

# MOTIVACION DE LA SENTENCIA Y CONDENA CONDICIONAL <sup>1</sup>

Dr. Julio Angel Mila

## SUMARIO

- I- Introducción
- II- Naturaleza jurídica de la Condena Condicional
- III- El Criterio del Comentarista del Fallo
- IV- La condenación Condicional: nuestra opinión.
- V- Conclusión

### I- Introducción

La reforma del art. 26 del Código Penal Argentino por Ley 23.057 incorpora conceptos relacionados con la fundamentación de la sentencia condenatoria, cuyos alcances requieren precisiones tendientes a la preservación de la libertad individual como bien jurídico constitucionalmente protegido; no puede sostenerse - sin incurrir en alguna ligereza -, que las penas se imponen para ser cumplidas.

Nos proponemos expresar nuestro diverso criterio, aunque sin pretensión alguna de creernos poseedores de la verdad. La ciencia jurídica es incompatible con sueños o veleidades de perfección hermenéutica.

### II- Naturaleza Jurídica de la Condena Condicional

A diferencia de la posición sustentada por el distinguido procesalista, cuyo comentario al fallo dictado por la Sala II de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, ahora examinamos, opinamos que el deber de fundamentar la decisión jurisdiccional que versare sobre "la ejecución condicional de la condena", no es solamente de esencia procesal, sino también sustantiva; esto es, mixta, como otras tantas instituciones jurídicas que participan de una doble naturaleza. Verbigracia, la

1 CAFFERATA NORES, José J., *Temas de Derecho Procesal*, Bs. As. Frigerio Artes Gráficas S.A., 1987, pág. 303-304; publicado bajo el título, Aspectos procesales del art. 26 del Código Penal, en J.A. Nro. 5436 del 14/5/86.

prescripción de la acción penal, que, regulada por el Código Penal (arts. 59, inc. 4º; 62 y 67, C.P.) su ocurrencia efectiva depende de la denominada "secuela del juicio"; frase legal del ordenamiento jurídico punitivo vigente (art. 67, C.P.), condicionada por lo que cada Código Procesal Penal disponga con respecto a los actos rituales dotados de eficacia para interrumpir el plazo de extinción de la pretensión penal<sup>2</sup>.

### III- El Criterio del Comentarista del Fallo

Aún cuando resultare en apariencia excesivo, preferimos la literal transcripción de lo afirmado por el profesor Cafferata Nores, a una síntesis de su pensamiento, a fin de asegurar la fidelidad de sus ideas.

Él manifiesta que: "la obligación de fundar la elección de la sanción para el caso concreto **no se extiende** a su modo de ejecución cuando éste sea efectivo, porque en principio la pena se impone para ser cumplida (arg. de los arts. 6 y ss., C.P.). Consecuentemente, la invocación de la norma penal aplicada será suficiente fundamento sobre el punto".

"Pero no ocurre lo mismo con el beneficio del art. 26, C.P. que consagra "la facultad de los tribunales", ejercitable en casos de condena a prisión que no exceda de tres años, de **dejar en suspenso** el cumplimiento de la pena. Como esto significa una excepción a la efectivización de la sanción penal, se impone **bajo pena de nulidad**, que la suspensión se funde en las circunstancias previstas en la norma (o en otras) que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad (art. 26)".<sup>3</sup>

Para el autor, "No resulta forzado interpretar - entonces - que lo que se debe fundar es la decisión de suspender la ejecución de la condena, en virtud de su excepcionalidad. Y que, por tanto, sólo la omisión de motivar la decisión de suspender es la que está conminada con nulidad en el mencionado art. 26, C.P.". <sup>4</sup>

Se podría pensar - continúa el jurista -, sin embargo, que cuando el beneficio haya sido **expresamente solicitado**, el otorgarlo o negarlo será una cuestión que debería ser planteada en la deliberación y resuelta en la sentencia mediante el voto **fundado** de los jueces que concurren a dictarla, fundamentación que las leyes procesales penales conminan habitualmente con nulidad (v. gr., Córdoba, arts. 410,412, inc. 1ro, y 417, inc. 4to)" <sup>5</sup>.

2 VERA BARROS, Oscar N., *La prescripción Penal en el Código Penal*, (Bs. As. Ed. Bibliográfica Argentina, 1960) pág. 135-142).

3 CAFFERATA ÑORES, José J. op. cit. pág. 304.

4 Ibidem.

5 CAFFERATA NORES, José J. op. cit., pág. 304.

#### IV- La Condenación Condicional: Nuestra Opinión.

El error de apreciación - para nosotros - proviene de la introducción de la expresión "condena de ejecución condicional" "creada por Molinaro<sup>6</sup>, siendo que el Título 3 del Libro Primero (Disposiciones Generales) del Código Penal se designa como "Condenación Condicional".

Las penas no se pronuncian sino que se imponen, dado que uno es el sentido del acto de condenar y otro el resultado que genera<sup>7</sup>.

De ahí que, aseverar que la individualización de la sanción exige una motivación sólo circunscripta a la elección de un tipo de pena - cuando es alternativa -<sup>8</sup>, y excluir "esta obligación de fundar la elección de la sanción porque para el caso concreto no se extiende a su modo de ejecución cuando éste sea efectivo"<sup>9</sup>, significa cercenar la fundamentación, la que, por constituir un "conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los cuales el juez apoya su decisión. . ." <sup>10</sup>, debe ser completa. Es contradictorio, por lo tanto, considerarla exigible únicamente "cuando el beneficio" haya sido expresamente solicitado"<sup>11</sup>. Máxime si se advierte que la individualización de la pena en el asunto justiciable, incluye "la forma de imposición" ("cuando se puede elegir entre la imposición efectiva o la condenación condicional")...<sup>12</sup>.

Consiguientemente, la afirmación según la cual "en principio la pena se impone para ser cumplida"<sup>13</sup>, con fundamento en los arts. 6 y ss. del Código Penal, y con pretensión de juicio axiomático, nos parece de hermenéutica forzada, ni bien se repare en la disposición del art. 27 del Código Penal, que autoriza la condenación condicional "por segunda vez. . .".

Por otra parte, la institución legal objeto de meditación no es - como se expresa - un "beneficio"; puesto que, cumplidos los requisitos materiales y formales exigidos por la ley (el art. 26, C.P.), "hay un derecho del procesado a la condicionalidad puesto que lo contrario implicaría confundir la función valorativa del juez con una potestad arbitraria".<sup>14</sup>

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal - Parte General (Bs. As. Ediar, 1983), T. V, pág. 442.

7 Ibidem, pág. 443.

8 CAFFERATA NORES, José J. op. cit., pág. 304

9 Ibidem

10 DE LA RUA, Fernando. El Recurso de Casación (Bs. As., Víctor P. de Zavalía, 1968) pág. 149.

11 CAFFERATA ÑORES, José J. op. cit. pág. 304.

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. pág. 274.

13 CAFFERATA ÑORES, José J. op. cit. pág. 304.

14 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. pág. 448, nro. 656.

De la jerarquía de derecho subjetivo atribuida a la condicionalidad de la condena, deriva que su reconocimiento judicial no se supedita a que "haya sido expresamente solicitada", antes bien, aunque no mediare petición del imputado, igualmente debe fundamentarse en la sentencia su inaplicación al caso sometido a decisión jurisdiccional. Lo opuesto, sería preterición del estado de inocencia que constitucional y procesalmente pertenece al acusado; dos de cuyos corolarios son: la exclusión de toda carga probatoria y el de ejercer los poderes de defensa; pues éstos no son de actuación obligatoria para obtener una menor responsabilidad penal: "En causa penal ... el imputado tiene el **derecho** de . . . acreditar circunstancias que atenúen su responsabilidad" <sup>15</sup> . De ello se sigue que el mentado derecho es una atribución facultativa .. ." en la que "producir o no la actividad es el resultado de la libre determinación del sujeto, sin que se afecte ningún interés propio o ajeno cuando ésta fuere negativa". <sup>16</sup>

Para la individualización judicial de la sanción deben requerirse las "informaciones pertinentes" de lo cual el tribunal no puede eximirse, porque el juez debe formar criterio propio sobre la personalidad moral del condenado, "realizando diligencias personales que le permitan apreciar esa personalidad". <sup>17</sup>

### Conclusión

Las reflexiones formuladas nos incitan a reafirmar la idea de que, como la ley penal sustantiva incluye no sólo los tipos delictivos, sino también sus institutos <sup>18</sup> ,la inobservancia de las exigencias materiales o formales contenidas en el art. 26 del Código Penal, generan tanto violación al "legale iudicio", que protege el "derecho perfecto de defender..." la "libertad", de la que nadie puede ser privado sin "**previa sentencia legal** de Juez competente"(arg. del art. 8° de la de Mendoza), cuanto del "Nulla poena sine culpa", esto último porque, precisamente la reprochabilidad ético social de la conducta delictiva incriminada al imputado, constituye el fundamento necesario - causa material - de la condena, y por ende, de la forma de imposición, desde que halla su justificación en la concepción estratificada del mundo y del hombre, mirado por la antropología filosófica como un ser plenario,

15 CLARIA OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal (Bs. As. Depalma, 1982) Vol. I, pág. 80.

16 Ibidem, pág. 170.

17 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit. pág. 451, Nro 656.

18 NUÑEZ, Ricardo, *Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, (Bs. As., E.J.E.A., 1958, pág. 73.

antítesis de todo reduccionismo<sup>19</sup>, y "cuya estructura óptica está integrada por su cuerpo, alma y espíritu".<sup>20</sup>

Es que, "El juzgamiento del hombre que delinque no se efectúa en el plano natural (físico, biológico o psicológico), sino en el plano espiritual. El derecho penal no juzga al hombre como a una cosa, como a un animal, o como a una mera individualidad psicobiológica (contra quien la imposición de una pena presupone la regla de su efectivo cumplimiento), sino como a persona humana".<sup>21</sup>

Al decir de Carnelutti, "En último análisis, el cometido del juez es **medir el valor de un hombre**. No hay más secreto que ese. Tesoros de amor pueden estar ocultos entre los pliegues de un alma criminal. Hay venas de agua que afloran de la tierra y otras que se ocultan en las profundidades de sus entrañas: para descubrirlas se necesita una especie de rabdomancia. Es difícil que el pensamiento, por sí solo, posea tal virtud".<sup>22</sup>

19 FRIAS CABALLERO, Jorge, *La imputabilidad penal* (Bs. As., Ediar, 1981), pág. 83-90.

20 Ibidem, pág. 126.

21 Ibidem; pág. 126, último paréntesis nos pertenece.

22 CARNELUTTI, Francisco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*; traducción de Santiago SENTIS MELENDO (Bs. As., E.J.E.A., 1961), pág. 90.