



El mandato de certeza y la ejecución de la pena

por **QUIÑONES ALLENDE, GABRIELA**

2013

www.infojus.gov.ar

ID Infojus: DACC130316

Resumen El mandato de certeza (*lex prævia et certa*) limita el ejercicio del poder punitivo en dos momentos: a) resulta ilegítima la imposición de una pena distinta a la prevista por la ley antes de la comisión de un delito, excepto que la nueva ley o la vigente en el tiempo intermedio sean más benignas; b) la pena fijada en la sentencia condenatoria firme no puede ser agravada. Sin embargo, ciertas disposiciones infraconstitucionales autorizan la violación del mandato de certeza -en las dos dimensiones indicadas- en la etapa de ejecución de la pena. Sin pretensión de exhaustividad, en la presente monografía se señalarán algunos de esos supuestos normativos de los que se predica su inconstitucionalidad.

1) La pena de "hiperprisión" Aunque se sostiene que la respuesta punitiva no puede exceder el grado de culpabilidad exteriorizado con la comisión del delito, respecto a algunos de ellos las penas conminadas sólo tienen como fundamento a su lesividad pues al ser fijadas impiden computar la eficacia reductora de las circunstancias atenuantes que se pudieran alegar y probar.

Ahora bien, aún en éstos supuestos más disvaliosos, la ejecución de la pena debe consistir en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social de los penados (arts. 10.3 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \[1\]](#) y 5.6 de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos \[6\]](#) -CADH-). La enunciada es una garantía oponible al Estado que excluye la posibilidad de que las penas privativas de la libertad puedan tener fines inoquizadores o relegatorios. (2) Las disposiciones de derecho interno ordenadas a la concreción de esa garantía son las incluidas en la [ley 24.660 \[2\]](#) -Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad- (3), que es complementaria del Código Penal, [art. 229 \[5\]](#). La propiedad que caracteriza al tratamiento penitenciario es su progresividad (arts. 6 [3] y 12 [4], ley 24.660) que permite al interno acceder a estadios normativos de atenuación de la restricción a la libertad que son funcionales a su esfuerzo personal por alcanzar la meta resocializadora.

En línea con estos principios generales, la ley establece: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado" ([art. 8, ley 24.660 \[7\]](#)).

Al programar el tratamiento penitenciario individualizado, se consignan en su Historia Criminológica las fechas en que el interno, previo cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios, podría acceder al período de prueba; salidas transitorias y semilibertad; libertad condicional; libertad asistida; programa de prelibertad y egreso por agotamiento de la pena ([art. 8 del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución, aprobado por el decreto 396/1999 \[8\]](#)). (4) Los expuestos precedentemente, son los ejes centrales del tratamiento con fines resocializadores autorizado por las normas convencionales con jerarquía constitucional. La gravedad del injusto que determinara la imposición de la pena ha sido totalmente abarcada con la extensión fijada en la sentencia condenatoria, sin que exista un remanente de aflicción que pueda agravar la situación del condenado durante la etapa de ejecución de la pena.

Ahora bien, en virtud de la [ley 25.892 \[19\]](#) (5) se ampliaron los supuestos en que al condenado se lo priva del derecho a acceder a la libertad condicional. En esa misma dirección, la [ley 25.948 \[20\]](#) (6) canceló -en los mismos casos- la posibilidad del interno de acceder a los derechos correspondientes al período de prueba, prisión discontinua o semidetención y libertad asistida, a los que la norma impropriadamente denomina "beneficios", cuando -en rigor- son derechos derivados del paradigma resocializador.

Este plus punitivo se encuentra habilitado respecto a quienes hayan sido condenados por los delitos previstos por los arts. 80 inc.7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo.

Resulta necesario concluir que si el tratamiento penitenciario es un régimen caracterizado por la progresividad, quienes cumplen pena por alguno de esos delitos están excluidos del tratamiento resocializador y, por ende, a su respecto se afectan sus garantías convencionales. Su prisionización responde -en estos casos- a criterios de prevención especial negativa.

Pero, por otra parte, se afecta el principio de legalidad según el cual deben estar definidas, en una ley previa, la conducta u omisión que autorizan la injerencia punitiva estatal, como la máxima extensión habilitada y la naturaleza de las consecuencias punitivas. Este último aspecto es el que le confiere eficacia normativa al catálogo de penas previsto por el art. 5 CP. En consecuencia, cuando un delito se encuentra conminado con las penas de reclusión o de prisión, éstas son aquellas que se ejecutan conforme a un régimen caracterizado por la progresividad. Luego, las penas que se cumplen de otra manera, más allá de su denominación son -en realidad- un ente distinto, al que gráficamente denominamos "pena de hiperprisión", despojada de fines resocializadores.

Se ha afirmado: "una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado". (7) Desde otro punto de vista, el principio de legalidad penal está interferido por normas de jerarquía superior. Luego, ni siquiera en virtud de una ley en sentido formal podrían establecerse penas que

representen un castigo, ni las que sean crueles o inhumanas o cuyos efectos las equipare a la pena de muerte.

Las leyes aquí examinadas privan de cualquier relevancia jurídica a los esfuerzos personales del condenado por resocializarse y, por ende, lo despojan de su subjetividad, cosificándolo al momento en que cometió la infracción punible. Esa respuesta punitiva es puramente retributiva e insta -como en el Infierno de la Divina Comedia- a perder toda esperanza.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido un criterio constitucional colacionable a la cuestión tratada: "resulta violatoria del principio de igualdad una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados".(8) Además, como en el caso de casi todos los delitos sancionables con la pena de hiperprisión: ésta es perpetua, la consecuencia normativa es que la persona morirá privada de su libertad lo que representa -en rigor- una pena de muerte diferida en el tiempo, contraria a la proscripción establecida por el art. 4, inc. 2 CADH según la cual la pena de muerte tampoco se extenderá a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado acertado el argumento según el cual: "la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional".(9) A modo de digresión debemos señalar que ninguna racionalización podría sostener la validez del régimen de hiperprisión que carece incluso de coherencia interna. En efecto, resulta adjudicable a quien comete un homicidio con ocasión de un robo y para otros delitos calificados por el resultado, pero no para el autor de un homicidio *criminis causæ*, siendo que -en principio- este delito supone un mayor grado de culpabilidad, determinado por el plus disvalioso de subjetividad.

Debe señalarse, por último, que están exentos de la pena anticonvencional aquí examinada los extranjeros en situación migratoria irregular quienes -conforme a lo previsto por los arts. 64, inc. a), [ley 25.871 \[9\]](#) (10) y 17, inc. l) ap. b, ley 24.660- recuperarán su libertad al cumplir quince años de encierro remitiéndoseles el remanente de la pena impuesta por el Tribunal competente.

2) La pena de reclusión Si bien la Corte Suprema de Justicia ha considerado virtualmente derogada a la pena de reclusión (11), lo cierto es que siguen vigentes las escalas punitivas que autorizan su imposición y la regla de conversión prevista por el [art. 24 CP \[10\]](#): dos días de prisión preventiva se computan como uno de reclusión. Más aún, con posterioridad a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, se han sancionado leyes que pautan la adjudicación de esta especie de pena como consecuencia jurídica (v.gr. leyes 26.364, [art. 12 \[11\]](#) (12); y 26.791, [art. 1 \[12\]](#) (13)).

La regla de conversión descripta importa la creación de un "día normativo", despojado de onticidad y que viola el concepto natural receptado por los [arts. 24 \[14\]](#) CC y [77 CP](#)

[13]. De esta manera, mediante un artificio ficcional, se confisca al prisionizado preventivamente una parte de su existencia, sin que ello pueda legitimarse en función a los fines constitucionales de la pena.

Implícitamente, el modo de cómputo de la prisión preventiva limita el derecho al recurso del acusado pues -durante la sustanciación de la posible impugnación de la sentencia condenatoria- "el tiempo normativo" transcurrirá ralentizado respecto al tiempo físico.

Ello puede ocasionar que el tiempo de privación de la libertad sea superior al previsto como máximo de pena para el delito respectivo. Por ejemplo, a quien habiendo sufrido diez meses de prisión preventiva, fuera condenado a la pena de tres años y ocho meses de reclusión por el delito de aborto consentido por la mujer (art. 85, inc. 2 CP), la pena impuesta se extinguiría -por cumplimiento total- a los cuatro años y un mes desde la prisión provisional, sin que tal consecuencia se modificara por su ejecución parcial bajo el régimen de libertad condicional, al que -por cierto- podría acceder tardíamente.

En síntesis, la doctrina de la virtual derogación no abarca la situación de quien resulta condenado a una pena de reclusión y ha cumplido algún término de prisión preventiva.

3) La condena de ejecución limitada

3.1) Prescindiendo de la denominación corriente, la pena impuesta bajo la modalidad prevista por el art. 26 CP [15] sólo excluye la prisionización inmediata de la persona condenada, pero habilita una serie de restricciones a la autonomía personal -de propósito perfeccionista- llamadas "reglas de conducta" que importan un modo disimulado de ejercicio del poder punitivo y cuyo contenido es análogo a las que se imponen a los condenados privados de su libertad (obligaciones de estudiar, de trabajar, limitaciones en sus relaciones familiares y sociales, etc.).

En principio, la ley establece -respecto a cada delito- la extensión temporal del ejercicio de la potestad punitiva que no puede exceder el máximo de la escala penal con que se encuentra conminada la infracción punible. Sin embargo, el art. 27 bis -párr. 1- habilita un plus temporal que excede -en algunos supuestos- aquel máximo, que se prolonga entre los dos y los cuatro años computables desde la sentencia condenatoria. Ello es constatable respecto a delitos tales como lesiones leves, las mismas causadas en riña, daño o hurto.

Por otra parte, el lapso indicado puede determinar que el ejercicio de la potestad punitiva se extienda más allá de la pena fijada en la sentencia condenatoria en función a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad como pautas indicativas de los requerimientos de prevención especial positiva del infractor. Así, por ejemplo, quien ha cometido una estafa podría ser condenado a la pena de un mes de prisión, por ejemplo: si el damnificado hubiera obtenido el resarcimiento por el perjuicio económico causado. Pese a ello, el condenado debería cumplir las reglas de conducta "resocializadoras" al menos durante dos y -quizás- hasta cuatro años. Suena extravagante suponer que quien es efectivamente encarcelado se "resocializará" en un tiempo mucho menor que aquel a quien se le impone una condena de ejecución limitada.

Finalmente, como el dies a quo del término de cumplimiento de las reglas de conducta es aquél en el que queda firme la sentencia condenatoria, se excluye la posibilidad de que se compute a cuenta de ese término la prisión preventiva que el causante pudiera haber cumplido, conforme a lo establecido por el art. 24 CP. Ello determinaría que -en ciertos supuestos- la imposición de una pena de cumplimiento efectivo sea menos aflictiva que su cumplimiento limitado.

Al dictarse la sentencia condenatoria podría afirmarse que la imposición de reglas de conducta es una consecuencia jurídica de la comisión de un delito. Sin embargo, el cumplimiento de esas reglas cobra autonomía erigiéndose en un deber de obediencia al mandato estatal. Del texto expreso del último párrafo del art. 27 bis CP surge que la facultad de no computar todo o parte del tiempo transcurrido, como la de revocar la condicionalidad y ordenar que el condenado cumpla la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia, reconoce como presupuesto el incumplimiento pertinaz y reiterado de las reglas, vale decir, un suceso posterior y externo al injusto.

Epigramáticamente: una persona puede ser prisionizada por rehusarse a completar su escolaridad primaria, por usar estupefacientes en su ámbito de privacidad constitucionalmente tutelado, por relacionarse con amistades "inconvenientes" o por no someterse a un tratamiento médico (que es un derecho y no un deber).(14) Resulta obvio considerar que el incumplimiento de esas reglas, que sugieren la existencia de un plan de vida preferido, no afecta bienes jurídicos de terceros y, en consecuencia, conforme al principio de legalidad -en sentido sustantivo- no debería ser punible. Sin embargo, puede explicar que alguna persona sea privada de su libertad.

3.2) La condena impuesta bajo el régimen previsto por el art. 26 CP es una garantía que deriva de los mandatos de optimización establecidos por los arts. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 5.6 CADH. Las penas cortas privativas de libertad no responden al paradigma resocializador, sino que "desocializan" (15) y, por ende, no legitiman la efectiva privación de la libertad de la persona condenada, salvo que el órgano acusador acredite su perentoria necesidad fundada en razones de interés general (art. 30 CADH).

Las razones que acotan el ejercicio del poder punitivo se ponen en entredicho con la solución normativa prevista por el art. 27, párr. 1 CP, según la cual si el condenado bajo ese régimen cometiere un nuevo delito dentro de los cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, "sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas".

La primera objeción que puede formularse se vincula a la coherencia interna del régimen. Si el condenado cumple cabalmente las reglas de conducta que le hubiesen sido impuestas durante el plazo fijado por el Tribunal, parecería que el Estado conservara un remanente de facultades punitivas que cobrarían vitalidad luego de agotado ese plazo.

Resulta constatable que, en supuestos como el presentado, el cumplimiento de la pena por el primer delito está dissociado temporalmente del delito en sí. Desde la comisión del delito hasta la sentencia condenatoria media el tiempo del proceso al que se suma el del cumplimiento de las reglas de conducta (de dos años al menos). Agotado, en la mayoría de las hipótesis, el plazo de prescripción de la pena, el cumplimiento de la

primer condena no aspira a metas resocializadoras, sino que se erige en un castigo por una infracción al deber de obediencia, porque el causante no se "resocializó" lo suficiente.

Podría ocurrir que la pena única por ambos delitos fuera de escasa duración. Pues bien, su efectivo cumplimiento supone asumir que ésta sólo tendrá eficacia desocializante, lo que la deslegitimaría desde su imposición. El autor del delito de homicidio culposo con pluralidad de víctimas, de un homicidio en riña o preterintencional podría ser condenado a una pena de ejecución limitada. No así quien reitera la comisión de un hurto de escasa significación, si la primera vez fue condenado de manera condicional o limitada.

Finalmente, una pena cuyo cumplimiento se difiere en el tiempo y que desdeña los esfuerzos resocializadores de quien ha cumplido las reglas de conducta impuestas por el Estado, tiene contenido puramente retributivo y afecta el principio de legalidad penal en sentido sustantivo pues es -sin dudas- una pena cruel.

Explica Valois Cohelo: "Cuando una decisión judicial agrava o aumenta el tiempo de la pena privativa de libertad de un ciudadano con el argumento de que la medida es tomada en pos de la resocialización de la persona, el poder judicial no demuestra solamente su faz alienada, sino también practica un acto de violencia, un acto ciego y arbitrario, por ser impuesto a pesar de su absoluta incomprendibilidad".(16)

4) Pena sin delito La Constitución Nacional, en el [art. 18 \[21\]](#) prescribe "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo". A su vez, de los arts. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 CADH, se deriva que el ejercicio del poder punitivo requiere la previa acreditación de la responsabilidad penal de la persona acusada.

El [art. 5 \[22\]](#) CP autoriza como una de las respuestas punitivas posibles a la pena de multa, con la que se encuentran conminados diversos delitos. Ahora bien, por definición, la suspensión del juicio a prueba implica que la responsabilidad penal del acusado no se ha acreditado. Sin embargo, el [art. 76 \[23\]](#) bis -párr. 5- CP establece: "Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente".

El pago de una cantidad de dinero (cualquiera fuese su monto) es, según lo previsto por el [art. 21 CP \[24\]](#), la ejecución de la pena de multa que, en el supuesto descrito en el párrafo precedente, no está precedida del juicio previo constitucional en el que se haya acreditado la responsabilidad penal del inculpado, a quien le asiste la presunción de su inocencia.

5) La pena de multa

5.1) Las diferentes especies de pena establecidas por el art. 5 CP son conminadas para cada delito atendiendo a criterios de proporcionalidad con la gravedad del injusto. Así, a

quien es declarado penalmente responsable por la infracción prevista por el [art. 108 CP \[16\]](#), se le impondrá una pena de multa individualizable entre los setecientos cincuenta y doce mil quinientos pesos, que es la única habilitada por la ley previa.

Al individualizarla, además de las pautas de dosimetría punitiva generales, debe tenerse en cuenta "la situación económica del penado". Por otra parte, la ley autoriza la adecuación del modo de cumplimiento a las reales posibilidades económicas del penado (sustitución por trabajo no remunerado o pago en cuotas).

El problema se presenta cuando -pese a estas alternativas- el condenado no paga la multa en cuyo caso "sufrirá prisión que no excederá de año y medio" (art. 21, párr. 2, CP). Vale decir que se altera drásticamente la naturaleza de la única respuesta punitiva autorizada por la ley, que deja de incidir en la esfera patrimonial del infractor pasando a restringir su derecho a la libertad personal. Se produciría, en estos casos, la afectación del principio de legalidad por la imposición de una pena distinta y más grave que la prevista por la ley.

Contra la afirmación precedente podría objetarse que la conversión está autorizada por la ley. Sin embargo, si se analiza cuál es el fundamento de la prisión que se cumpliría en función a la norma examinada, se advertirá que no guarda relación con la gravedad del injusto o el grado de culpabilidad (suficientemente ponderados en la sentencia condenatoria), sino con un suceso posterior y externo al delito: la reticencia de quien debe cumplir con una obligación pecuniaria que es la esencia de la pena de multa.

Luego la privación de la libertad implica una "prisión por deudas", ajena al supuesto excepcional autorizado por el art. 7, inc.7, CADH. Puesto que la sanción es puramente patrimonial, en todos los casos deberían emplearse los medios de ejecución coactiva de la obligación pecuniaria previstos por el ordenamiento civil, estando proscripta su sustitución por la privación de la libertad del deudor remiso.

Por otra parte, la pena de prisión -resultante de la conversión de la pena de multa originalmente impuesta- pasa a ser indeterminada pues la ley sólo contempla el plazo máximo de un año y medio. Este déficit encuentra su origen en el método de conversión pautado por el art. 24 CP que -seguidamente- examinaremos.

5.2) Tanto en el caso en que deba convertirse la pena de multa en pena de prisión, como cuando corresponda compensar la prisión preventiva deduciendo el monto de la pena de multa, el art. 24 CP establece una razón de conversión laxa hasta la indeterminación: por cada día de prisión entre treinta y cinco y ciento setenta y cinco pesos. La selección de cualquiera de esas sumas o de alguna intermedia no responderá, en ninguno de los supuestos, a la ponderación de la gravedad del injusto y a la medida de la culpabilidad, pues la reticencia del deudor o la prisión preventiva son hechos contingentes y externos al disvalor del delito.

En efecto, no existe ninguna pauta objetiva y que pueda erigirse en un fundamento legitimante de la tasa de conversión que se seleccione, dentro de un rango cuyo máximo quintuplica al mínimo. No podría afirmarse que hay prisiones preventivas más o menos severas que admitan una cuantificación siquiera aproximada. Tampoco hay incumplimientos dolosos (en el sentido del art. 506 CC) de una obligación pecuniaria más o menos reprochables. En consecuencia, la selección de la tasa de conversión

siempre derivará de la sola voluntad del juzgador y -necesariamente- alterará la medida de la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

La indeterminación indicada puede ocasionar situaciones marcadamente arbitrarias. Así quien fuere condenado a pagar una multa de diez mil pesos y, maliciosamente, no cumpliera la obligación de dar esa suma de dinero, se expondría a una pena de prisión que se extendería desde los cincuenta y siete a los doscientos ochenta y cinco días sin que la cuantificación pudiera relacionarse con la gravedad del delito.

Desde el punto de vista opuesto, respecto a quien hubiera sufrido cincuenta y siete días de prisión preventiva y fuera condenado a la pena de multa de diez mil pesos, podría considerársela enteramente satisfecha si se tasara en ciento setenta y cinco pesos cada día de prisión preventiva. Si, en cambio, cada día de prisión preventiva se tasase en treinta y cinco pesos, subsistiría un remanente de pena pecuniaria equivalente a ocho mil cinco pesos, cuyo incumplimiento podría regresarlo a la prisión.

Finalmente, la selección de la tasa de conversión en base a criterios voluntaristas puede causar que -en los hechos- la pena impuesta al infractor exceda el máximo de la escala penal con que se encuentra conminado el delito. El máximo de la pena de multa previsto por el [art. 108 CP \[16\]](#), equivaldría a setenta y un días de prisión. Sin embargo, si se seleccionara la tasa mínima de conversión, el penado podría ser prisionizado hasta trescientos cincuenta y siete días.

En síntesis, la conversión de la pena de multa en otra especie de pena más grave vulnera -en todos los casos- el principio de legalidad penal, mientras que cualquier tasa de conversión de la prisión preventiva inferior a los ciento setenta y cinco pesos importaría un agravamiento de la pena fijada en la sentencia condenatoria, pudiendo exceder el máximo de la respuesta punitiva programado en la ley previa.

6) Las sanciones penitenciarias La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad omite explicitar la real eficacia de la calificación penitenciaria de la conducta del interno. En efecto, el art. 103 establece: "La calificación de conducta tendrá valor y efectos para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establezcan". Sin embargo, el art. 17, inc.III) de la misma ley establece como requisito para acceder al régimen de salidas transitorias o de semilibertad: "Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación". Por otra parte, el art. 28 establece que el informe previo exigido por el art. 13 CP debe contener los antecedentes de conducta del interno. Sólo se señalan los efectos más trascendentes, aunque la calificación de conducta interfiere todas las fases del régimen de la progresividad.

Queda claro, entonces, que la virtualidad de la calificación penitenciaria de la conducta del interno incide en las condiciones de cumplimiento de la pena privativa de libertad, pues condiciona el acceso a los regímenes de atenuación de la restricción a ese derecho fundamental derivado de la pena. Recordamos lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia "una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta" (supra, nota n° 6).

La Corte Suprema ha establecido cuál es la calidad procesal que deben tener los procedimientos disciplinarios penitenciarios,(17) que pareciera estar resguardada por la posibilidad de recurrir a una sanción disciplinaria ante el Juez de Ejecución Penal.

Ahora bien, casi inadvertidamente, el [art. 85 \[17\]](#) de la ley 24.660 establece: "Los reglamentos especificarán las (infracciones disciplinarias) leves y las medias". En efecto, los arts. 16 y 17 del Reglamento de Disciplina para Internos,(18) tipifican las infracciones leves y medias, respectivamente. Por otra parte, el art. 87 de la misma ley establece taxativamente el repertorio de sanciones aplicables. Sin embargo, ese catálogo de consecuencias sancionatorias resulta ampliado por el art. 59 del Régimen de las Modalidades Básica de la Ejecución, que faculta a la autoridad penitenciaria a disminuir las calificaciones de conducta "en atención a las infracciones disciplinarias sancionadas".

La valoración del esquema normativo reseñado demuestra que el modo efectivo de cumplimiento de la pena privativa de la libertad puede estar condicionado por la sanción penitenciaria de infracciones tipificadas por el Poder Ejecutivo a las que se puede anexar una consecuencia jurídica no autorizada por la ley: la disminución de la calificación de la conducta, lo que afecta los principios de legalidad penal y non bis in idem.

En tales condiciones, las conductas de "alterar el orden con cantos" o de "no observar la consideración y el respeto debido a funcionarios y visitantes" puede determinar que al interno infractor se le impongan las sanciones de amonestación o de exclusión de las actividades recreativas o deportivas hasta diez días (autorizadas por la ley), pero además la disminución de un punto de la calificación de conducta (sólo habilitada por la norma administrativa). Por lo tanto, una de las consecuencias mediatas de la comisión de una infracción leve puede ser la ralentización del avance en las fases del régimen de progresividad del tratamiento penitenciario.

Para graficar lo expresado con un ejemplo: si un interno que registrara -al 31 de Mayo- una calificación de conducta de ocho puntos y cometiera alguna infracción leve (del calibre de las descriptas) podría ser sancionado con la disminución de un punto, lo que le impediría acceder al período de prueba (art. 27, inc. III del Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución) y -en consecuencia- obstaría a su incorporación al régimen de salidas transitorias o de semilibertad ([art. 17 \[18\]](#), inc. III, ley 24.660). Debería, entonces, aguardar hasta comienzos de septiembre -cuando se reúna el Consejo Correccional (art. 97, inc. a del RMBE)- para ser nuevamente calificado. Estas consecuencias que incrementan la aflicción de la pena privativa de la libertad pueden derivar de conductas de lesividad tan insignificantes como la de cantar en voz fuerte, la que podría ser interrumpida con un mínimo llamado al orden de los custodios.

Debe añadirse que la cancelación del derecho a acceder al régimen de salidas transitorias o al de semilibertad incrementa la trascendencia a terceros de la pena, cuando debería procurarse que ésta fuera la menor posible (art. 5.3, CADH).

La extrema imprecisión de los tipos infraccionales establecidos por un reglamento puede neutralizar el control judicial por vía recursiva al no poder constatarse los presupuestos fácticos de la sanción. Finalmente, es algo ingenuo suponer que los internos pueden libremente ejercer el derecho de recurrir una sanción penitenciaria

haciendo caso omiso de cualquier contingencia ulterior. La regla no escrita en las instituciones totales es el deber de sumisión a la autoridad.

En síntesis, las facultades sancionatorias que el reglamento confiere a las autoridades penitenciarias abarcan la facultad de castigar infracciones no tipificadas por la ley y carentes de lesividad, con sanciones que no están autorizadas legislativamente, que duplican la punición y que pueden agravar la intrínseca afflictividad de la pena privativa de la libertad.

7) Conclusión Con ingenio se ha expuesto que el ejercicio del poder requiere de una buena tropa, aguardiente, salchichón pero también de un texto con pretensión legitimante.(19) Los supuestos normativos deconstruidos en esta monografía revelan que el "discurso resocializador" ha mutado en una coartada que viola el principio de legalidad en sentido sustantivo. Una ley penal en sentido formal con fines diversos a la reinserción social de los penados es -desde el punto de vista material- inconstitucional.

Tal es nuestra ponencia: la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones normativas señaladas afectan el principio de legalidad comprendido en su dimensión material.

Notas al pie:

1) Trabajo premiado con el segundo puesto en el concurso de ponencias del "Congreso Internacional de Ejecución Penal" organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal, celebrado en agosto de 2013 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2).CSJN, Fallos 329:3680, "Gramajo, Marcelo Eduardo", 05/09/2006.

3).BO 28.436, 16/07/1996.

4).BO 29.140, 05/05/1999.

5).BO 30.408, 26/05/2004.

6).BO 30.526, 12/11/2004.

7).CSJN, Fallos 335:38 , "Germano, Karina", 14/02/2012.

8).CSJN, Fallos 321:3630, "Nápoli, Erika Elizabeth y otros", 22/12/1998; "Véliz, Linda Cristina", 15/06/2010.

9).CSJN, Fallos 329:2440 , "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel", 04/07/2006.

10).BO 30.322, 21/01/2004.

11).CSJN "Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado" Fallos 328:137, 22/02/2005; "Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel", 11/09/2007; "Argañaraz, Pablo Ezequiel" , Fallos 330:4416, 17/10/2007; "Batista, Walter Hugo", 11/12/2007.

12).BO 31.395, 30/04/2008.

13).BO 32.543, 14/12/2012.

14).Ver art. 2.e), ley 26.529 (BO 31.875, 20/11/2009).

15).SNACKEN, Les courtes peines de prison, en *Déviance et Société*, Año 1986, Volumen 10, N° 10, pp. 363/387. PAMPLIEGA, El derecho a la condena de ejecución condicional, La Ley, 2006, F:497; GRISSETTI, La Condena de ejecución condicional: debe fundarse no sólo su concesión sino también su negativa, La Ley, NOA 2008-julio, p. 555. CSJN, "Gasol, Silvia Irene y otro", Fallos 327:3816, 21/09/2004 (dictamen del Procurador Fiscal que el tribunal hizo propio); "Squilario, Adrián - Vázquez, Ernesto Marcelo", Fallos 329:3006, 08/08/2006; "García, José Martín", Fallos 333:584, 04/05/2010.

16) "Conflicto entre resocialización y principio de legalidad penal", Disertación de Maestría, Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, 2012.

17).CSJN,"Romero Cacharane, Hugo Alberto", Fallos 327: 388, 09/03/2004.

18).Aprobado por el decreto 18/1997 (BO 28.563, 14/01/1997).

19) ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, Buenos Aires, Ediar, p. 27.

[\[Contenido relacionado\]](#)