambos casos la concesión de estas libertades constituye ejercicio de actividad jurisdiccional. Como tal consiste en el ejercicio de un poder- deber conferido a un órgano del Estado, -el Tribunal-, quien debe ejercerlo conforme a la ley, no existiendo una facultad en sentido estricto para los órganos competentes, sino una actividad reglada.

Aún en la actual redacción legal del conjunto de las normas y principios que regulan los fines de la pena y el derecho de ejecución penal, no caben dudas respecto de que los requisitos materiales de su concesión se hallan vinculados exclusivamente a la constatación de las posibilidades de rehabilitación y reinserción social del condenado. Si la privación de libertad deviene inútil a los fines de resocialización o es desocializante en sí misma, debería cesar conforme los principios generales. No nos parece admisible que se valoren en esta etapa circunstancias tales como la gravedad del delito, propia de la etapa de determinación de la culpabilidad, salvo en cuanto ello sea un supuesto fáctico para el pronóstico-diagnóstico de resocialización. Otras consideraciones tales como la existencia o inexistencia de "arrepentimiento" por parte del sujeto que lamentablemente suelen señalar los Peritos Psiquiatras intervinientes no son admisibles, porque implicarían asignar a la pena un fin retributivo-aflitivo, no admitido en principio por nuestro sistema.

Puede sostenerse y la Suprema Corte de Justicia lo ha admitido, que la decisión que deniega dichos beneficios es susceptible del recurso de reposición.

A pesar de lo expuesto, se constatan a menudo hipótesis en las que la libertad anticipada es negada sin fundamentación explícita de las causas, aún cuando ello implica apartamiento respecto de las opiniones de los Técnicos o del Juez de la causa en circunstancias habilitantes en lo relativo a extensión de la privación de libertad. Los juicios de valoración en torno a los indicios de rehabilitación, deben a nuestro entender fundarse también en resultancias del expediente concreto.

En cuanto a su promoción, ya vimos que nuestra ley ha optado en forma diferente en ambos institutos liberatorios, admitiendo la sustanciación de la libertad anticipada sólo si ésta es promovida por el recluso ante el Director del Establecimiento en que se encuentra alojado ³⁷.

9. LAS OBLIGACIONES DE VIGILANCIA

Se consagran diversas obligaciones que proceden del derecho comparado. El antecedente directo de nuestro actual Código se encuentra en el artículo 94 del Código de 1889, que a su vez reconocía como fuente el artículo 50 del Código Húngaro, aludiéndose a la conducta, manera de vivir y residencia del condenado.

37. Cabe agregar que el concepto de buena conducta carcelaria que fundamenta el informe carcelario previsto legalmente, en un sistema que funcionara conforme a las pautas normativas no debería agotarse en la mera ausencia de sanciones, sino en la constatación y evaluación proveniente de un sistema efectivo de tratamiento progresivo.

Así se preven la obligación de fijar residencia y de observar reglas de inspección que fije la autoridad encargada. Respecto de ellas suelen incluirse, las que tienen sentido literal y las que adquieren sentido técnico.

El regimen de vigilancia originariamente establecido en el artículo 102 del Código Penal ha sido objeto de modificación por el Código del Proceso Penal en su artículo 345. Dicha norma prevé que la vigilancia pueda cometerse a diferentes personas u órganos, así como las condiciones a que debe someterse el condenado. Reclama además que la misma se cumpla de manera tal que no perjudique al vigilado y le permita atender normalmente sus actividades habituales³⁸. Se impone además la carga de adoptar arte, industria o profesión si no tuviere medios propios. Esta excepción debe ser considerada racionalmente, pues de lo contrario tal obligación podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley previsto constitucionalmente. Queda claro que en ningún caso se incluye la obligación de no cometer nuevos delitos, como está previsto en las legislaciones alemana e italiana.

10. LA SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA

El origen de este instituto se remonta muy atrás en la historia, pero que comienza a cobrar plena vigencia a fines del siglo pasado. Fue recogido por legislaciones antiguas de Francia y Bélgica y propuesto finalmente en Hungría y Austria alrededor de 1906.

Por su parte, la Convención de Bruselas de 1889 de la Unión Internacional de Derecho Penal lo recomendaba como la máxima conquista del Derecho Penal moderno. Un año más tarde fue propuesta por Berenguer al Senado de Francia, aludiendo al hombre que delinque pero respecto del cual se puede afirmar que jamás cometerá una nueva infracción.

Actualmente se emparenta con otros institutos análogos como la condenación suspensiva y la amonestación judicial.

Suelen señalarse dos sistemas como origen de todas las soluciones: el sistema inglés o de "probation" y el sistema francés o continental, ambos combinados luego con variantes³⁹.

La fundamentación del instituto se basa en el reconocimiento del carácter perjudicial y criminógeno que las penas cortas privativas de libertad suelen adquirir y reconoce finalidades rehabilitatorias.

Cada sistema preveía a su vez efectos diversos. Así, el sistema inglés suspende la condena o el juicio, dejando pospuesta la resolución de la situación procesal del sujeto. El sistema francés en cambio, establece una condena para el sujeto sometiéndola a condición. Tal solución tiene a su favor el establecer y definir la culpabilidad o declarar la inocencia y la absolución resolviendo así la situación concreta de cada encausado. Ello se verifica antes de

38. La aplicación de esta norma al regimen general ha sido sustentada por la doctrina nacional. Así TOMMASINO, A., en: "Código del Proceso Penal. Sugerencias para una futura revisión". R.U.D.P. N° 1/82.

39. El plazo de cinco años que originariamente prevefan nuestros textos legales es el lapso que el derecho francés de la época preveía como plazo de prescripción de las penas correccionales.

proceder a suspender las eventuales consecuencias. Por tal razón, desde el punto de vista dogmático y conforme a criterios de seguridad jurídica, es preferible el sistema francés.

El artículo 126 del Código Penal tiene como antecedentes las Leyes N° 5.393 del 25 de enero de 1916 y 7.371 del 8 de junio de 1921, cuyas disposiciones quedaron parcialmente vigentes luego de la sanción del Código de 1934. Por ello, el conjunto de disposiciones reclama ser interpretado para su correcta aplicación.

Subsisten aún hoy las disposiciones originarias de las leyes anteriores al Código, compatibles con el referido artículo 126, a las que deben sumarse lo preceptuado por el artículo 331 del Código del Proceso Penal, estrictamente procesal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, dado que nuestra ley le ha asignado efectos distintos de los que se asignan en derecho comparado, puede concluirse que este instituto es abarcado por las ramas sustantiva y procesal penal.

Se reclaman para su concesión elementos de carácter formal: que se conceda por el Juez al dictar la sentencia de condena y que haya recaído pena de prisión o multa cuando, por defecto, deba ésta transformarse en prisión, de acuerdo con los artículos 126 del Código Penal y 7 de la Ley N° 7.371.

Además el beneficiario debe revestir la calidad de primario. Aunque la Ley N° 5.393 exigía que no hubiera sido condenado por delito común, la posibilidad de otorgar el beneficio a quien sea primario legal y no absoluto, ha sido contestada afirmativamente por la jurisprudencia, pues de haber mediado alguna causal de extinción del delito anterior, corresponde considerarlo como no cometido.

Desde el punto de vista material, se exige que el Juez prevea por sus antecedentes que el penado no delinquirá en el futuro. Nos parece que esta utilización del término "antecedentes" puede equipararse a la utilizada por el artículo 86 del Código Penal, para la determinación de la pena y se vincula con la prognosis de peligrosidad, pues se trata de un juicio futuro elaborado sobre la base de la conducta precedente del encausado.

En nuestro medio se ha propugnado la admisibilidad de la concesión de la suspensión condicional de la pena con posterioridad al dictado de la sentencia de condena, si resulta factible acreditar ulteriormente los supuestos que ameritan la concesión de dicho beneficio. Para fundamentar dicha admisibilidad se ha recurrido a mecanismos de integración de normas procesales asignándole valor integrador a las doctrinas más recibidas de acuerdo al artículo 5 del Código del Proceso Penal aprobado⁴⁰. A través de este mecanismo se sostiene la vigencia de la norma contenida en el artículo 110 del nuevo Código del Proceso Penal, aprobado por Ley 16.893 del 16 de diciembre de 1997. Dicha disposición que reconoce su origen

40. En tal sentido, la opinión sustentada por: ABAL OLIU, A. en autos tramitados ante el Juzgado Letrado en lo Penal de 9° Turno, FA. 58/99. Cabe aclarar que el punto aún no cuenta con pronunciamiento definitivo al respecto. Sobre el alcance de la posición aludida en el texto que designa a la doctrina más recibida como fuente formal de validez de normas procesales y su relación con la integración normativa, puede consultarse: ABAL OLIU, A., en: "Derecho Procesal, Tomo I", F.C.U., Montevideo, 1999, págs. 65 a 69, y 83 a 97.

en proyectos anteriores habilita a la concesión del beneficio con posterioridad a la sentencia, por lo cual consagraría la doctrina más recibida al respecto.

El lapso que se requiere actualmente para que se extinga el delito fue establecido por la Acordada N° 7.362 del 27 de noviembre de 1998, que consideró que el término de cinco años resultaba demasiado extenso, por lo cual fijó un término de vigilancia de dos años. El artículo 1° de la Acordada establece que dicho término correrá ahora: “desde el cese del arresto o de la libertad provisional en su caso”, separándose del régimen establecido por el artículo 2 de la Ley 7.371 que establecía que el cómputo se verificaba desde la fecha del arresto.

Resulta de sumo interés que la referida disposición emanada de la Suprema Corte de Justicia remita también en su fundamentación al nuevo Código del Proceso Penal, al que asigna valor de norma vinculante en su carácter de “doctrina más recibida”, teniendo en cuenta de acuerdo con el artículo 16.1 que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales.

De entenderse con carácter general que es posible la aplicación del nuevo Código del Proceso Penal en aquellas hipótesis en que fuera previsible la integración normativa con recurso a las doctrinas más recibidas, podría efectuarse una labor de actualización de las normas de ejecución, en la medida en que ello no contradiga soluciones legales expresas.

Es de destacar que la posición tradicional reclama para la vigencia del beneficio que el mismo fuera notificado expresamente al penado, quien debería manifestar su aceptación o rechazo al mismo. Sin embargo, recientemente se ha planteado la práctica contraria que recurrir a la idea de que la aceptación del beneficio puede inferirse tácitamente de la no oposición expresa. Así lo ha destacado la Suprema Corte de Justicia en Circular N° 14/2000 de 24 de mayo del corriente año. A través de ella se pone en conocimiento de los funcionarios y Magistrados, la opinión sustentada en tal sentido por la Comisión Asesora de la Suprema Corte de Justicia en Materia Penal, la que estimó oportuno proveer de un resorte jurídico que haga aplicable la suspensión condicional de la pena en caso de no poderse ubicar personalmente al justiciable. El fundamento para inferir la aceptación en caso de silencio, está dado por considerar que el instituto opera en beneficio del sentenciado.

Estimamos compartible la solución propuesta cuya fundamentación es coincidente con la que sustentamos para obviar el requisito de la aceptación del beneficio de la libertad condicional y así retrotraer a la sentencia ejecutoriada el cómputo del término de vigilancia.

En cuanto a los efectos jurídicos del instituto de la suspensión condicional de la condena, se ha considerado que una vez concedido el beneficio lo que queda pendiente es el efectivo cumplimiento de la condena durante el lapso ya indicado.

De verificarse los presupuestos de no comisión de nuevo delito o de no existir pruebas de mala conducta durante el plazo de vigilancia, se extingue el delito. Tal solución recoge la orientación de la doctrina italiana más recibida. No se trata de una simple causa de extinción de la pena, porque transcurrido el plazo sin la comisión de nuevo delito, por mandato legal el delito se considera extinguido “ex nunc” al menos en cuanto a los efectos penales del mismo.

En cuanto a los efectos del delito la ley a texto expreso indica que no alcanzan a las penas accesorias ni a los efectos civiles del mismo, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley N° 5.393.

Si ha transcurrido el lapso previsto y el sujeto no ha cometido nuevo delito, la sentencia se tendrá por no pronunciada y se considerará sobreesido el proceso, con lo cual debe operar la cancelación de la anotación en el Registro de Antecedentes Judiciales, de acuerdo con lo mandatado por el artículo 2 de la Ley N° 7.371.

La ley faculta al Juez a imponer otras obligaciones al encausado además de la no comisión de nuevo delito, como ser la restitución de las cosas provenientes del delito, pago de indemnizaciones civiles, emanadas del mismo e incluso la prohibición de domiciliarse en ciertos lugares o concurrir a determinados sitios. La disposición que alude a la reparación de la víctima aunque generalmente no es aplicada, constituye una saludable muestra de la inclusión de principios de oportunidad en el seno del proceso penal llegando a asignarle a la reparación civil efectos directos intrapenales.

La revocación del beneficio procede si durante el plazo previsto el encausado comete nuevo delito. En ese caso el condenado deberá cumplir ambas condenas: la del delito en el que se había otorgado el beneficio y la que corresponda al nuevo.

La condición de la operatividad del instituto es por tanto, la no reincidencia durante el plazo de la vigilancia, a la que el Juez puede agregar el cumplimiento de las obligaciones señaladas; pero cuya imposición adicional es siempre facultativa.

Montevideo, junio del 2000.