

Seminario de la càtedra a cargo de David Baigún -año 2007- sobre el "Proyecto de reforma del código penal argentino".¹

Algunas miradas posibles sobre el sistema de penas.

Pablo César Farsa, María Eugenia Luna, Marcelo E. Mónaco, Mariano Przybylski, Jorge Richard.

Introducción.

En esta presentación se retoman algunas ideas pertinentes de anteriores trabajos de nuestra autoría² en los cuales se analizaban, debatían y proponían –directa o indirectamente- los ejes bajo los cuales deben desarrollarse los presentes y futuros proyectos de reforma de la legislación penal tanto en Argentina como incluso en el resto de los países que integran el Mercosur.

A nuestro entender, deben tomarse en cuenta para ello una serie de tópicos de tratamiento ineludible, no solo por la gran producción teórica y jurisprudencial con que contamos a la fecha, sino también porque el enorme grado de deterioro de nuestros sistemas penales y de las personas atrapadas en él nos exige una actitud de responsabilidad.

Para lograr dicho cometido, ponemos de manifiesto algunos de esos tópicos que expresa o implícitamente se encuentran desarrollados en el sistema de penas del proyecto de legislación que en el marco de este seminario nos proponemos analizar. Ellos serían los siguientes:

a.- el diseño de alternativas de abordaje en un marco no punitivo. Esto es, una diversidad de reacciones estatales programadas para impedir la actuación exclusiva y excluyente del aparato punitivo tradicional;

b.- en ese contexto, un variado y amplio catálogo de sanciones punitivas y no punitivas legisladas expresamente tanto en la parte general como en la especial, lo cual facilitaría que los condenados ingresen en la etapa de ejecución de las sentencias conociendo cuál es su pena y cuanto tiempo y/o esfuerzo le insumirá agotar la misma, ya sea en detención, régimen de semilibertad o por mero transcurso del tiempo o cumplimiento de determinadas reglas de conducta en los casos de las penas alternativas a la de prisión inferior a los tres años.

c.- categorías doctrinarias contenidas en previsiones expresas que establecen el principio de legalidad respecto al método que deben seguir los magistrados al dictar condenas. Esto es: si deben o no partir del mínimo de la escala penal; cuales son las condiciones atenuantes o agravantes del "piso punitivo" como ser: el sufrimiento del autor a consecuencia del hecho (la denominada "pena natural"); la duración del proceso; su vulnerabilidad a la acción del sistema penal –ya sea personal, social e incluso fisiológica y/o psíquica y hasta psicológica- ; la competencia de la víctima en determinados delitos; la extensión del daño causado; el comportamiento del autor con posterioridad al hecho (arts. 8, 9 y 10 del "Proyecto...").

El sistema de penas adoptado en el "Proyecto...". La prevalencia de la pena de prisión. La incidencia limitada de la pena de multa.

El proyecto de legislación analizado contiene un sistema de penas (en sentido estricto) absolutamente tradicional (art. 5º). En tal sentido, se legisla como predominante a la pena de prisión como pena principal (art. 11 y su correlato en la mayoría de los tipos de la parte especial) circunscribiendo el rol de pena principal a la pena de multa (arts. 12 y 13) en algunos tipos de la parte especial (arts- 116, 150, 177, 199, 235, 239, 288, 295, 306 y 333 -2do supuesto-).

También en la parte especial, se prevé a la pena de multa como **alternativa** (arts. 194, 208, 209, 210, 215, 218, 219, 220, 227, 236, 284 y 285) y en algunos casos como pena **conjunta** con la de prisión (arts. 181, 203 a 207, 211 a 214, 246 a 251, 286, 304, 305 y 311) e incluso con la de **inhabilitación** (arts. 200, 201, 246, 250, 256, 257, 258, 261 a 265, 267 a 275, 279, 280, 289, 295, 299, 300, 302 a 306, 308 a 314, 316, 317, 324, 330, 334, 338 -2da parte- y 341).

Finalmente la pena de inhabilitación solo tiene carácter de pena principal en el art. 278, donde se la regula como absoluta y no se la contempla como pena alternativa a la prisión o multa en ningún supuesto.

A su vez, todas las penas pueden ser dejadas sin efecto o reducidas por debajo del mínimo legal, en los supuestos previstos en el art. 9.

En lo que a este trabajo interesa en cuanto a análisis, crítica y propuesta de modificaciones, se establecen en el art. 18 las denominadas "Penas alternativas a la privación de la libertad" para los casos en que se prevé una pena de prisión efectivamente impuesta que no resulte superior a los tres años (art. 26). Las alternativas son la detención de fin de semana; la prestación de trabajos a la comunidad; la obligación de residencia; la prohibición de residencia y tránsito; el arresto domiciliario; el cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales y la multa reparatoria. Cada una de ellas se encuentra regulada en los arts. 19 a 25 y no tienen correlato (por su carácter sustitutivo de la pena de prisión como ya se ha dicho) en la parte especial.

Finalmente, el corolario del sistema descrito precedentemente es la supresión de la ejecución condicional de la pena, tal como los autores del "Proyecto..." lo resaltan en el capítulo "V" de la exposición de motivos (párrafo 18).

El mecanismo de determinación de la pena. Aciertos y carencias.

El sistema para la determinación de la pena del "Proyecto..." se encuentra regulado en sus artículos 8 y 9. La propuesta exhibe avances en relación a la normativa que hoy nos rige en la materia (arts. 40 y 41 del CP) pero, en rigor de verdad, el habitual abandono de esta área dogmática por parte de la ciencia penal, parece haber influido en la propuesta que, sin dudas, no llegó a prever todos los avances que pueden lograrse en la regulación legal del sistema.

Ya en anteriores trabajos ³, habíamos llamado la atención sobre la escasa atención que se presta a esta temática, tanto en doctrina como en jurisprudencia. A la par se verifica un fenómeno "científico" según el cual es más importante discutir casos hipotéticos en el marco de la dogmática de la imputación penal y de escasa o nula representación en la operatividad del sistema penal, que analizar con precisión el modo en que se decide, por así decirlo, "la cantidad de prisión" que diariamente se aplica a la población realmente alcanzada por el poder punitivo estatal. Por ello, intentamos resaltar la importancia de la medida de la pena en relación a la configuración concreta del sistema punitivo, buscando fomentar su estudio y la promoción y apoyo a las reformas legislativas tendientes a un mecanismo racional, que reduzca la discrecionalidad y brinde un espacio de influencia a las circunstancias *reales*, tanto de las características del hecho y la culpabilidad, como del funcionamiento concreto del sistema penal a la par que satisfaga las exigencias de fundamentación indispensables para la plena vigencia del derecho al recurso y en suma, al debido proceso legal.

El artículo 8 del anteproyecto señala que la culpabilidad será el fundamento para la determinación de la pena, tras lo cual señala, en 5 incisos, las pautas a tener en cuenta.

Mantiene respecto del sistema actual -en forma casi idéntica- el inciso 1º del artículo 41: "naturaleza y gravedad del hecho y extensión de daño y peligro causados". En el inciso "b" del citado art. 8 del "Proyecto..." se incluye la calidad de los motivos y la dificultad para el sustento, ya existentes en el inciso 2º del actual artículo 41 CP. También debe señalarse que la referencia a la "participación" ha pasado al inciso "c", con una fórmula más completa: "pluralidad, participación y grado de organización".

Se incluyen como novedades (inciso "d") los propósitos del autor, especialmente raciales, religiosos, étnicos o vinculados a la nacionalidad, y en el inciso "e", la mayor o menor capacidad de comprensión y dirección de las acciones lo cual constituye -en este último caso- un gran acierto, por que adecúa la sanción a la culpabilidad lo que permite tener en cuenta aquellas situaciones que sin llevar a la inculpabilidad, pudieron tener una influencia importante en la comprensión o decisión del autor.

Otro mérito importante es la inclusión -en el artículo 9º del "Proyecto..."- de la insignificancia como criterio para la disminución de la pena, incluso por debajo del mínimo de la escala penal. En el mismo artículo, se incluye también, como exención de pena o como atenuante a la *pena natural*, es decir, a la producción, como consecuencia del hecho, de afectaciones graves al autor o al partícipe (nótese que no se ha limitado esta pauta a los delitos culposos, como inexplicablemente suele regularse el instituto en algunas legislaciones procesales como "criterio de archivo" vgr. Art. 56 bis del CPP de la provincia de Buenos Aires).

Pese a lo dicho, el sistema propuesto no solo exhibe como mérito, lo que regula -en dónde, luego veremos, se debió decir mucho más- sino también en lo que quita del mecanismo actual. En tal sentido, resulta destacable la supresión de todas las referencias peligrosistas (antecedentes y reincidencia) del actual artículo 41 CP.

Ahora bien, quizás en cuanto a defectos del anteproyecto se debe señalar lo limitado de la regulación que propone, cuya ampliación es *indispensable* para los objetivos mencionados anteriormente (racionalidad, eliminación de la discrecionalidad, concreción del derecho de defensa, etc.) . Ello queda particularmente claro al recorrer tan solo una pequeña parte de la legislación comparada.

A modo de ejemplo, el anteproyecto no regula cual es el *punto de ingreso* a la escala penal, carencia fundamental sin la que no queda claro que el ingreso debe realizarse obligatoriamente desde el mínimo de la escala. Ello neutraliza toda la regulación que se diseña puesto que no puede celebrarse la limitación de agravantes peligrosistas si a la vez se permite al juzgador ingresar desde cualquier punto de la escala penal en abstracto con lo cual se autoriza indirectamente a lograr un mayor quantum de pena que aquella que podría concretarse ingresando desde el mínimo y sumando, por ejemplo, tres agravantes cualquiera.

Por el contrario, es menos criticable la decisión de no regular la dirección de las pautas incluídas (esto es, si son atenuantes o agravantes) porque puede ser correcta su interpretación como criterios mixtos, es decir, pasibles de agravar o atenuar según el caso, la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor. Ello es particularmente claro en el caso del inciso a) del artículo 8. Pero hay que advertir que, por ejemplo, existe el riesgo de que una pauta considerada dogmáticamente como atenuante -como la culpabilidad disminuida del inciso "e" del citado art. 8- pueda ser utilizada como agravante en algún caso. Pese a lo dicho, resulta claro que se verifica en ello una clara *decisión* de los autores del anteproyecto, quizás polémica, en cuanto decisión de política criminal pero inobjetable desde el punto de vista constitucional o técnico.

Continuando con el análisis, tampoco se ha establecido cuál es el monto de influencia de cada circunstancia, del modo en que lo hace por ejemplo, el código penal español. En nuestro ámbito dogmático, proponen un sistema –condicionado por la legislación vigente- Bellagio, **Dias y (no tengo la cita, lo tenemos en el trabajo anterior)**. A nuestro juicio, tal intento regulatorio es inconveniente, dado que, si bien otorga enormes márgenes de previsibilidad, racionalidad y recurribilidad, tiene un costo demasiado alto, dado por la falta de flexibilidad para absorber la complejidad y variedad de los hechos sometidos a juzgamiento.

Finalmente, también debe criticarse la falta de inclusión de pautas importantísimas para la determinación de la pena muchas de ellas, previstas en la legislación comparada.

En primer lugar, si bien el inciso "e" del art. 8 prevé la disminución de la culpabilidad, debió haberse previsto la influencia atenuante de toda circunstancia próxima a la eliminación de la responsabilidad penal (CP España, art. 21, inc. 1º) captando así, por ejemplo, cuestiones tan disímiles como la competencia de la víctima o riesgos confluyentes para la tipicidad de la conducta del autor; casos de estados de necesidad en los cuales la ponderación no alcance el grado requerido para la justificación o la disculpa, o disminuciones de la capacidad de comprensión o dirección, por cualquier causa.

También del código Español pudo tomarse, para el caso de atenuantes, la posibilidad de analogía *in bonam partem* de toda circunstancia análoga a las reguladas (art. 21, inc. 6º). Asimismo, del mismo ordenamiento, conducta posterior al hecho (especialmente, sin conocer el proceso).

También del código penal Alemán (art. 46) como del Español (art. 21, inc. 5º) debió adoptarse la composición con la víctima como criterio a considerar.

Del código alemán -art. 46- nos parece sumamente importante como pauta atenuante, las consecuencias que son esperables para el autor por la imposición de pena que en nuestro ámbito y teniendo en cuenta la observación de la realidad (falta de inserción social, educativa, sanitaria, laboral, familiar, discriminación, contagio de enfermedades, lesiones,

etc. que afectan sobre todo a quienes son objeto de la represión estatal en su gran mayoría) debería tener una influencia fundamental para la determinación de la pena.

Otra pauta que debió considerarse es la *pena procesal*, es decir, el sufrimiento ínsito en el sometimiento a proceso, particularmente gravoso en nuestro ámbito, fundamentalmente en lo referido a la duración excesiva del propio juicio, a la aplicación de prisión preventiva durante toda la tramitación del proceso e incluso a la estigmatización producto de una desmedida difusión pública del hecho y del proceso judicial.

En definitiva, no es objeto del presente análisis, un recorrido exhaustivo de toda pauta que debiera considerarse y por ello, nos hemos limitado a señalar las que parecen más obvias, sumado a que casi todas ellas constituyen derecho positivo en otras naciones.

Para terminar y en comparación con el sistema vigente, el sistema del "Proyecto..." implica un avance, en primer lugar, porque incluye pautas hoy inexistentes (por ej: culpabilidad disminuída, insignificancia, pena natural) y en segundo término, porque elimina pautas peligrosistas.

Sin embargo, se ha quedado a mitad de camino en cuanto a temáticas fundamentales: punto de ingreso en la escala penal, naturaleza dogmática de las pautas e inclusión de criterios que parecen indispensables.

Los paradigmas vigentes en el plano constitucional sobre el fin de las penas.

Los incrementos ilimitados de la pena de prisión en las sucesivas reformas legislativas afectan a los principios de humanidad y reinserción social de los condenados como objetivos asignados a la pena tanto en el texto histórico de nuestra Constitución Nacional (art. 18 "in fine") como en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.6) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7, 10.1 y 10.3) estas últimas con jerarquía constitucional (art. 75 inciso 22 de la C.N. texto s/reforma 1994).

Esas normas le restan validez jurídico-constitucional a las penas de prisión de duración desmesurada que solo buscan convertir a las cárceles en depósitos de seres humanos en espera del día y hora de su muerte o dicho de modo más específico, que persiguen tangencialmente reinstaurar la pena de muerte por el transcurso del tiempo (contradiendo claramente los arts. 4.3 de la CADH y 6.6 del PIDCyP);

Como primera conclusión entonces, podemos afirmar que la asamblea constituyente del año 1994 positivizó específicos derechos relacionados con las personas privadas de su libertad como también determinados objetivos en relación a la ejecución de la pena. De tal modo, la ampliación de derechos complementa y amplía el pionero principio de humanidad que contenía (y contiene) el texto histórico de la Constitución Nacional Argentina en el último párrafo de su art. 18 ya que la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos citados precedentemente fue hecha sin reserva alguna respecto a ese tipo de cláusulas.

En ese contexto, debemos desarrollar un enfoque que le encuentre un sentido exacto al paradigma jurídico constitucional de reinserción y readaptación social establecido en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP (es decir, de la tesis que asigna a la pena la función preventivo especial positiva) frente a las notorias constataciones empíricas sobre el carácter despersonalizante, deteriorante o como mínimo estigmatizante para los individuos que les irroga la pena de prisión efectiva –aún las de corta duración–, defecto que se potencia en quienes no tienen antecedentes de institucionalización previos. En

realidad, la penología ha demostrado que esos defectos ocurren inexorablemente, lo cual refuerza la idea de que debe reducirse en todo lo posible la pena de prisión.

En tal sentido, se ha dicho "...las objeciones que se halla expuesto un Estado que persigue la resocialización no son sólo de filosofía moral. Las dificultades prácticas que plantean los programas dirigidos a esta finalidad, así como los datos empíricos que hacen evidente el fracaso diario de penas supuestamente dirigidas a la readaptación, también constituyen argumentos de peso que dificultan una legitimación irrestricta de la prevención especial, en particular, cuando la injerencia estatal se apoya en el objetivo de lograr la prevención especial positiva. Paradójicamente (o quizá, ello no deba sorprender) ha sido la Criminología, que colaboró a apoyarla e imponerla, la que también la puso en crisis. Pues han sido las investigaciones empíricas acerca de los efectos de las sanciones y el tratamiento las que dejaron al descubierto los humildes resultados de las intervenciones de esa naturaleza..."⁴

La problemática derivada del paradigma de la prevención especial positiva cristalizado en el plano constitucional, fue explícitamente abordada desde el ángulo de la teoría negativa de la pena "...el párrafo 6º del art. 5º de la CA (inc. 22 del art. 75 CN), que impone la *reforma y readaptación social*, asigna a la prisión una *función que en las ciencias sociales se demuestra que es imposible...*" (destacados en el original) "... Se trata de un caso de necesaria interpretación progresiva de la ley: si un conocimiento científico o técnico demuestra que la ley previa a éste imponía algo de imposible realización, la ley no pierde vigencia, sino que lo adecuado es que el intérprete la entienda como imponiendo lo más cercano a lo que aspiraba dentro de lo que el nuevo conocimiento admite como posible. En tal sentido debe interpretarse que obliga a extremar los cuidados para evitar que la prisionización acentúe sus estructurales caracteres deteriorantes y a ofrecer (no a imponer) la posibilidad de que los prisionizados aumenten sus niveles de invulnerabilidad al poder punitivo..."⁵

Los enfoques sobre las posibilidades reales de la reinserción social en el plano de las teorías de la pena. La condena de ejecución condicional: ¿es pena?

Luego de ese rápido recorrido del marco constitucional que legitima el castigo estatal en tanto persiga determinados objetivos, nos detendremos en las habituales legitimaciones discursivas del mismo desde la óptica de las teorías de la pena para analizar quizás el aspecto más innovador del proyecto elaborado por la "Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal" en la República Argentina, como lo es la supresión de la ejecución condicional de la pena de prisión tal como se la conoce actualmente.

El sistema adoptado establece que toda pena de prisión debe ser de cumplimiento inexcusable pero ligado a un sistema de alternativas para evitar su aplicación en los casos en que la misma no supere los tres años. Ello se dispone en la parte general sin correlato en los tipos penales de la parte especial, lo cual –adelantamos- constituye el principal punto sobre el cual este trabajo propondrá un debate en pos de una reforma más profunda del sistema de penas.

Si bien es cierto que siempre resulta complejo distinguir entre fundamentos, funciones y finalidades de la pena en las distintas teorizaciones sobre la misma, se podría afirmar que vista a la luz de esos debates doctrinarios una "pena que no se aplica" –es decir, la pena de ejecución condicional- no respondería a ningún encuadre teórico puesto que **a.**- no serviría para retribuir el mal causado por el delito; **b.**- ni tampoco como "ejemplo", ya sea

en forma de prevención general negativa o positiva y **c.-** no podría afirmarse que resulte una herramienta eficaz de la prevención especial resocializadora, a modo de espada de damocles sobre el infractor.

A su vez, si relevamos el dato de la reacción social, el instituto es pasible de severas críticas respecto a su supuesto efecto alentador de reiteraciones delictivas, inspiradas en una suerte de sentimiento de "impunidad" que experimentaría el condenado al cual la sentencia condenatoria no lo afecta de modo **visible** alguno.

En principio, el único marco teórico dentro del cual hallaría legitimación plena una propuesta de supresión de la condicionalidad en la ejecución de las penas, lo constituye la tesis funcionalista sistémica que afirma su validez como estabilizadora de las expectativas normativas de la comunidad y/o reafirmadora de la vigencia de la norma jurídica, idea cuyo prestigio académico es el resultado de una adhesión acrítica a sus presupuestos teóricos-sociológicos que, por cierto no resultan pacíficamente aceptados en ese ámbito del conocimiento y ni siquiera dentro de la propia corriente funcionalista.⁶ Es decir, producido un hecho se tiene que aplicar la pena prevista para el mismo, independientemente de cuál sea ella. Es más, dentro de este marco teórico, podría afirmarse que la condena de ejecución condicional no encuentra justificación para su existencia porque no permite realizar eficazmente el efecto pacificador que suscita algún grado de respuesta punitiva por parte del Estado frente a los delitos. Para neutralizar esta posición teórica suele afirmarse que sus fundamentos conducen a una exacerbación de la respuesta punitiva ya que cuanto más se ponga en crisis la vigencia de la norma -por la inevitable reiteración de delitos- más debería incrementarse la respuesta punitiva.

En el mismo plano crítico respecto de la vigencia de la condicionalidad podríamos enrolar también al minimalismo penal puesto que éste legitima la reacción estatal frente a la violencia basándose en la idea de que la pena estatal tiene entre otras, la función de evitar las reacciones informales y descontroladas que suscitaría la no intervención punitiva.

Sentado ello, podemos resumir el cuadro de las críticas respecto a la condena "en suspenso" del siguiente modo:

a) *ex ante delictum*, el instituto implicaría renunciar a la función preventivo general negativa que la prohibición penal tiene respecto de la comisión de delitos. Ferrajoli destaca que por debajo de un umbral mínimo, la pena no desalienta la comisión de delitos porque se convierte en una especie de tasa que el autor del hecho toma en cuenta al momento de correr el riesgo de fracasar en su empresa criminal. Con mayor razón podría predicarse ello respecto de una pena que "a priori" se sabe que directamente no se aplicará.⁷

b) *ex post delictum*, y desde el mismo marco teórico, se afirmaría que la no aplicación de pena efectiva implica olvidar que una de las esenciales funciones políticas -y hasta de índole cultural- que el derecho penal asume es proteger al responsable del hecho de las reacciones ilimitadas y/o informales⁸. Este parámetro justificador en nuestra área latinoamericana no encuentra correlato con los datos que -una vez más- la realidad se encarga de proporcionarnos. En efecto, lo que demuestra su carácter de aporía como teoría justificadora de la pena, es la ausencia absoluta de reacciones informales por parte de las víctimas a las violaciones más groseras de los derechos humanos cometidas por

agentes estatales. Esas víctimas –tanto las directas, como sus familiares y allegados o meros simpatizantes por razones políticas- aún frente a situaciones absolutas de privación de justicia, siempre han recurrido a mecanismos jurídicos para abordar el tema. Al respecto ilustran los hechos que dieron origen a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia Argentina en los casos “Arancibia Clavel” y “Simón” y los sucesivos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violaciones a esos derechos en Perú y otros países del área (caso “Barrios Altos”, entre otros)

c) desde la perspectiva de la pena como reparación e incluso desde la posición de quienes propugnan su sustitución para determinados delitos por mecanismos como la reparación, las tareas comunitarias (como lo hace el “Proyecto...” en comentario) podría afirmarse que el mantenimiento del instituto de la ejecución condicional cancelaría toda posibilidad de que el autor realice el menor esfuerzo por reparar en alguna medida el daño que causó, cualquiera fuera la medida de ese daño y su correspondiente reparación. Es decir, que ocurrido el hecho, ni siquiera cumple la función de “tasa” a la que se aludió más arriba y mucho menos de motivación para cumplir con otras alternativas menos punitivas que la prisión que el sistema le podría ofrecer al infractor.

Funciones o finalidades que cumpliría la condicionalidad en los sistemas que la receptan. Una somera enumeración.

La mayoría de las legislaciones regionales y europeas prevén, en forma paralela con los catálogos punitivos, una modalidad mediante la cual frente a determinados delitos y a determinados sujetos, se puede dejar en suspenso la aplicación de la pena y solo en una minoría de ellas no se prevé la condicionalidad ⁹. A su vez, en la mayoría de esas legislaciones, se prevén alternativas o posibilidades de conversión de la pena de prisión.

Retomando lo afirmado en el título precedente: la efectiva punición de casos donde actualmente se deja en suspenso la ejecución de la condena (o sea, la supresión de la condicionalidad) solo tendría como finalidad o función principal compeler -o decidir- a los infractores a refugiarse sin hesitar en las alternativas a la pena de prisión no superior a tres años.

Si así fuera se estaría perdiendo de vista que difícilmente dos individuos se motiven del mismo modo ante la amenaza de sanción punitiva de cumplimiento efectivo ya que solo en el plano de su tipicidad dos delitos pueden resultar similares. Su significado social y personal es disímil en cada caso ya sea por las características de los autores, de las víctimas, etc.. Dicho de otro modo: si existe la posibilidad dual (pena de prisión de hasta tres años de cumplimiento efectivo/alternativa) el sistema está renunciando desde el vamos a la posibilidad de que se restablezca el lazo dañado con la víctima individual y/o colectiva mediante un esfuerzo de “autoresocialización” adoptado sin amenaza punitiva de por medio o sea, respetuoso de la autonomía individual del infractor . Evidentemente, ello podría quedar en el mero plano de la especulación tal como lo describe Roxin “...seguramente habrá, al lado de los autores que pueden ser conducidos de esa manera hacia el cambio, siempre otros que se alegrarán de salir del problema en forma leve con la reparación y **que continuarán en el camino seguido hasta ese momento**. Empero, ello no constituye objeción alguna. Pues nosotros, conocidamente, no poseemos métodos de resocialización que provoquen efectos seguros de manera alguna. Antes bien, en cambio, **el resultado de los esfuerzos resocializadores actuales es tan**

desilusionante que sólo ya por ese motivo se debe emprender continuamente algo nuevo..." (los destacados son propios) ¹⁰.

Al suprimir la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión de corta duración solo se relegitaría la tendencia visible en la última década a que **todas las penas sean de cumplimiento efectivo**. Estas, previsiblemente, seguirán recayendo en su mayoría sobre la habitual lista de candidatos social o personalmente vulnerables frente a un reducido grupo de infractores con mayores o mejores herramientas de defensa ante al sistema punitivo quienes podrán satisfacer sin mayores dificultades los requisitos para acceder a alguna de las alternativas menos punitivas o reparatoria (tal como ocurre con la suspensión del juicio a prueba en la actualidad) mientras que los primeros no. De ese modo, estos últimos serán los únicos que cumplirán las penas de prisión de corta duración.

En cambio, si el catálogo de penas alternativas es obligatorio para el juez se le permitirá a cada uno de los autores de hechos punibles reparar el daño causado de la forma que resulta más apropiada a cada caso, sin incurrir en la des-socialización ni siquiera en las variantes más simbólicas del catálogo de penas alternativas (vgr. arresto de fin de semana o prisión domiciliaria).

Analizado ello desde el sistema vigente: si en la actualidad la mera amenaza de una pena de ejecución condicional influye de manera decisiva para decidir a los autores de hechos punibles hacia el instituto de la probation es porque aún una condena de esa características resulta perjudicial para los individuos que conservan aspiraciones de movilidad social. Tan perjudicial es esa amenaza para esos individuos como lo es la condena de prisión de cumplimiento efectivo para quienes ya han padecido institucionalizaciones previas o para aquellos que son condenados a penas de excesiva duración temporal. Siendo ello así, no se observa la necesidad de incrementar la amenaza suprimiendo la condicionalidad en la ejecución de la pena de prisión.

Los paradigmas explícitos e implícitos en el proyecto de reforma.

En la "exposición de motivos" del proyecto en análisis (capítulo V) los autores desarrollan una serie de ideas en relación a este tópico que sin duda, es el más sensible en cuanto a la posibilidad de explicitar los fundamentos frente al "sentido común" de política criminal que atraviesa a los sistemas penales en la actualidad esto es, la ausencia de paradigmas teóricos sustituido por una ideología práctica dirigida a mantener a la sociedad liberada de las "molestias" que las tasas siempre crecientes de delito implican. ¹¹

No obstante esa dificultad de orden político, los autores del "Proyecto..." fijan algunos parámetros clásicos del derecho penal en orden a la punibilidad como ser: que las penas deben ser proporcionales al ilícito o a la culpabilidad y también esbozan una propuesta "cautelosa" de utilización de la pena de prisión, de lo cual podría deducirse que se sugiere al legislador la utilización de la herramienta más drástica del derecho penal –esto es, la privación de libertad efectiva- como ultima ratio recurriendo al catálogo de "penas alternativas".

En cuanto a la ausencia más notoria en materia de paradigmas, sobresale el hecho de que no se realiza ninguna mención específica acerca de las normas constitucionales expresas sobre el punto (nos referimos a los art. 18 de la CN y los arts. 5.6 de la CADH y 10.3 del

PIDCy P y las disposiciones sobre la imposibilidad de reinstaurar la pena de muerte). La obligatoriedad de diseñar el sistema de penas a partir de esas normas es mencionada elípticamente como "...el mandato constitucional de respeto a los derechos fundamentales que debe mantenerse siempre y, especialmente, en los momentos de crisis, porque es allí donde encuentran mayor sentido y justificación..." y a la vez se intenta explicar la necesidad de preservar esos derechos fundamentales en pos de una "...mayor operatividad y utilidad social...", sin ahondar mucho en el significado real de esos conceptos ni su relación con las garantías constitucionales (párrafo 14º del capítulo V de la exposición de motivos). Previamente en el párrafo 12º también se afirma que se suprimen las penas perpetuas y la reclusión por tiempo indeterminado por no ser "congruentes con los principios constitucionales..." y porque resultan "...lesivas a la intangibilidad de las personas y constitutivas de una capitis diminutio...", pero aquí también sin mención concreta a norma constitucional o convencional alguna ni a los paradigmas que de ellas resultan obligatorios para el legislador.

El sistema de alternativas a la prisión ¿neutraliza la supresión de la condicionalidad?

La técnica adoptada en el "Proyecto.." se refleja respectivamente en los arts. 26 y 14 los cuales prevén –respectivamente-: a.- un sistema de reemplazo de la pena de prisión que no exceda de tres años por detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria y b) la conversión de la pena de días-multa en pena de prisión a razón de un (1) día de prisión por cada día-multa.

Resulta imprescindible detenerse a analizar el modo en que -por aplicación de ambas técnicas punitivas- se podría arribar a una pena de prisión efectiva para delitos que en la actualidad no recibirían esa sanción. Por ejemplo: en el caso de que no fuera satisfecha la multa fijada mediante el mecanismo previsto en el art. 13 del "Proyecto.." el art. 14 establece taxativamente que "...la prisión sustitutiva de la multa se cumplirá en forma efectiva..." y ello, aunque su campo de aplicación resulte limitado por otras disposiciones contenidas en el mismo artículo relativas a la imposibilidad de fijar la pena de días multa a quien no tenga capacidad de pago y su reemplazo por trabajos a favor de la comunidad.

En cuanto al art. 26 establece que "...el reemplazo podrá ser cancelado y se cumplirá la prisión si el penado... ..desobediecase las penas sustitutivas...", previendo asimismo el otorgamiento de un nuevo reemplazo de acuerdo a la evolución del penado.

No es menor la represivización del sistema punitivo que la supresión de la condicionalidad traería aparejada puesto que, al margen de todo intento racionalizador, debemos partir del hecho incontrastable de que en la actualidad –y quizás de un modo que se ha tornado estructural y definitivo- el sistema penal ha dejado de aplicar "penas" en el sentido jurídico-constitucional del término.

En efecto, es sabido que la mayoría de las privaciones de libertad se enmarcan en un contexto de mera cautela que antecede –y predomina- sobre el formato jurídico "pena" . Esa operatividad real del control social punitivo, demuestra que la suspensión condicional de la pena de prisión no es la peor de sus falacias y en todo caso, es una constatación más de que la oferta esencial del sistema penal –es decir, sancionar mediante penas- es totalmente falsa, sobre todo en un contexto donde las sucesivas autorizaciones

legislativas de mayor poder punitivo tienen como único fin de política criminal asegurar el encerramiento de los individuos a título de "cautela de custodia" o sea, el mero mantenimiento en el encierro de individuos "peligrosos" desde su aprehensión. El paradigma más evidente de ello son los "presos sin derechos" que los EE UU de América mantienen en su base de Guantànamo –Cuba-, pero también se verifica esa tendencia en los presos sin condena que atiborran los penales de la provincia de Buenos Aires y en las penas de larguísima duración que consumen la vida del condenado sin otro objetivo que mantenerlos apartados de la sociedad. Ello ha llevado a Gunther Jakobs a identificar –descriptivamente, según el autor- dos paradigmas opuestos en los sistemas penales vigentes: el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo.¹²

Dicho de otro modo, el recurso continuo –y hasta desesperado- a la prisión preventiva por parte del legislador y su aceptación generalmente acrítica por parte de los jueces de instrucción y aún de los denominados "de garantía" (en los sistemas procesales que los han instituido) nos plantea que en la actualidad –y quizás por un tiempo bastante largo- estamos y estaremos frente a una reducción significativa del espacio de maniobra –académico, judicial y en definitiva, político- para deslegitimar constitucionalmente a un instituto que siendo materialmente parecido a la pena se aplica sin esperar a la declaración de culpabilidad mediante una sentencia definitiva que debe dictarse en otro nivel de decisión del aparato judicial. Simplificando: se encierra solo con la notitia criminis.

Por todo ello, si a través de cualquiera de los caminos lógicos que se puedan recorrer, queda demostrado que el sistema penal se asienta sobre bases predominantemente ideológicas –en el sentido negativo del término- la supresión del instituto de la condicionalidad de la pena, sería agregar un nuevo eslabón a la cadena de legitimaciones sobre la operatividad real del sistema (vgr. el encerramiento cautelar).

Además, al diseñar al sistema de penas como de efectivo cumplimiento en todo los casos, no es un riesgo menor que –como producto de la tendencia burocrática y/o de política criminal de abusar de la prisión preventiva- se torne impracticable la aplicación de las "alternativas" al momento de la sentencia porque la pena de prisión de corta duración ya se habrá agotado en la cautelar y ya no serán aplicables las penas alternativas.

Podría razonarse que el "Proyecto..." solo establece la supresión de la condicionalidad de la ejecución de la pena de prisión –y su inmediata posibilidad de alternativas no privativas de la libertad- para delitos sobre los cuales en la actualidad no solo se deja en suspenso la pena, sino que tampoco reciben en la etapa preparatoria del proceso medidas cautelares privativas de la libertad. De ese modo, podría argumentarse que los cuestionamientos al abandono de la condicionalidad son abstractos ya que tanto en la legislación vigente como en la futura, la amenaza de pena privativa de la libertad es meramente simbólica.

Esa comprobación de índole sistémica no impide añadirle a los reparos desarrollados hasta aquí, uno nuevo y más sombrío: que ante la posibilidad de aplicar pena de prisión efectiva en todos los delitos –sea que esa posibilidad se la considere teórica o sea real, ante la ausencia de implementación efectiva de las "alternativas"- se abra paso definitivamente el criterio de la pena en expectativa como baremo homogéneo que justifique la procedencia de la prisión preventiva en todos los casos y se produzca un efecto exactamente contrario al buscado por el "Proyecto..." esto es, un crecimiento

desmesurado de los denominados "presos sin condena", cuya situación de ajuricidad ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹³

Quizás puedan servir de apoyo a los reparos expuestos las propias palabras de la comisión redactora del proyecto volcadas en la exposición de motivos (capítulo V párrafo 11º) "...la comisión conoce que el efecto de estas alternativas, en cuanto a su eficacia, resulta discutible y depende en gran medida de la instrumentalización de controles que le den operatividad... ...se propone entonces un sistema cuyos efectos serán largamente superadores de lo existente..."

¿Es constitucionalmente viable suprimir la alternativa de la ejecución condicional de la pena de prisión?

Es nuestra opinión que si no se legisla y asegura la implementación real y efectiva de sanciones **alternativas y autónomas** de la pena de prisión, indudablemente la supresión de la ejecución condicional sería una regresión desde el punto de vista de los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos, puesto que en todos los casos las condenas de prisión terminarían siendo efectivamente aplicadas. La inalterabilidad de esos principios se resume mediante la idea de que cuando el sistema jurídico republicano alcanza un determinado nivel de positivización de derechos y garantías, ese nivel tiene carácter de irreversible. Partiendo de la evidencia de que la constitución argentina impide la absoluta discrecionalidad legislativa -tal como surge de los artículos 1, 24 y 33 del texto constitucional argentino mediante los cuales el soberano encomendó al poder legislativo ejercer su función con racionalidad republicana - la tesis sobre la realización progresiva del principio de legalidad ha sido desarrollada por diversos constitucionalistas de nuestro país, sostenidas a través del tiempo y a los cuales nos remitimos.¹⁴

La resultante de esa combinación permite afirmar que la ejecución condicional de la condena de prisión tal y como están diseñadas y atribuidas las competencias en materia de ejecución de pena y control (la limitadísima asignación de recursos jurisdiccionales, materiales y humanos en la competencia relacionada con la ejecución de sentencia es prueba de ello) sigue siendo un mecanismo más apto para realizar el cometido de reinserción social que fijan las normas constitucionales aludidas y por ello mismo no debe ser suprimida.

En cuanto a los posibles reemplazos de la pena de prisión, su viabilidad debería ser motivo de análisis y pormenorizado debate teniendo en cuenta para ello el marco que proveen las respectivas leyes de ejecución de la pena privativa de libertad. En el caso de la República Argentina¹⁵, observamos que la legislación respectiva recepta - al igual que la norma constitucional citada- el denominado "fin resocializador" de la pena. Por ende, toda modificación legislativa respecto al catálogo punitivo no puede fijar un estándar más grave para quienes en la actualidad no serían pasibles de una pena de prisión de cumplimiento efectivo (por imperio del art. 26 del código penal) puesto que estarían en peores condiciones -es, decir, sujetos a una "nueva" alternativa deteriorante y estigmatizante- asimilándolos de ese modo a quienes resultan condenados a penas de prisión efectivas por la escala punitiva más elevada que se aplica a determinadas clases de hechos. Pero fundamentalmente no puede operarse una reforma en sentido ampliatorio de la pena de prisión por hechos que hoy son amenazados con la simple ejecución condicional, porque

se incurriría en violación al principio de legalidad en su aspecto de realización progresiva como se dijera precedentemente.

En síntesis, el derecho a que la pena no resulte deteriorante, enunciado en el plano constitucional como "facilitación de la reinserción social" (arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCyP citados) y "eliminación de las penas aflictivas e inhumanas" (arts. 18 C.N y 10.1 PIDCyP) para aquellos individuos que cometieron un injusto menor –viabilizado mediante el mecanismo de la ejecución condicional de la condena de prisión- no podría ser "restado" para el futuro acudiendo a nuevas clases de penas que traigan aparejados el mismo efecto. Ejemplificando por el absurdo, no podría negarse el derecho al "no deterioro" o a la "no estigmatización" -que en la actualidad la ejecución condicional intenta garantizar- reinstalando los azotes o el destierro como "nuevas penas".

La alternativa para las alternativas a la pena de prisión previstas en el "Proyecto...": su ubicación como penas en la parte general y especial.

Nuestra investigación sobre los precedentes de reforma del código penal argentino y sobre el derecho comparado, demuestra que el catálogo punitivo en ellas no se restringe al sistema del artículo 5º del "Proyecto...", sino que también se incluyen como "penas" a lo que en el art. 18 del mismo se denominan "alternativas" incluso con carácter obligatorio.¹⁶

Si se incluye el contenido del art. 18 del "Proyecto..." como incisos diferenciados del artículo 5º, se podría suprimir en la parte especial la pena de prisión no superior a los tres años en los delitos para los cuales hoy se la está proponiendo como de cumplimiento efectivo por supresión de la condicionalidad (por ejemplo: arts. 102 y 107 –lesiones dolosas y culposas respectivamente-; art. 136 –violación de domicilio-; art. 167 –hurto simple-;.). Ante conductas tipificadas en esas normas el juez deberá seleccionar la pena del catálogo de "nuevas sanciones" incorporadas al art. 5º, ya sea en forma conjunta o alternativa, pero dejando expresamente de lado la pena de prisión.

En cuanto a los tipos que combinan una escala mínima inferior a los tres años con una máxima de prisión superior a los tres años (vgr. Art. 174 –estafa-) seguiría rigiendo el sistema de "alternativas" del art. 18 del "Proyecto..." el cual debería establecerse como **obligatorio** (en lugar de la fórmula adoptada "...podrán ser aplicadas...") para no incurrir por un lado en las tachas constitucionales relativas a la supresión de la condicionalidad de esa escala punitiva y por otro en los riesgos sistémicos (vgr. generalización de la prisión preventiva) descriptos en apartados precedentes.

Dicho de otro modo: combinando ambos mecanismos se podrían superar las objeciones constitucionales a la supresión de la condicionalidad, puesto que:

- a) como pena desaparecería del catálogo punitivo para hechos que actualmente se amenazan con una sanción de prisión efectiva no superior a los tres años y
- b) no sería posible aplicar una condena de prisión efectiva de hasta tres años en delitos que en "abstracto" contemplan una escala superior mayor, puesto que regirían obligatoriamente las "alternativas" del art. 18

¹ Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos números 303/04 y 136/05

² Trabajos titulados: "Propuesta para un programa de limitación del poder punitivo del Estado", construcción colectiva de docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, presentado en el "IV ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL" celebrado en Rosario, octubre de 2004 y "Sobre la necesidad de debatir la validez constitucional y doctrinaria de los paradigmas que guíen las reformas de los códigos penales en los países del Mercosur. Un ejemplo concreto: la supresión de la pena de ejecución condicional" (Marcelo E. Mónaco) presentado en el "VI ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL" celebrado en Mar del Plata, octubre de 2006.

³ "Derecho de ejecución penal" Editorial Hammurabi, Buenos Aires págs.....

⁴ Ziffer Patricia, "La idea de peligrosidad como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fermín Ramírez" (publicado en La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, diciembre 2006)

⁵ Zaffaroni Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro "Tratado de Derecho Penal- Parte General" segunda edición., pág. 55, párrafo 3.

⁶ Al respecto basta con cotejar la postura de Jürgen Habermas en su obra "Teoría de la acción comunicativa" donde plantea paradigmas sistémicos claramente divergentes de los establecidos por Niklas Luhmann en la obra "Sociedad y sistema".

⁷ Luigi Ferrajoli "Derecho y Razón- Teoría del garantismo penal", página 400.

⁸ Luigi Ferrajoli, ob. Cit. Páginas 261, 332 y ss.

⁹ Código penal argentino vigente: art.26.
Códigos penales de Latinoamérica: Brasil (arts. 77 a 82); Guatemala (arts. 72 a 77); Paraguay (arts. 43 a 50); México (art. 90).
Códigos penales de Europa: Francia (art. 132-29 y 132-31); Alemania (art. 47); España (art. 80).
No prevén este instituto los códigos penales de: Chile, República Dominicana e Italia

¹⁰ Roxin, Klaus "La reparación en el sistema de los fines de la pena" (pág.153, último párrafo) en "De los delitos y de las víctimas", autores varios, editorial AD-HOC, Buenos Aires.

¹¹ Al respecto ilustra la obra de David Garland "La cultura del control", editorial Gedisa. En particular, su capítulo III titulado "La crisis del enfoque penal moderno"

¹² Jakobs Gunther y Cancio Melía Manuel. "Derecho Penal del Enemigo". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2006.

¹³ In re "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/Hábeas corpus", sentencia del 3 de mayo de 2005.

¹⁴ Florentino González, "Lecciones de Derecho Constitucional", quinta edición, librería de la Vda. de Ch. Bouret, París/México, 1909; Germán Bidart Campos, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino" -tomo VI pág. 579-, segunda reimpresión, editorial Ediar Buenos Aires, 1997; Germán Bidart Campos "Casos de Derechos Humanos", pag. 27, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997

¹⁵ Ley 24. 660, art.1

¹⁶ Ampliando el catálogo punitivo y/o estableciendo alternativas aparecen los códigos penales de: Francia (art. 131-3 y 131-6); España (arts. 33 inciso 3 acápites d, f, i, j, 39 y 88); México (arts. 24 puntos 5 a 10 y 24 puntos 13 a 18); Brasil (arts. 43 a 48)

El proyecto de reforma de 1987 de los diputados Perl y Fappiano preveía en su art. 48 -con carácter "obligatorio" para el juzgador- el reemplazo de la pena privativa de libertad que se encontrase entre los 3 meses y 1 año por alternativas similares a la del "Proyecto..." actual y dejaba a su arbitrio (art. 51) el reemplazo de la pena de prisión de entre 1 a 3 años por las alternativas mediante el uso de la palabra "podrá".