

Algunas reflexiones sobre el instituto de Reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas propuesto en el Anteproyecto de Código Penal 2013.¹

Por Luis Raúl Guillamondegui

1. Introducción.

A fines del pasado año, una comisión presidida por el catedrático Eugenio Raúl Zaffaroni e integrada por notables juristas de distintas fuerzas políticas, y en cumplimiento del mandato oportunamente efectuado remitió el texto del Anteproyecto de Código Penal (en adelante, ACP) al Poder Ejecutivo nacional.

Dentro de las notas más salientes del referido ACP, el cual está impregnado de un profundo espíritu y sentido garantista, podemos señalar en el Libro Primero “Parte General” la desaparición de las penas de reclusión y perpetuas -estableciéndose el monto de 30 años como tope máximo de la pena de encierro, incluso en los supuestos de concurso real de delitos-, la previsión de los criterios de insignificancia y pena natural para justificar la reducción o eximición de pena, la ordenación de penas alternativas a la prisión, la inclusión de criterios de oportunidad reglada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la desaparición de la declaración de reincidencia y de la pena de reclusión por tiempo indeterminado; mientras que en el Libro Segundo “De los Delitos” destacamos la tipificación de los delitos de lesa humanidad, la previsión del concepto de “culpa temeraria” para los delitos culposos de tránsito, la no punibilidad del aborto sentimental, nuevas figuras delictivas como el homicidio piadoso aplicable a los casos de eutanasia, las lesiones al feto, la violación de la privacidad por medios tecnológicos, el tráfico de órganos, los delitos ambientales, entre otros.

Una de las ideas fuerzas del anteproyecto es la del “cumplimiento íntegro de las penas”, para lo cual se propone en aquellos supuestos de condenas de prisión de cumplimiento efectivo impuestas, que el penado comience a purgar su sanción en encierro, para pasar a satisfacer el saldo restante, en la medida de la concurrencia de los requisitos previstos, mediante el sistema de penas alternativas, ya sea a través de una o varias de las modalidades presentadas; para lo cual se propone un **férreo mecanismo de contralor** de las mismas a fines de alcanzar aquel objetivo primigenio.

Tales pretensiones nos traen a nuestra mente las palabras del Marqués de Beccaria, pronunciadas a fines del siglo XVIII, cuando nos enseñaba que: **“No es la crueldad de las penas**

¹ El texto se corresponde con la disertación efectuada en el marco del Congreso de Derecho de Ejecución Penal, organizado por el Centro de Estudios de Ejecución Penal (CEEP) de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA), 09 y 10 de Junio de 2014. La base de la misma se encuentra publicada, en formato de artículo, en la Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley, Número de Junio 2014.

uno de los más grandes frenos al delito, sino la infalibilidad de ellas”, ya que “La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres”².

Intentaremos con el presente realizar un análisis preliminar del instituto de “Reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas”, expuesto por el anteproyectista (Arts. 30, 31 y 32 ACP), y con el cual se persigue prevenir al máximo posible la “contaminación carcelaria y el consiguiente efecto lesivo de la autoestima del penado”, propios de las penas de encierro.

Dicho instituto pretende sustituir al régimen de libertad condicional vigente y es presentado por sus mentores como la “innovación más importante del presente anteproyecto”, a punto que conlleva “la supresión de la genérica *libertad condicional*”; derecho de egreso anticipado que se reemplazaría “por un abanico de penas alternativas que suplirían las meras *condiciones* del artículo 13° vigente”³.

Con el afán de señalar constructivamente los aciertos e insuficiencias del régimen propuesto, teniendo en cuenta las prevenciones de los redactores y por razones metodológicas, cotejaremos los presupuestos y alcances del instituto en vigor con aquellos previstos para el reemplazo de la pena de prisión.

2. Libertad condicional.

La finalidad de la ejecución de la pena de encierro es la reinserción social de la persona condenada⁴ y a esos fines, el régimen penitenciario debe ofertar a la misma un tratamiento técnico interdisciplinario (Art. 1° Ley 24.660 -en lo sucesivo LEP- cc. Art. 10.3 PIDCP y Art. 5.6 CADH).

La resocialización, como principio rector del sistema penitenciario, impone que con la ejecución de la pena privativa de la libertad se persigan fines de *prevención especial*, postura

² *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De Las Casas, Di Plácido, Buenos Aires, 1998, p. 99.

³ Anteproyecto de Código Penal 2013 (ACP), p. 105. Se puede consultar en formato digital y en línea: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/02/anteproyecto_de_codigo_penal_de_la_nacion_definitivo.pdf (Fecha de visita: 10/04/2014).

⁴ Siguiendo a Cesano, y teniendo en cuenta los parámetros de la normativa supranacional, que exigen el respeto de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (Arts. 5.1, 5.2 y 11.1 CADH y Art. 10.1 PIDCP), como los mandamientos constitucionales (Arts. 33 y 75 Inc. 22 CN), a lo que adicionamos nuestra forma de gobierno democrática (Art. 1 CN), y la exigencia de la voluntariedad del tratamiento penitenciario (Art. 5 LEP), sostenemos que el cometido resocializador propio de un Estado de Derecho resulta compatible con un *Programa de Readaptación Social Mínimo*, el cual desecha la consideración del hombre como un mero objeto de la actividad estatal y anhela del condenado una reinserción social de *índole jurídica*, es decir, de respeto a la ley penal de una manera duradera, una vez reintegrado a su medio social. CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, 1997, pp. 112-118.

asumida por la moderna doctrina penitenciaria que considera que la misma se circunscribe a que el penado respete la ley penal y que se abstenga de cometer delitos en el futuro⁵.

El régimen penitenciario, entendido como el conjunto de reglas que regulan el estilo de vida del interno en prisión, de sus relaciones con la administración penitenciaria y con sus pares, para garantizar condiciones mínimas de orden (organización), seguridad (prevención de riesgos) y disciplina (observancia de las normas), se basa en la progresividad (Art. 6 LEP), lo que importa el fraccionamiento de la condena impuesta en fases o grados con modalidades de ejecución de distinta intensidad en cuanto a sus efectos restrictivos (Art. 12 LEP); etapas a las que el condenado irá accediendo gradualmente de acuerdo a su evolución en el régimen -y en su caso, en el tratamiento voluntariamente asumido (Art. 5 LEP)-⁶.

La libertad condicional importa la última etapa del régimen penitenciario e implica el egreso del condenado del establecimiento penitenciario, gozando una suerte de “libertad bajo condiciones”, en razón de las normas de conducta y restricciones que debe cumplir para su conservación, las cuales regirán hasta el cumplimiento total de la pena (Art. 28 LEP cc. Art. 13 y ss. CP).

Sin perjuicio de la postura que se adopte respecto de su naturaleza jurídica, ya sea como una forma de cumplimiento de la pena o como una suspensión de la ejecución de la pena⁷, podemos destacar que existe cierto acuerdo doctrinario en considerar a la libertad condicional como un

⁵ Comparten la mencionada finalidad de prevención especial en nuestro país, entre otros: KENT, Jorge, *La Resocialización de los Penados. Un desafío en el nuevo milenio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 63-65 y 75 y ss.; EDWARDS, Carlos Enrique, *Garantías constitucionales en materia penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 160-161; HADDAD, Jorge, *Derecho Penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, pp. 81-82; CESANO, José Daniel, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, Alveroni, Córdoba, p. 118; SALT, Marcos Gabriel, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 177, con RIVERA BEIRAS, Iñaki; ZARINI, Helio Juan, *Constitución Argentina. Comentada y concordada.*, 1º reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 103-104; y en la doctrina extranjera, podemos mencionar la claridad y contundencia de Marino Barbero Santos, cuando expresaba que “socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyos los valores de una sociedad que pretende repudiar”, citado por FERNANDEZ GARCIA, Julio, *Manual de Derecho Penitenciario*, coord. Berdugo Gómez de la Torre - Zúñiga Rodríguez, Universidad de Salamanca-Colex, Madrid, 2001, p. 132, y la mención sobre la postura de la moderna doctrina y legislación al respecto hecha en la Exposición de Motivos del Proyecto la actual Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 de España. En su tiempo ya lo señalaba, el Marqués de Beccaria en su clásico *Tratado de los Delitos y de las Penas*, Trad. Juan A. De las Casas, Fabián Di Plácido Editor, Prov. de Buenos Aires, 1998, p. 55.

⁶ El régimen penitenciario adoptado por nuestra legislación se encuentra fraccionado en cuatro etapas o períodos (Art. 12 LEP): a) Período de Observación, consistente en un estudio interdisciplinario preliminar del interno realizado por el organismo técnico criminológico que servirá para formular un diagnóstico y pronóstico criminológicos a fin de determinar la sección del establecimiento en que se lo alojará y el programa de tratamiento a aplicarse, procurando su cooperación en este aspecto (Art. 13 LEP), b) Período de Tratamiento, durante el cual se produce el abordaje terapéutico en busca de asentar y fortalecer el principio de autogobierno del interno y su respeto por las normas de convivencias sociales (Art. 14 LEP); c) Período de Prueba, que comprende sucesivamente la incorporación del interno a un establecimiento abierto o a una sección basada en el principio de autodisciplina, la posibilidad de usufructuar de salidas transitorias y el acceso al régimen de semilibertad (Art. 15 LEP); y d) Período de Libertad Condicional.

⁷ Sobre las distintas posturas sobre el tema, puede verse ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 27-52 y CESANO, José Daniel, *Concesión de la libertad condicional. Observancia de los reglamentos y calificación de concepto*, Mediterránea, Córdoba, 2002, pp. 9-18.

derecho del condenado, dejando de lado la vieja concepción de acto graciable o discrecional del Estado. Simplemente, ante la concurrencia de las exigencias legales, el condenado tiene el derecho a reclamar su concesión y el órgano jurisdiccional a acordarlo⁸.

Y ello, resulta coherente con los principios rectores de la ejecución penal, representando la libertad condicional un derecho de los penados que han dado muestras de un mejor posicionamiento frente a la pretensión de neutralización de la reincidencia criminal; por lo que, si el objetivo anhelado con la ejecución de la pena privativa de libertad es la resocialización del interno, que más justo que mitigar sus efectos cuando ella está dando con los resultados perseguidos.

2.1. Regulación actual.

2.1.1. Presupuestos de procedencia.

Los requisitos para la concesión del derecho de libertad condicional surgen de una interpretación armónica de los Arts. 13, 14 y 17 CP y los Arts. 1, 28, 101 y 104 LEP; los que podemos sistematizar de la siguiente manera:

A) Presupuesto temporal:

Se requiere que el interno haya cumplido en forma efectiva una parte de la pena de encierro impuesta, la que dependerá de la clase de pena privativa de libertad y del monto asignado.

Así, si la pena de encierro temporal no excede de tres años, se podrá reconocer el derecho una vez cumplidos los ocho meses de privación de la libertad⁹; si la pena de encierro temporal excede los tres años, se deberá cumplimentar los dos tercios de la pena impuesta; y si se trata de una pena perpetua, se requerirá un encierro efectivo de 35 años¹⁰ (Art. 13 CP).

B) Presupuesto de Conducta:

⁸ ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 715-716. En ese sentido, vale señalar la postura sentada en la VII^o Reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de Septiembre de 1993, donde los magistrados españoles coinciden en que *“la libertad condicional es una forma específica de cumplimiento de la condena de privación de libertad, que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la Ley...”*.

⁹ Corresponde la aclaración que en el supuesto de una condena a pena de reclusión a tres años o menos, si bien el digesto punitivo requiere el cumplimiento efectivo de un año de encierro para la procedencia temporal de la libertad condicional (Art. 13 CP), entendemos que de conformidad al precedente “Méndez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el mismo se cumpliría a los ocho meses de encierro, ya 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”* (M. 447. XXXIX.- “Méndez, Nancy Noemí s/homicidio atenuado” - CSJN - 22/02/2005).

¹⁰ En razón de la magnitud del monto punitivo previsto a cumplimentar, un sector de la Doctrina ha puesto en duda su constitucionalidad, considerando que con tal prescripción se atacan distintos principios propios del derecho penal liberal. Entre otros, ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 716, LASCANO, Carlos J. (h), *“El nuevo régimen de la libertad condicional - Ley 25.892”*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado.*, Año V, N° 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, p. 168, ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 94-97, entre otros.

Se exige que el interno, durante su encierro, haya observado regularmente los reglamentos carcelarios (Art. 13 CP), esto es, aquellas prescripciones que rigen la convivencia carcelaria (Art. 100 LEP); entendiéndose como tal la circunstancia de que el penado, en un tiempo anterior razonable a la petición, no haya cometido faltas disciplinarias graves o reiteradas, si estas fueren leves o medias¹¹.

C) Presupuesto de Concepto:

Se exige que el interno haya demostrado durante su tránsito penitenciario una evolución positiva en su proceso de reinserción social (Art. 13 CP), requerimiento que se relaciona con el concepto del penado (Art. 101 LEP) y se refiere a un moderado grado de avance alcanzado por el mismo en su proceso de resocialización, vinculado a la finalidad de prevención especial perseguida con la ejecución de la pena privativa de libertad (Art. 1 LEP).

En ese sentido, corresponde la aclaración que la ejecución penal resocializadora no tiene como misión lograr excelentes internos, sino procurar en la medida de lo posible, *personas medianamente calificadas para la libertad*¹², toda vez que el éxito de dicho proceso depende de una serie de factores humanos y materiales, con los que no siempre se cuenta, y por sobre todo, porque se trabaja con el hombre, haciéndose depender en gran parte de su disposición individual y coyuntura social respecto de la prevención de la reincidencia delictiva.

A los fines de efectuar la valoración jurisdiccional, el legislador prescribe que deberá requerirse un informe pericial individualizado del interno, del que se permita reconocer y concluir un pronóstico favorable de reinserción social (Art. 13 CP); extremo que debe relacionarse con las exigencias introducidas por la Ley 26.813 (BO: 16/1/2013) respecto condenados por delitos sexuales graves (informes del equipo especializado penitenciario e interdisciplinario del juzgado de ejecución penal, conocimiento *in visu* del interno y notificación a la víctima).

D) Presupuestos Sustantivos:

Se exige que el interno:

- a) no sea reincidente¹³ (Art. 14, 1º parte CP);

¹¹ Entre otros, NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4º Edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González, Lerner, 1999, pp. 297-298, ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 917; y jurisprudencialmente “Tobares, Gustavo A.”, CNCP, Sala II, 19/12/1995 y “Tejeda, Jorge A.”, TSJ Cba, Sala Penal, 24/02/1998, etc.

¹² HADDAD, Jorge, *Derecho penitenciario*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 197.

¹³ Cierta sector de la Doctrina entiende que el instituto de reincidencia es inconstitucional y por lo tanto tal impedimento normativo no resulta exigible a los fines de la valoración de la procedencia de la libertad condicional. Entre otros, ZAFFARONI, Eugenio-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 1013, y de los mismos, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2005, 717 y 770-771; DONNA, Edgardo A., *Reincidencia y culpabilidad. Comentario a la Ley 23.057 de reforma al Código Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pp. 31-32 y 77; VITALE, Gustavo, “*La reincidencia contamina el derecho penal constitucional*”, disponible en línea: www.pensamientopenal.com.ar/19042007/vitale.pdf; y D’ALESSIO, Andrés

b) que no haya sido condenado por la comisión de delitos *aberrantes* -según terminología utilizada en los debates parlamentarios¹⁴-, tales como homicidio *criminis causa*, abusos sexuales seguidos de muerte, privación ilegítima de la libertad agravada por muerte intencional de la víctima, homicidio cometido con motivo o en ocasión de robo y secuestro extorsivo agravado por muerte intencional de la víctima¹⁵ (Art. 14, 2º parte CP); y

c) que no se le haya revocado la libertad condicional otorgada oportunamente¹⁶ (Art. 17 CP).

2.1.2. Concesión. Revocación y prórroga.

Cumplidos los presupuestos legales, la autoridad jurisdiccional concede la libertad condicional estableciendo una serie de condiciones al liberado, las que deberá respetar a fines de la conservación del derecho reconocido (Art. 13 CP).

Dentro de las condiciones impuestas, podemos mencionar la obligación de residencia y de abstención de la comisión de nuevos delitos, y la observación de normas de conducta y restricciones tendientes a promover su reinserción social (p/ej.: abstención de consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes, adopción de un trabajo, realización de un tratamiento profesional, etc.), a las que la autoridad jurisdiccional podrá adicionar cualquiera de las previstas en el Art. 27 bis CP (p/ej.: abstención de contacto con la víctima, asistencia a cursos de formación y/o capacitación educativa, laboral o profesional, trabajos comunitarios, etc.). Estas condiciones, previene el legislador, regirán

(Director)-DIVITO, Mauro (Coordinador), *Código penal comentado y anotado*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 85 y 568-569. Históricamente, nuestro comprovinciano Julio Herrera ya criticaba en el Proyecto de Código Penal de 1906 la exclusión de los reincidentes respecto la posibilidad de obtener la libertad condicional, HERRERA, Julio, *La reforma penal*, Librería e Imprenta de Mayo, Buenos Aires, 1911, pp. 212-213. Jurisprudencialmente el criterio fue receptado, entre otros precedentes, en “Fernández, Carlos s/ejecución penal”, TOCFed. de Formosa, 27/10/06; “CAROLA, Diego M. y otro s/hurto tentado y resistencia a la autoridad”, Excma. Cámara Primera en lo Criminal de Trelew, 12/10/06; y “Hansen, Fabián Gustavo S/ Homicidio agravado”, TOC Nº 1 Necochea, Voto Dr. Juliano, 02/07/07.

¹⁴ LASCANO, Carlos J. (h), *“El nuevo régimen de la libertad condicional. Ley 25.892”*, *Pensamiento penal y criminológico. Revista de derecho penal integrado*, Año V, Nº 9, 2004, Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 153-159.

¹⁵ Consideran que dicho impedimento normativo no supera el test de razonabilidad constitucional por afectación a diferentes Principios, como los de Resocialización, Humanidad de la Pena, Culpabilidad e Igualdad entre otros, CESANO, José Daniel, *“El nuevo régimen de la libertad condicional (Ley 25.892)”*, AA.VV., *Reformas al código penal*, Editorial Bdef, Buenos Aires, 2005, p. 324, DE LA FUENTE, Javier E. y SALDUNA, Mariana, *“Ejecución Penal. Reforma de los artículos 13, 14 y 15 del Código Penal”*, AA.VV., *Reformas penales*, Coordinador Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 42, ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 176-180 y 235-236, MARTINEZ, Santiago, *“Discurso de la emergencia y limitación de los derechos fundamentales de los reclusos. El caso de la ley 25.892”*, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 1, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 58 y ss.; y ya nos referíamos a ello en nuestra Ponencia *“La reforma de la ejecución penal y la necesidad del control jurisdiccional en un Estado de Derecho”*, presentada en el Vº Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal y Jornadas Argentinas de Derecho Penal, San Miguel de Tucumán, Octubre del 2005, y publicada en *Doctrina Judicial*, Año XXI, Nº 45, 9 de Noviembre de 2005, La Ley, Buenos Aires, pp. 681-687, y *Jurisprudencia Argentina*, 2006-III, Número Especial de Ejecución Penal, Coordinador: Sergio Delgado, Lexis Nexis, 2006, pp. 24-32.

¹⁶ Sobre las divergencias interpretativas respecto del alcance de dicho requisito, ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 137-139.

hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional (Art. 13 *in fine* CP).

Nuestro parlamentario prescribe que la libertad condicional será revocada si el liberado cometiese un nuevo delito o violare la obligación de residencia durante su usufructo; no computándose en estos supuestos en el término de la condena impuesta, el tiempo que haya durado la libertad (Art. 15, 1º párrafo CP) -lo que importa una extensión del monto temporal de la condena inicial-.

Mientras que en el supuesto de incumplimiento de las normas de conducta y restricciones impuestas, el digesto punitivo prescribe la posibilidad de disponer la prórroga del plazo de cumplimiento total de la condena, atendiendo el término de duración de la inobservancia (Art. 15, 2º párrafo CP) -comportando asimismo una extensión de la condena originaria-.

2.2. Regulación en el ACP 2013.

2.2.1. Presupuestos de procedencia.

Los Arts. 30, 31 y 32 ACP contienen la regulación del instituto de reemplazo de pena de prisión por penas alternativas, que asimilamos por razones didácticas al de libertad condicional, y que siguiendo con la sistematización expuesta, prevén las siguientes exigencias:

A) Presupuesto temporal:

Atendiendo al monto de la condena impuesta, el anteproyectista distingue distintas hipótesis, exigiendo en alguna de ellas lo que se conoce como “período de seguridad”.

Si la pena de prisión no excede de tres años, el juez podrá desde un principio reemplazarla total o parcialmente con una o más penas alternativas de las previstas en el texto del anteproyecto, tales la detención domiciliaria, la detención de fin de semana, la obligación de residencia, la prohibición de residencia y tránsito, la prestación de trabajos comunitarios, las instrucciones judiciales, y la multa reparatoria (Art. 22 ACP), conforme lo prevé el Art. 31, Inc. 1º ACP. Se advierte, en este caso, su similitud con el instituto vigente de la condena condicional (Art. 26 CP).

Si la pena de prisión excede de tres años y es menor de diez años, se exigirá el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta para disponer el reemplazo (Art. 31, Inc. 2º ACP); mientras que si la pena de prisión impuesta excede de diez años, recién podrá reemplazarse después de cumplidos el término de dos tercios de la pena impuesta (Art. 31, Inc. 4º ACP).

Los incisos 3º y 5º del mencionado Art. 31 ACP prescriben distintas exigencias temporales conforme las situaciones especiales que tienden a regular; exigiéndose, en el primer supuesto, un periodo de seguridad más extenso respecto aquellos penados con antecedentes condenatorios computables (2/3 de la pena sin interesar el monto de pena impuesto), en contraposición de un

menor requerimiento temporal, en la segunda hipótesis referida, respecto determinados penados en atención a las particulares circunstancias concurrentes justificadas en razones etarias y conforme el principio de intrascendencia de la pena (1/3 de pena respecto el supuesto del Inc. 3° del Art. 31 ACP; y la mitad de la pena respecto el supuesto del Inc. 4° del Art. 31 ACP)¹⁷.

En relación al mencionado Inc. 3° del Art. 31 ACP, los redactores aclaran que “no se trata de un agravamiento por reincidencia, instituto que desaparece disuelto en disposiciones de esta naturaleza”; advirtiéndose que lo propuesto “es una cuestión referida sólo a la ejecución de la pena”, prescribiendo mayores recaudos en cuanto al momento del reemplazo de la prisión.

B) Presupuestos Sustantivo y Procesal:

En los supuestos de una persona condenada por la comisión de los delitos graves (Título I del Libro Segundo del ACP, p/ej., genocidio, desaparición forzada de personas, crímenes de guerra, etc.) o mediando circunstancias de máxima gravedad punitivas (Art. 18, Inc. 4° ACP, p/ej., especiales modalidades comisivas o aprovechándose de la particular situación de vulnerabilidad de la víctima), el anteproyectista considera “aconsejable tomar mayores precauciones”, por lo que el juez deberá requerir opinión fundada al Ministerio Público Fiscal y contar con informes de al menos tres peritos, como paso previo para disponer el reemplazo de la pena de prisión impuesta (Art. 31, Inc. 6° ACP)¹⁸.

2.2.2. Concesión. Criterios. Cancelación. Organismo de contralor del cumplimiento del régimen de penas alternativas.

La letra del anteproyecto examinado ofrece una serie de criterios al juez para determinar los reemplazos, partiendo de la **“capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta”** a las normas propias del plan de reemplazo a disponer **“y, en particular, para evitar cualquier comportamiento violento”**, para lo cual el magistrado podrá requerir los informes y peritajes pertinentes (Art. 32, Incs. 1° y 2° ACP).

En este punto, razonamos que no consideramos al referido parámetro como un “presupuesto de procedencia” -lo que nos hubiera obligado a considerarlo en el apartado precedente, tal la sistematización presentada-, sino como un **“criterio para la determinación de los reemplazos”**, tal las palabras utilizadas por los redactores del anteproyecto, como la ubicación que aquellos le otorgan en el texto perfeccionado (Art. 32 ACP).

¹⁷ “Se proyectan dos excepciones a la regla general respecto de la pena que se puede reemplazar después de cumplida la mitad en encierro, aunque ambas tienen un sentido inverso, o sea, una posterga la posibilidad del reemplazo y la otra lo abrevia”, ACP, p. 119.

¹⁸ El Anteproyecto de Código Penal del año 2006, además de requerir opinión al querellante particular, preveía el carácter vinculante del dictamen fiscal negativo (Art. 27, 5° párrafo ACP 2006).

Asimismo, se prescribe que el juez deberá tener en consideración especiales situaciones del penado para la resolución del caso, asentadas estas en razones etarias o derivadas del principio de intrascendencia de la pena (Art. 30, Inc. 5° ACP)¹⁹.

Cumplidos los presupuestos legales, la autoridad jurisdiccional autoriza el reemplazo de la pena de prisión por el cumplimiento de una o más penas alternativas de las previstas en el Art. 22 del ACP²⁰, por igual tiempo al de prisión dispuesto o por lo que quede por cumplir de la condena impuesta, según sea el supuesto analizado; y cuyo plan podrá ser modificado durante su ejecución conforme la evolución del caso (Art. 30, Incs. 1° y 2° ACP).

Tal previsión nos indica que el monto de pena de encierro decidido es el que delimita el máximo de la pena a cumplir; razonamiento que se refuerza en los casos de cancelación del reemplazo por la comisión de un nuevo delito conminado con prisión, debiendo el penado cumplir en encierro el tiempo faltante de la pena y no la totalidad de la misma (“puesto que hasta el momento de la infracción habría estado cumpliendo una pena”, tal las explicaciones del proyectista), conforme el Art. 30, Inc. 3° ACP.

Si el penado durante el usufructo del reemplazo comete un delito no conminado con prisión o inobservare el plan de las penas alternativas impuesto, según fuere la gravedad del incumplimiento y conforme valoración jurisdiccional acerca de la predisposición del penado para reflexionar sobre lo sucedido como de su capacidad para asumir una nueva responsabilidad, el juez podrá resolver la cancelación y el cumplimiento del tiempo faltante en encierro efectivo o bien disponer un nuevo reemplazo, el que tampoco podrá superar el saldo de la sanción originariamente impuesta (Art. 30, Inc. 4° ACP). A diferencia del régimen vigente, observamos que no está prevista la posibilidad de prórroga del término de la condena en los supuestos de incumplimientos de penas sustitutivas.

Es sencillo advertir que dentro de las penas alternativas a imponer, salvo las de detención domiciliaria o de fin de semana y la multa reparatoria, a las restantes las podemos, en cierto modo, asimilar a las condiciones del instituto de libertad condicional en vigor, por ejemplo, la obligación de residencia, la prohibición de residencia y tránsito, la prestación de trabajos a la comunidad, y el cumplimiento de las instrucciones judiciales (Art. 22 y ss. ACP).

¹⁹ Art. 30, Inc. 5° ACP: “El juez deberá tener especialmente en cuenta la situación del penado cuando: a) Tuviere más de setenta años. b) Fuere una mujer embarazada. c) Tuviere a su cargo una persona con discapacidad. d) Fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél.”

²⁰ ACP. ARTÍCULO 22°. Penas alternativas a la prisión. En los casos y condiciones previstas en este Código, la pena de prisión podrá sustituirse por las siguientes: a) Detención domiciliaria. b) Detención de fin de semana. c) Obligación de residencia. d) Prohibición de residencia y tránsito. e) Prestación de trabajos a la comunidad. f) Cumplimiento de las instrucciones judiciales. g) Multa reparatoria.

En caso de rechazo jurisdiccional del reemplazo, sin perjuicio del derecho a recurrir que le corresponde al penado, éste recién podrá volver a requerirlo transcurrido un año desde que la denegatoria haya quedado firme (Art. 32, Incs. 3° y 4° ACP).

Habilitado judicialmente el reemplazo, y sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al penado para su conservación, el anteproyectista destaca que para la adecuada operatividad del plan dispuesto, se requiere de **“un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución”**, el que debe ser sustancialmente diferente del encargado de la ejecución de la pena de prisión; advirtiendo que las erogaciones que el mismo demande siempre van a ser de menor cuantía que la magnitud de los recursos que insumen el cumplimiento efectivo de la pena de prisión (“la pena *más cara* para el estado es la de prisión”, como lo señalan con sus propias palabras).

Reconociendo las dificultades que importarían la conformación de ese cuerpo especializado de contralor²¹, **los proyectistas anhelan que “el Poder Judicial incorporase al personal de esa institución y formase el embrión de este servicio de ejecución en libertad, como auxiliar de los jueces de ejecución penal”**, a la par de recomendar la sanción de una ley nacional para garantizar la operatividad del mecanismo propuesto por parte de todos los estados provinciales.

Asimismo conciben que para la implementación del sistema de penas alternativas resultará menester trabajar con los operadores judiciales y hasta con los comunicadores sociales para concientizarlos acerca de la naturaleza de estas penas, de su ejecución y de sus objetivos; toda vez que la presente propuesta importa “un cierto grado de cambio en la cultura jurídico penal, habituada hasta el presente a imposición de penas en forma lineal de tiempo y con muy poca atención a las particularidades del conflicto concreto y de las personas involucradas”.

Y vinculado a ello, los redactores avanzan y discurren acerca de la previsión del “sistema de cuotas” en cuanto a la pena de prisión y a la misma prisión preventiva²². El llamado *sistema de cuotas* “impone una previa determinación del número de presos que el Estado puede tener en condiciones de mínima dignidad y seguridad” y que, lógicamente, no podría ser excedido, pues en tal caso se viola el principio de las *cárceles sanas y limpias*, consagrado constitucionalmente (Art. 18 CN).

²¹ “No es menor el problema que representa la creación de un cuerpo especializado para la ejecución de estas penas. En la actualidad, por lo menos en la Ciudad de Buenos Aires y en cuanto a los condenados por la justicia federal en todo el país, lo único que existe es el llamado Patronato de Liberados, que es una asociación civil solventada por el propio Estado, o sea, una tercerización de un servicio de ejecución penal, lo que es intolerable.”, ACP, p. 107.

²² “En algún momento sería menester pensar en reglas racionales que seleccionasen los casos y quiénes no deben permanecer en las prisiones en razón del agotamiento de la cuota de capacidad de éstas, lógicamente haciendo recaer la pena alternativa sobre los casos de menor gravedad, de mejor pronóstico y de más cercano egreso. Cabe señalar que hasta el presente se trata del medio más eficaz que se haya propuesto para evitar que estas penas fracasen...”, ACP, p. 107.

Esta aspiración precedente, nos recuerda una conferencia de antaño del Profesor Zaffaroni, en la que advertía: *“Para que las penas alternativas tengan realmente alguna eficacia... reductora del número de encarcelados en América Latina, es necesario que éstas se establezcan dentro del marco de una decisión político-criminal previa: la de no aumentar el número de presos. Debemos dejar de incrementar el número de presos, porque si tenemos cárceles sobrepobladas y construimos nuevas cárceles, lo que tendremos serán más cárceles sobrepobladas”*²³.

3. Valoraciones críticas.

3.1. Denominación.

Sin perjuicio del “viraje de timón” planteado, podemos advertir que la oferta del anteproyectista marcha en contra de nuestra tradición legislativa²⁴, como del mismo derecho comparado; contextos en los que **prevalece el término “libertad condicional”** para designar aquel derecho penitenciario que permite el egreso anticipado del condenado al medio libre, aunque sometido al cumplimiento de una serie de condiciones hasta la extinción total de la condena impuesta, tal como, en esencia, se presenta este flamante “reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas”. De ser así, en principio, **la propuesta podría reducirse a un simple “cambio de etiquetas”** en relación a los institutos analizados, que nada sumaría al escenario actual.

3.2. Presupuesto temporal.

En este apartado, nos permitimos señalar las siguientes cuestiones:

a) Correcta diferenciación temporal desde el punto de vista penológico y criminológico.

Nos parece elogiabile la distinción del presupuesto temporal para la concesión del reemplazo de la pena de prisión, atendiendo al monto de la condena impuesta, ya que por razones penológicas y criminológicas resulta prudente en provecho del penado, por un lado, la prevención de la prisionización de personas condenadas²⁵, especialmente primarios, y por el otro, contar con un tiempo mínimo para la realización de un tratamiento penitenciario, con el concurso del interno, de

²³ Ilustrando: *“Así que, poniendo aparte ese pequeño número de presos más o menos sicópatas, el resto puede resolverse con una decisión política: cuántos presos queremos tener, es decir, cuántos ladrones queremos tener. El que en México haya 15 o 20 mil ladrones en la cárcel, entre ochenta y tantos millones de habitantes, no le va a alterar a nadie su vida cotidiana. Si se toma tal decisión política, a partir de ella sí tendría sentido hablar de penas no privativas de libertad”*. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión”*, Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, II-VL-175, 26/07/93.

²⁴ Sobre la evolución legislativa del instituto de libertad condicional en nuestro derecho positivo, puede verse ALDERETE LOBO, Rubén A., *La libertad condicional en el código penal argentino*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pp. 6-18.

²⁵ ... Esto es la repercusión de la subcultura carcelaria y de las condiciones de vida institucional en la personalidad de los penados. Sobre los factores de incidencia e investigaciones realizadas, KAUFMANN, Hilde, *Ejecución penal y terapia social*, Trad. Juan Bustos Ramírez, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp.119-129.

acuerdo a la particularidad del caso y en miras a la neutralización de reincidencia criminal perseguida con la ejecución de la pena privativa de libertad²⁶.

En su oportunidad, supimos hacer la misma observación respecto del presupuesto temporal exigido para la concesión de la semilibertad (Art. 17 Num. I) LEP), estimando que el plazo mínimo de cumplimiento efectivo de la condena recomendable debería surgir de un intercambio de conocimientos y experiencias entre juristas, criminólogos, sociólogos y profesionales médicos y de ciencias de la conducta²⁷.

b) Necesidad de nueva regulación del presupuesto temporal de los institutos penitenciarios de salidas transitorias y semilibertad.

Si bien los redactores del anteproyecto no discurren acerca de una necesaria armonización de la legislación penitenciaria de fondo (Ley 24.660) con el instituto ofertado, entendemos que el período de seguridad previsto para la procedencia del reemplazo de la pena de prisión superiores a tres y diez años implicarían necesariamente la adecuación del presupuesto temporal prescripto para la concesión de los regímenes de salidas transitorias y semilibertad, hoy prescripto para la mitad de la condena, cualquiera fuera su extensión (Art. 17 Num. I, Inc. a) LEP²⁸).

En su caso, se podría compatibilizar siguiendo la distinción temporal propuesta por el anteproyectista en atención al monto de la sentencia condenatoria, en los siguientes términos:

a) En los supuestos de pena de prisión superior a tres años e inferior a diez años, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad, se exigirá que el interno haya cumplido como mínimo **el tercio de la condena impuesta**²⁹; y

²⁶ “...no es lo mismo una condena de tres años...que otra de treinta (en relación al Código Penal español)...Ni las expectativas son las mismas ni, por tanto, el riesgo de quebrantamiento es comparable. Por ello, debería, a mi juicio, haberse hecho mas clasificaciones (en relación al sistema de clasificación de grados del régimen penitenciario español) exigiendo períodos de cumplimiento distintos en relación con la duración de la pena impuesta...”, RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 210.

²⁷ GUILLAMONDEGUI, Luis Raúl, *Resocialización y semilibertad*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 123-126.

²⁸ Realizamos la aclaración que no hacemos referencia a los Incs. b) y c) del Art. 17 Num I. LEP, ya que tales previsiones no se compadecen con las modificaciones propuestas en el ACP respecto del sistema sancionatorio (desaparece la pena de encierro perpetua y la reclusión por tiempo indeterminado del actual Art. 52 CP -la defunción de esta última ya fue adelantada mediante el precedente “Gramajo, Marcelo E. S/Robo en grado de tentativa”, CSJN, 05/09/2006-).

²⁹ Es dable señalar que el proyecto de ley de ejecución de la pena privativa de la libertad remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación recomendaba términos menores a los finalmente plasmados en la ley sancionada (Ley 24.660), así, un tercio en los supuestos de penas temporales, y doce años para las penas perpetuas; postura sostenida por la disidencia parcial en el Senado al momento de su discusión (Senador Pedro Villarroel, representante de la provincia de Catamarca). Cfr. *Antecedentes parlamentarios. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad.*, La Ley, Año 1996, N° 9, Buenos Aires, 1996, p. 70.

b) En los supuestos de pena de prisión superior a diez años, para la concesión de tales regímenes de egresos anticipados propios del período de prueba del régimen penitenciario, será menester que el interno haya cumplido como mínimo **la mitad de la condena impuesta**.

A la armonización normativa propugnada y en miras a precaver potenciales arbitrariedades funcionales, también deberían determinarse parámetros que impidan un retroceso en la progresividad de los derechos excarcelatorios reconocidos. Y así, por ejemplo, prevenir que aquel interno que viene usufructuando de salidas transitorias y semilibertad, que al cumplir el tiempo requerido para el reemplazo, que éste no sea por una modalidad que importe en la práctica una regresión, tal una detención domiciliaria.

c) No previsión del reemplazo para penas de prisión menores de 3 años como una regla de carácter general.

A diferencia del régimen de la libertad condicional vigente que en supuestos de penas menores a tres años de prisión prevé su reconocimiento una vez cumplidos los ocho meses de prisión, el ACP prescribe en estos supuestos el reemplazo total o parcial de la pena de prisión por penas alternativas, tal la regulación del Art. 30, Inc. 1° ACP.

En una primera aproximación interpretativa a dicha norma, sostuvimos páginas atrás que la misma se asemeja al instituto de condenación condicional (Art. 26 y ss. CP), y persigue idénticas finalidades de política criminal y penológicas.

El problema se podría plantear en aquellos supuestos donde el juez, probablemente ante la carencia de la información criminológica necesaria, no dispone el reemplazo al momento de la sentencia definitiva y aplica en el caso juzgado una pena inferior a tres años de cumplimiento efectivo, asentándose en una perspectiva literal de la norma e interpretándola como una facultad jurisdiccional (“*podrá*”, Art. 30, Inc. 1° ACP).

Más allá que la medida podría reconsiderarse durante su ejecución, vaticinamos que debido a la inveterada praxis procesal asentada en una utilización abusiva de la prisión preventiva como en la carencia de experiencia en la aplicación de penas alternativas de prisión por nuestros judicantes, se podría llegar a desvirtuar en este aspecto el espíritu garantista del proyecto y consentir en la práctica penas de menor entidad de cumplimiento efectivo.

d) Vestigios del instituto de la reincidencia respecto situaciones particulares.

Tal la redacción del **Inc. 3° del Art. 31 ACP**, y sin perjuicio de la aclaración hecha por los redactores del texto procurando despegarlo de la reincidencia, es posible colegir, sin mayor esfuerzo, que **al sujeto con antecedentes condenatorios computables se le exige un mayor periodo de seguridad** en atención a su carrera criminal pasada. Dicho raciocinio se relaciona con la circunstancia de que el precedente delictivo “pone de manifiesto una considerable asunción del rol

desviado” por parte del penado por lo que se justifica, según el anteproyectista, “que se lo trate con mayor desconfianza” en esta instancia del proceso.

Si se entiende que la reincidencia “contamina” el derecho penal porque vulnera los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad y de la prohibición del “non bis in ídem”, y si los redactores del anteproyecto, salvo uno de ellos, fueron coherentes con sus posturas oportunamente asumidas sobre el tema, **concebimos que mantener cláusulas como la controvertida importa la pervivencia de vestigios propios de un derecho penal de autor**³⁰.

Idéntica reflexión, y admitiendo desde ya las encendidas polémicas que despierta la problemática, puede realizarse respecto la norma del Inc. 1º del Art. 45 ACP, que regula la procedencia del instituto de suspensión del juicio a prueba.

3.3. No exigencia del presupuesto de *Conducta* (“Observación regular de los reglamentos carcelarios”).

Del cotejo normativo, advertimos que el anteproyectista no prescribe el “presupuesto de conducta” exigido para la libertad condicional; previsión que sí estaba regulada en el Anteproyecto de Código Penal del 2006 (ACP 2006), como otro de los requisitos para la procedencia del reemplazo de la pena de prisión y cuya extensión conceptual era posible relacionarla con el precepto contenido en el vigente Art. 13 CP, el que no ofrece mayores dificultades interpretativas tal lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia coincidentes al respecto.

Prácticamente la norma preproyectada hace depender la procedencia del reemplazo de la pena de prisión de “la capacidad y disposición del penado para asumir el compromiso de adecuar su conducta” a las condiciones que le estableciere el juez en el plan de penas alternativas dispuestas (Art. 32, Incs. 1º y 2º ACP); exigencia que si bien podría comprender a los presupuestos de conducta y concepto requeridos por el régimen de libertad condicional vigente, pronosticamos que en razón de su ambigua formulación, **la concreción de los límites de dicho requisito pasaría a depender, en los hechos, del criterio discrecional de cada juez, con las consiguientes repercusiones adversas para la seguridad jurídica.**

Apreciamos que la fórmula controvertida desorientará al penado respecto a cuál debe ser su posicionamiento frente al régimen y al tratamiento penitenciario asumido. **Presajiamos que éste se preguntará, con razón, qué deberá hacer durante el encierro para, llegado el momento,**

³⁰ No podemos obviar el reciente precedente de nuestra Corte Federal sosteniendo la constitucionalidad de la reincidencia in re “Arévalo” (CSJN, “Arévalo, Martín Salomón”, 27/05/2014) en consonancia con pretéritas resoluciones; circunstancia y argumentos que, sin lugar a dudas, repercutirán en la necesaria discusión parlamentaria que demanda la particular temática.

“convencer” al juez de que él se encuentra “capaz y dispuesto para asumir responsabilidades” conforme las exigencias de un potencial programa de penas alternativas que ni siquiera él presupone; repitiéndose tales inquietudes en la mente de los profesionales penitenciarios encargados de su tratamiento, y posteriormente obligados a informar y dictaminar ante el magistrado a cargo de la resolución del caso.

Las normas redactadas de una manera amplia y/o equívoca no tienen dentro de nuestra tradición jurídica una reputación respetable; sembraron terrenos de arbitrariedad y que en nuestro ámbito y atento la entidad de los derechos en juego, entre ellos la libertad, concebimos que no deben ser aceptadas bajo ningún concepto, promoviendo su correspondiente reformulación y armonización con los principios constitucionales vigentes.

De hecho, al prescribirse al final de la norma cuestionada el parámetro especial “y, en particular, para evitar cualquier comportamiento violento”, juzgamos que los redactores fueron aún más allá de todo límite previsible; cuando **hubiera bastado con exigir la prevención de “evitar cometer un nuevo delito”**, sin perjuicio de los inconvenientes que las predicciones traen en nuestra ciencia.

Respecto de la referencia del “comportamiento violento” señalada, vale interrogarse **cómo la compatibilizaríamos en aquellos supuestos de personas que cumplen condena por hechos culposos o sin violencia**, tal un hurto calificado.

Por último, **el problema podría resultar más agudo en aquellos supuestos de reemplazo respecto de penas menores a tres años**; donde amén de las dificultades derivadas del pretenso carácter facultativo otorgado en sentido literal (**“podrá”**), **el juez al momento de individualizar judicialmente la pena cuenta con escasos elementos de mérito, por lo que deberá extremarse en ese instante en valorar la mentada “capacidad y disposición del penado” para justificar desde entonces la concesión del reemplazo de la pena de prisión**. En ese norte y en procura de no desvirtuar las altruistas intenciones del anteproyectista, **creemos que los criterios aportados en el vigente Art. 26 CP son de presurosa imitación normativa** para la hipótesis discurrida.

3.4. No exigencia del presupuesto de *Concepto* (“Evolución positiva en el proceso de reinserción social”).

El ACP no prevé el requisito de evolución positiva en el proceso de reinserción social, tal como lo prescribe el régimen vigente conforme requerimiento expreso incorporado por Ley 25.982 (BO: 26/05/2004), recogiendo recomendaciones doctrinarias, y adelantado mediante Ley 24.660 (Art. 104), y como también lo exigen algunos de los ordenamientos extranjeros consultados por los redactores del anteproyecto (p/ej.: Art. 90.1 c) del Código Penal español).

Si la finalidad de la ejecución penitenciaria, en cualquiera de sus modalidades, es la resocialización del condenado -tal el sistema legal, constitucional y supraconstitucional vigente-; resulta consecuente que las previsiones y actividades del régimen penitenciario -que se desenvuelve en varias etapas e incluye la oferta de un tratamiento interdisciplinario- deban estar encaminadas en ese sentido.

Así, de conformidad al principio de progresividad del régimen penitenciario (Art. 6 LEP), los operadores penitenciarios y judiciales deben procurar, en sus distintas etapas (Art. 12 LEP), además de objetivos específicos, aquel general de la prevención de reincidencia criminal del penado.

En ese orden de ideas, si la legislación penitenciaria exige el progreso auténtico del interno por las diferentes etapas del régimen penitenciario en miras a la resocialización y por su parte el anteproyectista desplaza la exigencia en análisis respecto del instituto de reemplazo, **tal contradicción nos lleva a interrogarnos si ello no importaría una “virtual derogación” del mentado principio de progresividad del régimen penitenciario y hasta, por qué no, de la misma finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad**; la que no resulta desconocida por los redactores del proyecto conforme lo prescripto en el Art. 1, Inc. 1º ACP³¹.

Si bien reconocemos los cuestionamientos efectuados desde distintos sectores a la finalidad resocializadora de la ejecución penal³², no podemos dejar de reconocer el avance que implicó la consagración legislativa de dicho principio rector, insuflando un contenido humanista al cumplimiento de la pena de encierro³³.

³¹ ARTÍCULO 1º. Principios. 1. *Constitucionales y de derecho internacional*. Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía.

³² MUÑOZ CONDE, Francisco, “*La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*”, Cuadernos de Política Criminal Nº 7, 1979, Del mismo, “*Tratamiento penitenciario: utopía no alcanzada o simple quimera*”, VIº Jornadas Penitenciarias Andaluzas, 1989, p. 43; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, “*La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*”, Anuario de Derecho Penal, 1979, pp. 645-700; MIR PUIG, Santiago, “*¿ Qué queda en pie de la resocialización ?*”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 1989; MAPELLI CAFFARENA, B.-TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Civitas, 3º edición, Madrid, 1996, pp. 126-130, BERGALLI, Roberto, “*¿ Readaptación social por medio de la ejecución penal ?*”, Instituto de Criminología de Universidad Complutense, 1976. En el medio local, agudamente, se ha aseverado: “...No se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas, esta postura no sólo es fácticamente improbable sino realmente hipócrita...”, BUJAN, JAVIER Alejandro-FERRANDO, Víctor Hugo, *La cárcel argentina. Una perspectiva crítica.*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 54 y ss..

³³ AA.VV., *Curso de derecho penitenciario*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 47. BUENO ARUS manifiesta que “cuestionar la legitimidad del principio de resocialización implicaría cuestionar el sistema penitenciario en su integridad”, “*A propósito de la reinserción social del delincuente (art. 25.2 de la Constitución española)*”, Cuaderno de Política Criminal Nº 25, Madrid, 1985. También, REDONDO, Santiago, “*Algunas razones por las que vale la pena seguir manteniendo el ideal de la rehabilitación en las prisiones*”, *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales*, Coord. Rivera Beiras, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 141-150. En idéntico sentido, en nuestra doctrina nacional se manifiesta KENT, Jorge, *La resocialización de los penados. Un Desafío en el nuevo milenio*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 75-87.

3.5. Coherencia de la eliminación de la restricción de penados reincidentes.

Habiéndose eliminado del texto del ACP el instituto de la reincidencia, sin perjuicio de los reparos hechos párrafos atrás, resulta coherente que se desplace tal restricción para el reconocimiento del reemplazo de la pena de prisión.

3.6. Mecanismo de control

Este es uno de los aspectos que nos despierta las más considerables preocupaciones.

El pretender cimentar el éxito de todo el sistema de penas alternativas presentado por el preproyectista de una instancia externa y sobre la cual ninguno de los poderes concurrentes aparece prima facie como garante de una responsable ejecución y contralor, **tememos que puede, lamentablemente, conducirnos hacia una ulterior frustración.**

Nuestra realidad es bastante ilustrativa acerca de que la etapa post-penitenciaria es una de las fases más descuidadas de la política penitenciaria, caracterizándose los organismos encargados de la tarea por la falta de recursos humanos y materiales en proporción al número de personas que deben sea asistidas y orientadas hacia una reinserción comunitaria positiva.

Sea el nombre que se le diere o del poder estatal que dependiere, si no se capacita técnicamente a estos augurados profesionales auxiliares de la ejecución penal, ni se proporciona los recursos materiales necesarios para que se materialice adecuadamente su labor, tales funcionarios terminarán tristemente neutralizados tal como hoy sucede con aquellos que conforman la mayoría de los Patronatos de Liberados existentes en nuestro país.

Como bien lo resaltan los redactores del anteproyecto, el poner en funcionamiento estos mecanismos de control necesarios para el funcionamiento del sistema de penas alternativas siempre será menos oneroso que todo aquello que representa el mantenimiento de los centros de detención.

Pero lo real y cierto es que los instrumentos de contralor previstos como acompañamiento para la ejecución de las penas “en libertad” nunca representaron en nuestra historia jurídico-política una preocupación relevante. Acaso este anteproyecto pueda significar un puntapié inicial para empezar a modificar numerosos aspectos de la praxis cotidiana en miras a fortalecer nuestra seguridad ciudadana.

Nos cuesta sostener, aunque resultaría más sencillo hacerlo, aseverar que los Patronatos de Liberados “fracasaron” en sus tareas, cuando en realidad nos corresponde reconocer, por razones de nobleza obliga, que en realidad nunca se hizo nada políticamente efectivo para que aquellos puedan llegar a funcionar, aunque sea ínfimamente. *No puede fracasar aquello que nunca funcionó.*

Quizás, sí desde la norma de fondo, lo que no importa necesariamente desde nuestra perspectiva una invasión a las autonomías legislativas provinciales, se sentaran las bases mínimas para garantizar la creación y verdadero funcionamiento de los organismos de contralor necesarios

para la implementación del sistema de penas alternativas propuesto, las loables aspiraciones de los redactores del anteproyecto puedan llegar a “mejor puerto”.