

LA RECLUSIÓN EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

MATÍAS BAILONE: MIEMBRO DEL CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES CRIMINOLÓGICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS DE LA UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES-PERÚ, INTEGRANTE DE LA COMISIÓN DE REFORMA INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL (ARGENTINA) ASISTENTE DE LA CÁTEDRA DE DERECHO PENAL I, DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUYO (SEDE SAN LUIS); MIEMBRO DEL INSTITUTO DE CIENCIAS PENALES DE SAN LUIS (ARGENTINA); PRESIDENTE DEL ATENEO DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS DE CUYO. EDITOR DE: www.carlosparma.com.ar, e-mail : matiasb@fiscalia.org

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN: LA REFORMA INMINENTE. 2.- GENÉTICA DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN LA ARGENTINA. 3. LA NOCIDIDAD DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. 4.- LA PENA DE RECLUSIÓN EN LA ACTUALIDAD.

1.- INTRODUCCIÓN: LA REFORMA INMINENTE

La estructura del Código Penal Argentino viene del año 1921, pero se han sucedido desde aquella fecha, numerosas y contradictorias reformas parciales, que sólo aumentan la inseguridad jurídica que en materia penal se vive en la República Argentina.

El actual Poder Ejecutivo Nacional ha conformado una Comisión de Reforma integral del Código Penal, que tengo el honor de integrar, y cuya función primordial es darle a nuestro código de fondo la organicidad y coherencia necesarias de toda obra codificada.

En sucesivas colaboraciones iré delineando los objetivos fundamentales de la mentada comisión, y mostrando algunos de los cambios propuestos. Por ahora hablaré de una reforma sumamente necesaria con respecto al tipo de penas que nuestro sistema jurídico admite.

Nuestro actual artículo 5º del Código Penal es el nomenclador de las penas que los tribunales pueden imponer. Dentro de las penas privativas de libertad enumera la prisión y la reclusión. Es, justamente, el artículo del que todos coinciden que hay que extirpar la pena de reclusión.

El anteproyecto que ha presentado el jurista Marco Antonio Terragni a la comisión reformadora habla claramente de la eliminación de la reclusión del texto legislativo, a la vez que afirma que el sistema sancionatorio no debe descansar sobre la pena privativa de libertad, sino en las alternativas a la prisión, como la libertad vigilada.

2.- Genética de las penas privativas de libertad en la Argentina.

Vista la historia del derecho penal como la cronología de las penas, la pena de prisión o reclusión en establecimientos totales, especialmente desarrollados para quebrar la integridad y funcionalidad de un ser humano, es la parte medular de esta cronología. Las penitenciarías en las grandes ciudades ocupan lugares medulares para sus propósitos intimidatorios. Generalmente en las afueras de los cascos urbanos, como el Gólgota se hallaba fuera de las murallas de Jerusalem, estos edificios que “dominaban arrabal y distancia”, como dijo Borges de su impresión de la cárcel de Las Heras en su juventud en Palermo, tienen las dimensiones materiales de una institución total, se asemejan más a lugares donde se albergan almas en todas sus dimensiones, que a depósitos de cuerpos inermes.

Los orígenes de la pena privativa de libertad son relativamente cercanos. Suele decirse que hasta el siglo XVI no se da comienzo al proceso histórico que en el siglo XVIII da lugar a la consolidación de la pena privativa de libertad en su sentido actual de pena consistente en el propio internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario.

Hasta ese momento la pena de prisión cumplía sólo una función de medio y no de fin, Se usó la prisión como custodia para aquellos condenados a tormentos o a la pena capital.

La hipótesis quizá más convincente de este uso tardío de la pena privativa de libertad, es que la libertad como bien individual cobra importancia en los tiempos modernos, quizá convirtiéndose en el emblema de los derechos individuales. Durante muchos años un gran sector de la humanidad no gozó de la

libertad en su estado natural, por ello era ridículo considerar la pérdida de algo inexistente como una pena.

El Estado moderno con su expropiación del conflicto de la víctima, y las circunstancias económico sociales del siglo XVI que redundaron en la necesidad creciente de mano de obra consecuyente de la baja tasa de crecimiento demográfico. Si a eso se le suma una alta valoración social del trabajo, producto de la reforma protestante y del calvinismo, se comprende la proliferación de las llamadas 'casas de corrección', de penas de galera, de trabajos forzados y de deportación.

Como antecedentes más próximos de las penas privativas de libertad tenemos las primeras casas de corrección (1555) en Londres. Con una finalidad económica lucrativa se reunía a los pequeños delincuentes con los asociados (mendigos, pobres) para hacerles trabajar en actividades productivas. Eran establecimientos manufactureros que producían mercancía a un costo muy bajo dado la gratuidad de la mano de obra, que además contribuían a la transformación del trabajador agrícola en obrero.

Estos sustitutos de la pena de muerte y de los tormentos en realidad no tenían ninguna consideración humanitaria, sino que sólo buscaban la mayor eficacia de un sistema punitivo que había dejado de ver una ganancia en las antiguas puniciones.

Luego la Ilustración con su humanización del sistema penal propugna el reemplazo humanitario de las penas corporales por la prisionización del delincuente. Esto lleva a erigir los sistemas punitivos liberales del siglo XIX sobre la base de la pena privativa de libertad.

En EEUU al no haber (a diferencia de Europa) un excedente de mano de obra industrial, se explica el fracaso del sistema de aislamiento celular que se propuso en 1790 en Filadelfia, que pronto se sustituyó por el sistema auburniano que proponía un mecanismo de aislamiento nocturno y trabajo en común diurno bajo la regla del silencio.

Al ser la prisión el reemplazo inmediato de la pena de muerte y penas corporales debía tomar de ellas el elemento intimidatorio. Cuya eficacia exigía que ofrecieran condiciones más duras que la apenas soportable situación del naciente proletariado.

Toda la deslegitimación del sistema penal encuentra su punta de lanza en la crisis de la prisión como pena corriente, con su efecto despersonalizante y nocivo. Ninguna fundamentación de la cárcel ha logrado visos de racionalidad. Todo intento legitimatorio sólo está enfocado a servir a un modelo político determinado, todo pensador es funcional a un político, sépalo o no el primero, así se configura lo que Raúl Zaffaroni llamó la ‘alienación política del teórico’¹.

En la Argentina el Código Tejedor enumeraba una serie de penas privativas de libertad, que sorprendían por el conocimiento del derecho comparado que demostraba el codificador y por las ínfimas variantes que distinguían a una de la otra. El Código de 1921 reemplazó el extenso catálogo por dos penas privativas de libertad ambulatoria: la prisión y la reclusión. Desde aquella fecha hasta la vigencia del actual código ordenado en 1984 se mantienen esas dos penas con ligeras diferencias procesales.

La idea primigenia es que el régimen de ejecución de la pena de reclusión sea mucho más severo que el de la prisión. La reclusión cargaba con el resabio de la pena aflictiva o infamante, hoy expresamente prohibida en la Constitución (inc. 22 del art. 75, art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre).

Originariamente se había determinado que la pena de reclusión se llevaría a cabo en el penal de la ciudad austral de Ushuaia, y la pena de prisión en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, cita en la calle Las Heras. Eso había dispuesto un decreto presidencial del año 1922. Pero a pocos meses de ese decreto, otra normativa presidencial determina que tanto la pena de reclusión como la de prisión se podían cumplir en la Penitenciaría de la calle Las Heras. De esta manera, al poco tiempo de la sanción del código, se estaba dando un tratamiento homogéneo a las dos penas, propugnando su fusión. El resto lo haría la realidad carcelaria. Hoy en día, con la sanción de la Ley 24.660 de Régimen Penitenciario, se le llama a los reclusos y prisioneros con el nombre genérico de internos, y se eliminan toda distinción en el tratamiento de ambos tipos de penados.

Por lo tanto la pena de reclusión no logró concretarse nunca en la realidad de la forma que lo planteaba el código. Elías Neuman dice que: “Es proba-

¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Conferencia dictada en la Ciudad de Córdoba (Argentina) en Marzo de 2002. Publicada en www.zaffaroni.cjb.net

ble que donde hubiese podido concretarse la penalidad de reclusión, con los efectos señalados en el Código Penal fuese en el Penal de Sierra Chica, a 340 kms de la Ciudad de Buenos Aires, emplazado desde el año 1882 muy cerca de Olavarría. Tenía una superficie aproximadamente de 130 hectáreas, el sistema concebido con características auburnianas aunque en sus celdas convivieron hasta tres reclusos y la principal explotación fueron las canteras de granito que se trabajaban a pico y pala. Más de 400 hombres se ocupaban de estos duros trabajos con míseras retribuciones. Cinco lustros atrás podía vérselos con sus trajes a rayas con números, rapadas las cabezas, vigilados por guardias armados y perros adiestrados”².

La Ley Penitenciaria Nacional anterior a la 24.660 había decretado virtualmente la unificación del régimen carcelario para todo el país, ya que suprimió el trabajo forzado y el confinamiento³. Algo que siempre había exigido Julio Herrera, que la Constitución y la unidad conceptual que dimana de las especies de pena de encierro del Código se oponen al régimen de pluralidad penitenciaria, que implica la coexistencia de varios regímenes.

Esta necesidad de un régimen único de pena privativa de libertad, surge también del art. 18 de la Constitución Nacional, que prescribe que "Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas ...". "Como consecuencia de la letra de nuestra Ley Suprema, sólo es lícito privar al reo de su libertad ambulatoria. Toda severidad que se imponga al interno, más allá de la privación misma de la libertad (por ej. trabajo forzoso), deviene inconstitucional”⁴.

Las cárceles argentinas han sido muchas cosas a lo largo de los años: lugares de detención de opositores políticos, centros de tortura durante regímenes militares, depósitos de asociales o de delincuentes molestos para una media social, pero nunca han sido lugares sanos y limpios que sirvan para reeducación y no para castigo de los allí detenidos. Este incumplimiento constitucional (Art. 18 C.N.) y violación de Tratados Internacionales ha sido debatido muchas veces en la doctrina o en Tribunales Internacionales, dando como resultado la más potente indiferencia por parte de la población. Pero lo que muy

² Neuman, Elías: en Zaffaroni, Baigún, Terragni: 'Código Penal', Hammurabi, Buenos Aires, 2000. Tomo 1, pág. 121.

³ Dec.-ley 412 del 14/1/58, ratificado por la ley 14.467.-

⁴ Pagliere (h), Carlos: "¿Esta derogada la pena de reclusión?", La Ley, 7/3/2005.-

pocos entienden, es que los derechos humanos no dependen de su mayor o menor aceptación, no están “sujetos al cálculo de mayorías ni del interés social”, parafraseando a John Rawls.

Hace muchos años Alessandro Baratta enseñó que la cárcel es contraria a todo ideal educativo moderno, porque éste estimula la individualidad, el auto-respeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador. La ceremonia con que se inicia el proceso de detención donde se despoja al infractor de los elementos externos que le dan individualidad (objetos personales, vestimentas) es exactamente lo opuesto al ideal educador moderno. Todo el folklore con que se envuelve la ejecución de las penas privativas de libertad, sólo logra conspirar contra cualquier intencionalidad de educación o de rehabilitación⁵.

Estudios psicológicos a lo largo de muchos años han demostrado el efecto negativo sobre la psique del internado que genera la prisión. Esto es especialmente producido por el régimen de privaciones y de aislamiento, características fundamentales de todo sistema de prisionización.

A pesar de la avalancha de datos certeramente chequeados que demuestran la nocividad de todo aislamiento so pretexto de resocialización, la apatía que se cierne sobre el tema penitenciario no ha logrado soluciones concretas.

Recientemente Zigmunt Bauman ha dicho que la más dañina e ineficiente forma de combatir al trasgresor es estereotipándolo, convertirlos en sospechosos ‘a priori’. Ningún trasgresor, ni ninguna trasgresión pueden hacer tanto daño a la sociedad “como nosotros mismos al responder a sus amenazas, coartando los derechos humanos” del resto de la sociedad civil⁶.

3. La nocividad de las penas privativas de libertad.

La pena privativa de libertad es una pena característicamente burguesa, dice Ferrajoli. No sólo por el momento histórico de su nacimiento y desarrollo sino además por sus elementos esenciales que la hacen plausible de ciertos

⁵ Baratta, Alessandro: ‘Criminología crítica y crítica del derecho penal’, Siglo XXI Editores, México, 1989.

⁶ Bauman, Zygmunt: Entrevista a ‘Enfoques’ suplemento de ‘La Nación’, Noviembre 2004.

valores típicos de la sociedad burguesa de comienzos de los tiempos modernos. La pena privativa de libertad como paradigma funcional de la política criminal pequeño burguesa, es un concepto que no sólo destaca el jurista italiano, sino muchos de los teóricos iuspenalistas del marxismo.

Se dice en los momentos actuales de la discusión político criminal que la pena de prisión se halla en franca y abierta crisis que la hacen vulnerable a un cambio radical. Se dice también que la judicatura está abierta a recepcionar cualquier posibilidad de sustitución de la pena de prisión. Se puede afirmar que las altas cifras de reincidencia delictiva y la creación de subculturas de presidiarios que se convierten profesionalmente en delincuentes, hablan del fracaso de las cárceles.

Las críticas a la pena de prisión comenzaron dirigiéndose hacia ese resabio actual de salvajismo penal que es la cadena perpetua, o las penas privativas de libertad de largos años. Pero luego las críticas se concentraron en las penas cortas privativas de libertad, las que por su escasa duración no posibilitan la realización de ningún tipo de tratamiento resocializador, sino por el contrario contribuyen mediante el ingreso del condenado al sistema carcelario, a su desocialización, a su estigmatización, además de la pérdida de trabajo que éste tuviera y del alejamiento de las relaciones familiares y sociales.

Además, enseña José Daniel Cesano, la falta de interés social por el problema de las prisiones, es una apatía que no se limita al ámbito del ciudadano común sino a quienes tienen a su cargo la dirección del Estado. Y como peligrosa contrapartida, la sensación térmica de delito de la sociedad civil sólo posterga la solución de los problemas carcelarios.

Un síntoma de la crisis de las penas privativas de libertad es el desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas, que representan quizá las principales innovaciones de este siglo en materia de técnicas sancionadoras. Pero este desarrollo es también un signo de la resistencia tenaz del paradigma carcelario. Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel como penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva.

Una de las tareas más importantes que se imponen a la actual reflexión filosófico penal es por tanto la formulación, sobre la base de un repensamiento

radical de la naturaleza de la pena, de un nuevo sistema de penas, alternativas a las vigentes: penas alternativas (y no medidas alternativas) aptas para satisfacer, como penas principales, el doble fin del derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador.

La pena privativa de libertad que en la época moderna se ha constituido en la alternativa más importante a las penas feroces, ya no parece a su vez idónea para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como es unánimemente reconocido, a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; ni la prevención de las venganzas privadas, satisfecha en la actual sociedad de los mass media bastante más por la rapidez del proceso y por la publicidad de las condenas que por la expiación de las cárceles. Si es verdad que el grado de tolerancia de la dureza de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y mediano plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración legal, comenzando por la abolición de esa moderna barbarie que es la cadena perpetua.

La cárcel ha sido siempre, en oposición a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ha conservado muchos elementos de aflicción física, que se manifiestan en las formas de vida y de tratamiento, y que difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se dilatan a lo largo de la duración de la pena. Además se añade la aflicción psicológica: la soledad, el aislamiento, la sujeción disciplinaria, la pérdida de sociabilidad y de afectividad, y por consiguiente, de identidad, además de la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigido a plegar y transformar a la persona del preso.

Tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos sustraen a la pena de cárcel sus caracteres de igualdad, legalidad y jurisdiccionalidad.

La cárcel es, al mismo tiempo, una institución antiliberal, desigual, atípica, extralegal y extrajudicial al menos en parte, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Por eso, resulta tan justificada su su-

peración o una drástica reducción de su duración, tanto mínima como máxima, de la pena de privación de libertad, institución cada vez más carente de sentido, que produce un coste de sufrimientos no compensado por apreciables ventajas para nadie.

Es conocida la postura filosófica de Luigi Ferrajoli que lo lleva a ser un antagonista de los propulsores del abolicionismo penal en su sentido lato. Ferrajoli piensa que uno de los objetivos de la pena, o de sus fundamentos, es de servir de contención a las reacciones al delito. Al institucionalizar una respuesta social al delito y legalizarla dentro del orden constitucional, se evita en forma muy eficiente las multiplicaciones de venganzas privadas. Al suprimir la pena, o la respuesta estereotipada del Estado frente al delito, entonces, lo que estamos haciendo es dejar abierta la posibilidad de que frente al delito se susciten tantas respuestas individuales como involucrados en el delito se encuentren.

El proyecto de abolición de la cárcel no tiene nada que ver con el proyecto de abolición de la pena⁷. Cualquier campaña por la abolición de la cárcel no puede más que ser distorsionada, malentendida y obstaculizada si se la confunde con las orientaciones ideológicas que propugnan la abolición de la pena y del derecho penal en cuanto tales, y se omite la indicación de los tipos de pena, menos aflictivos pero no menos eficaces, creíblemente aptos para sustituir a la privativa de libertad.

Hay dos hechos que hacen que no resulte utópica la abolición de la pena privativa de libertad, aunque sea a largo plazo. El 1º es la insatisfacción cada vez más difundida que produce ese tipo de pena. El 2º es el carácter cada vez más obsoleto de la pena privativa de libertad: conforme lo ponen de relieve las estadísticas en los países del primer mundo las penas privativas de libertad están en descenso.

José Daniel Cesano en su trabajo titulado 'De la crítica a la cárcel a la crítica a las alternativas' afirma que los sustitutos de las penas de encierro, terminaron constituyéndose en un complemento de la cárcel, ya que por "su presunta benevolencia, las alternativas eran aplicadas más frecuentemente de lo que hubiera sido una condena de cárcel. Pero, como al mismo tiempo, el cumplimiento del sustituto penal, normalmente, se aseguraba con una prisión

⁷ Cfr. Bailone, Matías: 'El abolicionismo o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo', Ed. Advocatus, Córdoba, 2003.-

subsidiaria, en forma paralela surgían nuevos motivos de encarcelamiento si aquellos no se ejecutaban. A ello hay que sumarle, que el supuesto despoblamiento carcelario que produce la aplicación de los sustitutos del encierro, deja abierta la posibilidad de que los Tribunales vuelvan a poblar los institutos carcelarios con nuevos clientes del sistema. Además, con el fracaso de estas alternativas, sólo se legitima de una manera más férrea que la única opción es la prisión y el aislamiento social y cuasi eterno del delincuente.

Además se cuestiona que la aplicación de alternativas a la prisión no importan en realidad una revisión profunda del sistema penal, significando su aplicación, en definitiva, el aumento del control social fuera de la cárcel, y una legitimación paralela del sistema, impidiendo con ellas el cuestionamiento de sus propios fundamentos. También se dice que apuntan directamente a descongestionar las cárceles, sin producir cambios estructurales fundamentales a los esquemas que dieron origen al nacimiento de la delincuencia.

Jorge de la Rúa advierte sobre el tema: “avanzar demasiado afanosamente en el plano de las alternativas penales o no penales, ofrece el riesgo en el estado actual de nuestra administración de justicia, de un crecimiento inadecuado del sistema de sanciones, de difícil aplicación y consecuente desprestigio y que puede poner en juego el derecho a la pena, que tiene el delincuente, sustituyéndolo por complejos mecanismos modificadores de la personalidad”.

Cualquier aporte que pretenda hacerse en la materia de alternativas a la prisión, deberá tener en cuenta que la alternativa que se proponga tenga la capacidad de obtener los mismos fines de prevención general, especial y resocializadores que se esperaban de las penas privativas de libertad, pero obviamente, sin los indeseables efectos de éstas.

Hay dos modelos claramente diferenciados en la búsqueda de alternativas:

A) Tendencias que propugnan un modelo 'individualizador o rehabilitador' que parte de la premisa de considerar a las alternativas a las penas privativas de libertad (particularmente de corta duración) como alternativas rehabilitadoras de castigo, distribuyendo éste último no en base a criterios de proporcionalidad sino en función de las necesidades de cada persona y de las posibilidades de que el medio que se utilice despliegue efectos correctores, siendo la alternativa paradigmática, en este modelo, la condenación condicional.

Sobre el mismo se ha sostenido que este modelo dejaría de lado las alternativas a la prisión que no den lugar o no pretendan rehabilitar, tales como la multa o la reparación económica, o a los infractores que no necesiten o que sean insensibles al tratamiento.

Además esto sólo se usaría para las penas cortas privativas de libertad.

B) Tendencias que promueven un modelo 'proporcionalista' que propugna que "el sistema penal deje de considerar la pena de prisión como sanción proporcionada para todos o la mayoría de los delitos; que las alternativas dejen de ser consideradas alternativas a la cárcel y sean consideradas castigos – sanciones principales- en sí mismos; y que se desarrollen principios que guíen la aplicación de las alternativas en función de su severidad, sin que sea necesario configurarlas en comparación con la cárcel". (Elena Larrauri). Este sistema requiere que las medidas alternativas se consideren como sanciones principales, proporcionales a los delitos. Y que, la prisión es adecuada para los comportamientos criminales de máxima gravedad, mientras que para los comportamientos de mediana y baja gravedad, deben utilizarse alternativas, cuya gravedad debe ser proporcional a la gravedad de la ofensa realizada.

Jorge de la Rúa dice que lo que hoy se consideran alternativas, son en realidad penas, aunque de menor entidad. Por ello se considera alternativa a la pena la posibilidad legal de aplicar una pena de naturaleza más leve (multa, inhabilitación).

4.- La pena de reclusión en la actualidad.

Como ya adelanté en el apartado segundo del presente trabajo, la Ley Nacional de Ejecución Penitenciaria (24.660) ha eliminado toda diferencia entre la pena de prisión y la de reclusión. De las mínimas y controvertidas distinciones remanentes la más discutida es la del cómputo de los días que el condenado se encontró detenido con prisión preventiva.

Según el actual artículo 24 de nuestro Código Penal, dos días de prisión preventiva se computarán como un día de reclusión, mientras que para la prisión basta un solo día en prisión preventiva para que se compute una jornada entera.

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸ se ha expedido sobre el tema. La defensa de una mujer condenada por homicidio cometido bajo emoción violenta llegó recursivamente ante el máximo órgano jurisdiccional de nuestro país pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del citado artículo 24, para que se le computaran los días de prisión preventiva de la misma forma que si hubiese sido condenada a prisión, y no reclusión⁹.

Nuestro país tiene un sistema de control de constitucionalidad difuso, es decir, que cualquier tribunal de país puede declarar la inconstitucionalidad de una norma, pero sólo tendrá vigencia para ese caso en concreto. Concretamente se pedía la declaración de inconstitucionalidad del artículo 24 del código penal por resultar violatorio de la garantía de igualdad ante la ley y la presunción de inocencia, así como también de la razonabilidad de los actos de gobierno y de la garantía contra toda detención arbitraria -arts. 16, 18 y 28 de la Constitución Nacional, 7, inc. 31, 8, inc. 21 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y arts. 9, 14, incs. 11 y 21 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-; petición que fue favorablemente resuelta por la mayoría del tribunal oral criminal N° 7 de la Ciudad de Buenos Aires al considerar, sintéticamente, que la contabilización de dos días de prisión preventiva por cada uno de reclusión carece actualmente de razonabilidad al no hallarse prevista diferencia alguna entre ambos regímenes de ejecución.

La fiscalía interpone un recurso de casación que favorece a su petición, donde se deja sin efecto la resolución del Tribunal Oral. Pero se llega por recurso de queja (ante la denegatoria del recurso extraordinario) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que vuelve al argumento del Tribunal Oral.

Nuestro Tribunal Supremo dice, finalmente, que “la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”. Esta es la solución a la que llega la mayoría, entre la cual se cuenta el voto del Juez Zaffaroni. Pero la mi-

⁸ CSJN: Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado, 22 de febrero de 2005. M. 447. XXXIX.

⁹ La condenada sufrió tres meses y diecisiete días de prisión preventiva, y su defensa cuestionó la conversión de esos días (art. 24 C.P.), en virtud de la cual su defendida iba a tener que estar privada de su libertad cuatro años, tres meses y diecisiete días, esto es aproximadamente un 13% más de la pena impuesta.

noría, integrada por tres miembros del Tribunal, no llega al extremo de afirmar que se encuentra derogada la pena de reclusión, sino simplemente declarar inconstitucional el computo diferenciado de los días transcurridos en prisión preventiva, artículo 24.

Por ello, uno de los más urgentes tópicos de la reforma integral de nuestro código penal, debe contemplar una derogación expresa de la pena de reclusión, y la instauración en el centro del sistema sancionador de las alternativas a la pena privativa de libertad.