

ESTUDIOS SOBRE JURISPRUDENCIA

LAS PENAS CORTAS Y EL FIN DE SU CONVERSIÓN EN TRABAJOS PARA LA COMUNIDAD

Ximena Figueroa

Martina Gómez Romero

**VOCES: REFORMA LEGAL. EJECUCIÓN DE LA PENA. PRISIÓN. TAREAS
COMUNITARIAS. PROPORCIONALIDAD. EXCARCELACIÓN. LIBERTAD
ASISTIDA.**

LAS PENAS CORTAS Y EL FIN DE SU CONVERSIÓN EN TRABAJOS PARA LA COMUNIDAD

Ximena Figueroa¹

Martina Gómez Romero²

RESUMEN

Este trabajo examina la reforma que introdujo la ley N° 27.375 a la Ley de Ejecución Penal en cuanto suprimió la conversión de penas iguales o menores a seis meses en trabajos para la comunidad. En este marco, se exploran distintas soluciones para evitar el efecto desocializador de las penas privativas de la libertad de corta duración: la declaración de inconstitucionalidad de la norma sobre la base del principio de proporcionalidad y el planteamiento de la excarcelación en términos de libertad asistida o, su caso, la libertad asistida. A ese efecto, se analizará la propuesta teórica de Alexy y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Cámara de Casación Penal.

1. INTRODUCCIÓN

La ley N° 24.660 prevé, en la sección tercera de su capítulo II, las llamadas “alternativas para situaciones especiales” que son formas atenuadas de cumplir la pena de encierro carcelario. En su redacción originaria de 1996, entre estas alternativas, estableció en el art. 35 seis supuestos específicos en los cuales la ejecución de la pena podía cumplirse bajo las modalidades de la prisión discontinua y semidetención³. A su vez, los sistemas de cumplimiento de pena

¹ Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación a cargo de la ULM para la Asistencia de Personas no Privadas de Libertad ante los JNEP. Docente de la Facultad de Derecho UBA en materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal” de la cátedra del Prof. De Luca.

² Abogada (UBA). Magíster en Derecho Penal y Política Criminal (Univerité Paris I - Panthéon-Sorbonne). Prosecretaria administrativa de la Defensoría Pública Oficial N° 22 en lo Criminal y Correccional. Docente de la Facultad de Derecho UBA en materia “Régimen de Ejecución de la Pena” de la cátedra de Mary Beloff.

³ El art. 35 en su redacción original estipulaba bajo el título “Prisión discontinua y semidetención”:

El juez de ejecución o juez competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:

- a) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal;
- b) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 33 de esta ley en el caso de condenado mayor de setenta años;
- c) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;

a través de dichas modalidades se encuentran definidos por los artículos 36 y 39, respectivamente⁴.

Cuatro de los supuestos previstos en el art. 35 (incisos “a”, “b”, “d” y “e”) consistían en casos en los cuales se disponía el encarcelamiento por la revocación de otros modos atenuados de ejecución de la pena, debido al incumplimiento de normas o reglas de conducta. De esta manera, el legislador buscó evitar que la consecuencia de estos incumplimientos durante el goce de una modalidad atenuada (como la prisión domiciliaria, la condena condicional y la libertad condicional) fuera el encierro carcelario permanente. Otro de los supuestos de procedencia de la prisión discontinua y semidetención (el del inciso “c”) se refería a los casos en que la pena de multa se convierte en prisión (art. 21, 2do párr. del CP). Por último, y en lo que nos compete, se encontraba el último de los supuestos en el inciso “f”, relativo a la conversión en prisión discontinua o semidetención de penas no mayores a seis meses de efectivo cumplimiento. Concretamente se preveía esta posibilidad cuando “f) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento”⁵.

A su vez, el art. 50 de la ley N° 24.660 regula la última modalidad alternativa al uso del encierro carcelario, el trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad, prevista exclusivamente para los casos de los incisos “c” y “f” del art. 35. De este modo, en caso de disponerse que la conversión de pena de multa en prisión (inciso “c”) o la pena igual o menor a seis meses (inciso “f”) sea ejecutada mediante la prisión discontinua o semidetención, estas –a su vez– podrán convertirse en tareas comunitarias⁶.

d) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;

e) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;

f) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

⁴ El art. 36 establece que la prisión discontinua se cumple en una institución basada en la autodisciplina en la cual el condenado tiene derecho a egresar cada 36 horas de permanencia, procurando que su detención no coincida con sus días laborables. Se computará un día de pena por cada noche de permanencia en la institución. La semidetención, conforme lo establece el art. 39, consistirá en una detención basada en la autodisciplina durante el lapso no destinado a las obligaciones familiares, laborales o educativas del condenado. Para ello prevé la modalidad diurna (permanencia en la institución entre las 8 y las 17 horas) y la prisión nocturna (permanencia en la institución entre las 21 y las 6 horas). Se computará un día de pena por cada jornada, diurna o nocturna, de permanencia del condenado en la institución.

⁵ Se entiende que de los seis supuestos de procedencia de la prisión discontinua y semidetención solo el del inciso “f” consiste en una verdadera pena alternativa; esto es, que puede ser una medida alternativa al encierro que se decida al momento de la imposición de la condena. El resto de los incisos son alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas. Cfme. Rivera Beiras y Salt (1999, 255).

⁶ Bajo el título “Trabajos para la Comunidad”, el art. 50 establecía: En los casos de los incisos c) y f) del artículo 35, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el juez de ejecución o juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Así, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el juez de ejecución o juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso, se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión y el plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses⁷.

Este sistema de doble conversión (primero en semidetención o prisión discontinua y luego en trabajos comunitarios) para las penas menores o iguales a seis meses fue prevista por el legislador con el objetivo de evitar las penas de corta duración del encierro carcelario y su efecto desocializador. Se tornó de este modo en una eficaz herramienta para evitar el encarcelamiento en penas de breves que generarían el efecto opuesto a la finalidad resocializadora.

Cierto es que cuando una pena igual o menor a seis meses ya había comenzado a ser ejecutada, resultaba más propicio para la defensa técnica plantear directamente la solicitud de libertad asistida prevista en el art. 54 de la Ley de Ejecución Penal, cuyo requisito temporal ya se encontraría alcanzado en dichos supuestos⁸. Ello por cuanto la libertad asistida no implica para el condenado más que la obligación de no cometer delitos (art. 56) y las cargas del art. 55; esto es, presentación ante la Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal; cumplimiento de reglas de conducta en caso de que hubieran sido fijadas; residir en el domicilio consignado en la resolución judicial o en uno nuevo, en caso de modificarse previa autorización del juez; y reparar daños causados por el delito si ello hubiera sido dispuesto. De este modo, durante la etapa de ejecución de la pena se optaba por la libertad asistida antes que sujetar a la persona a las cargas que conlleva la modalidad de cumplimiento de pena bajo trabajos comunitarios.

Más allá de esto, esta herramienta adquiriría toda su funcionalidad a la hora de la imposición de una condena breve para evitar *ante initium* el encarcelamiento y no aguardar al comienzo de su ejecución para solicitar la libertad asistida. Máxime en los casos en que no pudiera

caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses.

⁷ Se desprende de la propia redacción del art. 50 la naturaleza jurídica de los trabajos para la comunidad, la cual consiste en una forma de cumplimiento de pena, toda vez que la ley prevé el cómputo de las horas de tareas comunitarias como días de prisión. A su vez, el art. 52 establece que, en caso de incumplimiento de esta forma de cumplimiento de pena, el juez de ejecución podrá, por única vez y mediando causa justificada, prorrogar el plazo de cumplimiento por seis meses más, o bien revocar el instituto y practicar un nuevo cómputo. En este nuevo cómputo deberán descontarse los días de prisión cumplidos mediante trabajo comunitario previos al incumplimiento de las obligaciones.

⁸ Tradicionalmente el requisito temporal para la libertad asistida fue de seis meses previos al agotamiento de la pena, conforme el art. 54 de la ley 24.660. Sin embargo, la reciente reforma efectuada por la ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), que modificó todo el régimen de progresividad penitenciaria previsto en la legislación nacional (ley 24.660 y Código Penal en lo que respecta a la libertad condicional), estableció que el requisito temporal para acceder a la libertad asistida es de tres meses previos al cumplimiento de la pena.

proceder una suspensión del juicio a prueba o una condena de ejecución condicional, la negociación en el marco de un proceso abreviado conforme el art. 431 bis del Código Procesal Penal de que la pena fuera igual o menor a seis meses y su inmediata conversión en trabajos comunitarios, resultaba una alternativa razonable y proporcionada para evitar el encierro carcelario por tan breve lapso.

Ahora bien, a principios del año 2009 la ley 26.472⁹ modificó la regulación de la prisión domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal y en toda la Sección Tercera del Capítulo relativo a las “Alternativas para situaciones especiales” de la ley 24.660. Asimismo, suprimió los incisos “a” y “b” del art. 35 de la ley de ejecución penal por los cuales procedía la prisión discontinua o semidetención para la revocación de los únicos dos viejos supuestos de prisión domiciliaria, respectivamente. En cambio, en un único inciso, el “a”, hace referencia a la revocación de cualquiera de los nuevos supuestos vigentes de prisión domiciliaria establecidos en el art. 32.

Fue por esta modificación (reducción de incisos del art. 35 por unificación del “a” y del “b” en un único inciso “a”) que desde el 2009 la conversión de penas no mayores a seis meses subió en la enumeración y pasó de estar establecida en el inciso “f” al inciso “e” del art. 35, donde permaneció hasta el año 2017. Sin embargo, el legislador omitió impactar dicha modificación en el correspondiente art. 50 relativo a la conversión en tareas comunitarias. Esta norma prevé la sustitución por tareas para la comunidad para los dos supuestos vistos (los casos de prisión discontinua o semidetención por conversión de pena de multa en prisión (inciso “c”) y por pena igual o menor a seis meses (inciso “f”) pero haciendo solo referencia a la denominación de los incisos y no de su contenido. Por lo tanto, la falta de adecuación a la nueva numeración del art. 35 hacía que el art. 50 se remitiera a un inciso que ya no existía más cuyo supuesto había pasado a estar contemplado en el inciso “e”.

Si bien la falta de adecuación del art. 50 a la redacción del nuevo art. 35 fue una omisión y no una intención del legislador, una interpretación exegética de la norma llevaría a sostener que la posibilidad de conversión en trabajos comunitarios procedería solo para la revocación de una condena condicional (inciso “c”). Ello por cuanto, siguiendo la letra de la ley, el supuesto de penas de multas convertidas en penas de prisión pasó de estar en el inciso “c” al “b” y el inciso “f” de penas menores a seis meses dejó de existir.

Independientemente de esto, lo cierto es que el sistema de doble conversión de penas menores o iguales a seis meses en trabajos comunitarios se aplicó hasta el año 2017, con la reforma introducida por la ley 27.375¹⁰, la cual directamente suprimió el inciso “e” del art. 35 que preveía el primer paso de este mecanismo: la semidetención o prisión discontinua para ese monto de pena. Sin embargo, una vez más, el legislador omitió modificar el art. 50, que mantiene su redacción original hasta la actualidad y refiere a los incisos “c” y “f”.

⁹ Promulgada el 12 de enero de 2009.

¹⁰ Promulgada el 28 de julio de 2017.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

A fin de clarificar los diferentes cambios introducidos en las redacciones de las normas, obsérvese el siguiente cuadro:

Referencia Jurídica e Investigación
 Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
 Ministerio Público de la Defensa

Versión de la ley N° 24.660

	1996 (redacción original)	2009 (modificación por ley N°26.472)	2017 (modificación por ley N°27.375)
Artículo 35	<p>Prisión discontinua y semidetención.</p> <p>Art. 35. El juez de ejecución o juez competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:</p> <p>a) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal;</p> <p>b) Se revocare la detención domiciliaria prevista en el artículo 33 de esta ley en el caso de condenado mayor de setenta años;</p> <p>c) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;</p> <p>d) Se revocare la condena- ción condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;</p> <p>e) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;</p> <p>f) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.</p>	<p>Prisión discontinua y semidetención</p> <p>Art. 35. El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención, cuando:</p> <p>a) Se revocare la detención domiciliaria;</p> <p>b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;</p> <p>c) Se revocare la condena- ción condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;</p> <p>d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso que el condenado haya violado la obligación de residencia;</p> <p>e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.</p>	<p>Prisión discontinua y semidetención</p> <p>Art. 35. El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando, no encontrándose incluido en los delitos previstos en el artículo 56 bis:</p> <p>a) Se revocare la detención domiciliaria;</p> <p>b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;</p> <p>c) Se revocare la condena- ción condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal;</p> <p>d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia.</p>
Artículo 50	<p>Trabajos para la comunidad</p> <p>Art. 50. En los casos de los incisos c) y f) del artículo 35, cuando se presente ocasión para ello y el condenado lo solicite o acepte, el juez de ejecución o juez competente podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses.</p>		

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Ahora bien, previo a introducirnos en los cuestionamientos jurídicos que genera este aspecto de la reforma a la Ley de Ejecución Penal, cabe efectuar dos aclaraciones previas. En primer término, la supresión de este mecanismo de conversión rige solo respecto de los delitos cometidos luego de la entrada en vigencia de la reforma¹¹. Ello, en virtud de que se trata de una materia de indudable carácter sustantivo –alternativa de pena– y, consecuentemente, rige la irretroactividad de la ley penal menos favorable derivada del principio de legalidad (art. 2 CPPN)¹². En segundo término, vale tener presente que ya se efectuaron propuestas de rectificación de esta supresión a través de anteproyectos legislativos formulados sobre la base de la difícil aplicación del objetivo de resocialización en el caso de penas breves¹³.

En este trabajo proponemos mostrar, en primer lugar, cómo confronta este aspecto de la reforma de la ley 27.375 con las directrices internacionales dirigidas al fomento de las alternativas al encierro carcelario, el cual adquiere todavía mayor relevancia en el caso de las penas de corta duración (II). En segundo lugar, ofrecemos dos análisis alternativos del problema. El primero, plantea la inconstitucionalidad de la reforma sobre la base de la teoría de la proporcionalidad, siguiendo a Robert Alexy (2008) (III). El segundo, ofrece alternativas interpretativas desde una perspectiva pragmática y pensadas en clave de defensa; analizadas sobre la base de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en la materia (IV).

2. LA SUPRESIÓN DE LOS TRABAJOS COMUNITARIOS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

¹¹ Técnicamente esta reforma entró en vigencia el 09/08/2017; esto es, después del octavo día de su publicación oficial (cfme. art. 5 del Código Civil).

¹² Si bien es cierto que el art. 50 ya no se refiere a ese inciso, como se dijo, se entiende que ello fue una omisión y no una intención, con lo cual vigente el inciso “e” por principio de irretroactividad de la ley penal menos benigna, debería continuar aplicándose.

¹³ En este sentido, el 5 de diciembre de 2017 se presentó ante la Cámara de Diputados un anteproyecto de ley firmado por el diputado nacional Julio Raffo. El mismo busca modificar el art. 35 de la ley 24.660 restableciendo el inciso “e” suprimido relativo a la conversión de penas menores a seis meses, a fin de recuperar la aplicación del art. 50. Los fundamentos del anteproyecto son planteados de la siguiente manera: “Entiendo que el modo de subsanar esta inconsistencia debe ser el de restablecer el inciso suprimido que ha permanecido en la ley desde su sanción en 1996 y que viene siendo aplicado satisfactoriamente por los tribunales frente a supuestos en los que resulta desaconsejable - por su escasa duración - someter al encierro carcelario a una persona por escasos meses, cuando se cuenta con la alternativa de imponerle la obligación de realizar trabajos para la comunidad por una cantidad de tiempo equivalente [...] Por lo demás, resulta evidente que es imposible o cuanto menos muy dificultoso, emprender un programa de “resocialización” en tan corto tiempo, como el que implica la imposición de penas privativas de libertad de efectivo cumplimiento de quince (15) días, tres (3) o seis (6) meses y aún las de un (1) año. Por el contrario, se ha verificado que en esos primeros meses de encierro carcelario se profundizan las situaciones de violencia que inciden en la cuestión de la inseguridad. La persona encarcelada por tan corto tiempo, al recuperar su libertad suele hacerlo en condiciones de mayor violencia por las situaciones padecidas y el nulo tratamiento resocializador recibido. Compréndase que no se propone una política de dejar impunes los delitos cometidos que merezcan penas privativas de la libertad menores, sino advertir sobre la inconveniencia de asumir una política condenatoria sin políticas de “reinserción” social pre-penitenciaria”.

Las alternativas a la pena de prisión adquirieron gran auge con el movimiento excarcelatorio iniciado hacia fines de los años 1960 en el contexto europeo¹⁴. Este movimiento no surgió aisladamente sino que formó parte de un conjunto de movimientos "des" –desinstitucionalización, desprofesionalización, descriminalización, entre otros– que compartieron el objetivo de reducir el grado de intervención del Estado, reducir la extrema clasificación de la desviación y el retorno a respuestas integradoras en la sociedad *versus* respuestas segregativas (Larrauri 1987, 771-794).

Estas tendencias reivindicaban la sustitución de la cárcel como pena por otra serie de medidas alternativas que fueron descritas como "control en la comunidad", pretendiendo expresar el paso de un sistema de control de la desviación por medio de respuestas segregativas –la cárcel/instituciones psiquiátricas– a un sistema de control de la desviación por medio de respuestas integradoras –la comunidad–.

Estas tradiciones fueron luego perfeccionándose en tanto evidenciaban una reorganización del castigo que tendía a hacerlo más eficaz cuanto más extendido, difuminado y absorbido por la sociedad. Aparecieron tendencias relacionadas con: a) medidas sustitutivas de la prisión preventiva; b) mecanismos alternativos de solución del conflicto propios de una justicia de modalidad restaurativa y c) medios alternativos a la pena de prisión. Se procuraron, entonces, mecanismos que evitaran los efectos negativos y contraproducentes vinculados a las condenas de naturaleza formal: los denominados programas de "diversión" previstos en el Derecho penal y procesal; también conocidos con el nombre de "tercera vía"¹⁵.

En el contexto europeo las recomendaciones del Consejo de Europa señalan, respecto de la capacidad de las sanciones alternativas de cumplir las finalidades del castigo, que: son capaces de satisfacer el principio de proporcionalidad; son idóneas -cuando toman en consideración el riesgo y necesidades del infractor- para proteger a la colectividad; permiten satisfacer el principio de rehabilitación al afrontar las necesidades del infractor y los factores vinculados

¹⁴ En el contexto europeo vemos que en 1965 el Consejo de Europa, en su Resolución N°1, ya señalaba que «la sanción privativa de libertad sólo debe ser infligida al delincuente en la medida en que responda a los fines de la pena», recomendando a sus Estados miembros: "1. Que sus legislaciones prevean la posibilidad para el Juez o Tribunal competente de suspender la imposición de una pena privativa de libertad, o la ejecución de esta pena, por una medida condicional respecto de los delincuentes primarios que no hayan cometido una infracción de particular gravedad; 2. Que adopten las disposiciones necesarias para asegurar y desarrollar la aplicación de la *probation*, o de otra medida de la misma naturaleza que tiene la ventaja de someter al delincuente durante el tiempo de la prueba a una asistencia y a una vigilancia destinadas a estimular su reinserción y controlar su conducta, y; 3. Introducir en sus legislaciones cualquier otra medida que evite la encarcelación del delincuente primario..."

¹⁵ En general, el concepto "diversión" suele expresar que el Estado, en el ámbito de la llamada criminalidad de bagatela o mediana criminalidad, renuncia en la mayoría de los casos a un proceso penal formal y a la imposición de una sanción penal desde un punto de vista estrictamente formal. En su lugar se produce una especie de "derivación" del proceso penal a una llamada vía alternativa, caracterizada por soluciones de carácter informal sin efectos estigmatizadores para el sujeto infractor (Cano Paños 2014, 5).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

al desistimiento del delito y pueden fomentar la responsabilidad del infractor con referencia a la sociedad en general y a la víctima en particular (Cid 2010, 55-83)¹⁶.

En nuestro contexto -más allá de la condena condicional como mecanismo tendiente a evitar el encarcelamiento en los casos de penas de corta duración, la cual data de 1921-, fue recién en la década de los noventa, tras el devenir de la democracia y la suscripción del Estado argentino de instrumentos internacionales de derechos humanos, que fueron receptándose las alternativas al proceso penal y al encarcelamiento.

La primera de ellas fue introducida por la reforma del Código Penal de 1994 con la ley N°24.316¹⁷ la cual instituyó el sistema procesal de suspensión de juicio a prueba. En efecto, Zaffaroni aclara que se trata de una reforma que se encuadra en el movimiento de simplificación procesal y de alternativas al encierro carcelario tradicional divulgado en la legislación comparada a partir de los años sesenta, que se fundó en distintos planteamientos: unos de corte predominantemente asistencial y paternalista, de inspiración correctora y educacional, acompañados de otros resignadamente reformistas, que proponían la sustitución limitada de la prisión como una línea de avance en las exigencias de una mínima intervención penal (Zaffaroni, Slokar y Alagia 2002, 970)¹⁸.

A su vez, reformada la Constitución Nacional y dotados de jerarquía constitucional los instrumentos de derechos humanos ratificados, se llevó adelante la revisión de numerosos y diversos aspectos institucionales penales. En dicho contexto, en 1996 se reglamentó la ejecución de la pena privativa de libertad a través de la ley 24.660, la cual recepta en su art. 1° la finalidad de reinserción social de los arts. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Según explica Sozzo (2009, 33-65), la ley 24.660 se promulgó en el marco del proyecto normalizador/disciplinario/correccional de la prisión moderna. En el mensaje del Poder Ejecutivo que introducía el proyecto de ley en el Congreso Nacional se lee que pretende fijar “pautas directrices que sustenten la posibilidad de cambio para una adecuada reinserción social del condenado [...] procurando la armónica integración de una concepción humanista con el resguardo de la sociedad” (Ministerio de Justicia de la Nación, 1996: 11).

¹⁶ Cid señala los siguientes textos: *Recommendation (92) 16*, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, Art. 6., *Resolution (65) 1*, Suspended sentence, probation and other alternatives to imprisonment. 22 enero 1965, art. 1; *Recommendation (2010) 1*, European probation rules, 20 enero 2010, art. 54.; *Recommendation (2000) 22*, Improving the implementation on the European rules on community sanctions and measures, 29 noviembre 2000, art. 22, *Recommendation (2010) 1*, European probation rules, 20 enero 2010, art. 1; *Recommendation (92) 16*, European rules on community sanctions and measures, 19 octubre 1992, Exposición de motivos; *Recommendation (99) 19*, Mediation in penal matters, 15 septiembre 1999, Exposición de motivos.

¹⁷ Promulgada el 19 de mayo de 1994.

¹⁸ Aunque también en forma crítica y en consonancia con lo sostenido por Larrauri, sostiene que: “...Frente a ellos, otros desarrollos esencialmente críticos denunciaron la legitimación paralela del sistema carcelario que conllevan las medidas alternativas, y alertaron acerca del paradójico aumento del control punitivo, toda vez que -lejos de reemplazar- las supuestas alternativas terminan complementando a la cárcel...”.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Se evidenciaron, entonces, estas pautas de integración, comunidad y criterios de adecuación de la reinserción social. Paradójicamente, aún frente a un proyecto normalizador y disciplinario que mantenía la cárcel como el método punitivo por excelencia, ciertas características de un modelo más proporcional y progresivo en la respuesta penal comenzaban a generar algunas definiciones.

Esta ley, como vimos, introdujo el mecanismo alternativo de sustitución de pena por tareas comunitarias. Así se vio reflejada la necesidad de evitar los perjuicios y efectos desocializadores del encarcelamiento.

Al mismo tiempo, fue en el año 1990 que en el ámbito internacional se adoptaron las llamadas “Reglas de Tokio”¹⁹. Estas directrices buscan interpelar a los Estados Miembros a fin de que introduzcan medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y, de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión. Así, se busca racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Como objetivos fundamentales, las Reglas de Tokio promueven la aplicación de medidas no privativas de la libertad y de salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. Contienen una serie de principios básicos para fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente. Asimismo, buscan incentivar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (I, 1.1 y 1.2).

Como principios rectores, a los fines del sentido y alcance de estas medidas no privativas de la libertad, las Reglas pregonan la atención en la comunidad y el principio de intervención mínima.

En cuanto al primero, se fomenta el abordaje de las personas en contacto con la justicia penal en la propia comunidad, evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales, de conformidad con las salvaguardias y las normas jurídicas (2.5). Se entiende que la participación de la sociedad debe alentarse pues, como complemento de la acción de la administración de la justicia penal, constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes sometidos a medidas no privativas de la libertad y sus familias y la comunidad (17.1). Asimismo, las reglas mandan a alentar a los organismos gubernamentales, al sector privado y a la comunidad en general para que apoyen a las organizaciones de voluntarios que fomenten la aplicación de medidas no privativas de la libertad (18.1).

¹⁹ ONU, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, adoptadas por Asamblea General, Resolución N°45/110, 14 de diciembre de 1990.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En lo que respecta al principio de intervención mínima para la aplicación de las medidas (2.6), los Estados son interpelados a establecer una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia, que aseguren flexibilidad y proporcionalidad con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad y evitar así la aplicación innecesaria de la pena de prisión (I, 2.1 y 2.3).

En lo que hace a la fase de juicio y sentencia, se establece que la autoridad judicial tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad y al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda (8.1). Entre estas sanciones se mencionan: sanciones verbales, como la amonestación, la reprensión y la advertencia; libertad condicional; penas privativas de derechos o inhabilitaciones; sanciones económicas y penas en dinero, como multas y multas sobre los ingresos calculados por días; incautación o confiscación; mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización; suspensión de la sentencia o condena diferida; régimen de prueba y vigilancia judicial; imposición de servicios a la comunidad; obligación de acudir regularmente a un centro determinado; arresto domiciliario; cualquier otro régimen que no entrañe reclusión; alguna combinación de las sanciones precedentes (8.2).

Vemos así que las Reglas de Tokio establecen, como estándar internacional, la necesidad de aplicación de medidas alternativas al encierro en prisión, sobre la base de los principios de atención comunitaria para el fin de reinserción social y el principio de intervención mínima de la pena. Vemos a su vez, que se contempla expresamente como una opción a la hora de imponer condena en la etapa de juicio “la imposición de servicios a la comunidad”, alternativa que nuestro ordenamiento ya tenía disponible previo a su erradicación mediante la reforma de la ley penitenciaria.

En igual sentido se erige el “Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento” de UNODC²⁰. Este manual afirma que

...No solo se debe alentar a los jueces a considerar medidas sustitutivas del encarcelamiento sino que estos deben disponer de la facultad legal de hacer uso de un margen de discrecionalidad al pronunciar sentencia, y de la capacidad para considerar las alternativas a la cárcel previstas en las leyes (p. 31).

Además, en este manual se analiza una por una las penas alternativas al encierro que proponen las Reglas de Tokio. En cuanto a la pena de imposición de servicios a la comunidad, la

²⁰ UNODC, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Serie de Manuales de Justicia Penal, 2010.

entiende como la obligación del delincuente de trabajar sin remuneración durante un determinado número de horas o de realizar una labor concreta, en ambos casos como un servicio a la comunidad.

Antes de dictar una orden de este tipo, el juez necesita información fiable de que el trabajo puede realizarse con una supervisión adecuada [...] Los servicios a la comunidad exigen una estrecha vigilancia que verifique que el delincuente realiza el trabajo exigido y que no es ni explotado ni obligado a trabajar más de lo exigido o en condiciones inaceptables [...] Los miembros de la comunidad pueden ofrecer posibilidades de trabajo a los delincuentes; sin embargo, no deben asumir funciones de vigilancia o disciplinarias. Por ejemplo, no debe atribuírseles la decisión final acerca de si el delincuente ha prestado los servicios a la comunidad según se le exigía en la orden judicial, o no, ya que este hecho puede determinar que se adopten nuevas medidas contra él (p. 43 y 44).

Por su parte, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de su Libertad en las Américas²¹ estipulan: “4. Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad: los estados miembros (...) deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas sustitutivas o alternativas a la privación de la libertad”.

En cuanto a las Reglas Mandela, actualización del año 2015 de las “Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos” de Naciones Unidas de 1955, en el acápite 12 la Asamblea General recomienda a los Estados Miembros que continúen procurando limitar el hacinamiento en las cárceles y, cuando proceda, recurran a medidas no privativas de libertad como alternativa a la prisión preventiva, promoviendo un mayor acceso a mecanismos de administración de justicia y de asistencia letrada, reforzando las medidas sustitutivas del encarcelamiento y apoyando los programas de rehabilitación y reinserción social, de conformidad con lo dispuesto en las Reglas de Tokio.

Las Reglas de Bangkok²², estándares reconocidos por la Asamblea General de Naciones Unidas en lo que hace a la privación de libertad de mujeres, han dado especial preeminencia a la aplicación de medidas sustitutivas del encierro. El instrumento proclama que las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal²³ generan la necesidad consiguiente de darles prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la

²¹ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

²² ONU, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*, aprobadas por la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, A/RES/65/229, 16 de marzo de 2011.

²³ Las Reglas reconocen al colectivo de mujeres en prisión como uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

libertad. Y ello, tomando en consideración las medidas sustitutivas del encarcelamiento previstas en las Reglas de Tokio²⁴. Asimismo, en el acápite 5 la Asamblea General alienta a los Estados Miembros a aprobar legislación para establecer medidas sustitutivas del encarcelamiento y dar prioridad a la financiación de esos sistemas, así como a la elaboración de los mecanismos necesarios para su aplicación y su divulgación a otros Estados que no las tengan. Pone de relieve, además, que al dictar sentencia o decidir medidas previas al juicio respecto de una mujer embarazada o de una persona que sea la fuente primaria o única de cuidados de un niño, se debería dar preferencia a medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado, e imponer condenas que supongan privación de la libertad sólo cuando se trate de delitos graves o violentos²⁵.

Ahora bien, el conjunto de instrumentos precitado refleja la dirección en la que la comunidad internacional afirma que debe seguirse el abordaje de la privación de libertad, en lo general, y la concepción del encierro carcelario como opción de *ultima ratio*, en lo particular. El catálogo de normas expuesto convalida la tendencia internacional hacia la adopción de medidas sustitutivas del encierro en prisión. Si bien este conjunto de normas proviene de instrumentos de *soft law*, resulta fundamental reconocer el valor a esta categoría de derecho internacional en cuanto muchas veces constituye la forma más lograda de consensos en la comunidad internacional, ya sea por la necesidad de llenar alguna laguna, de establecer criterios de interpretación o a veces por ser la única vía de acuerdo posible (Chinkin 2000, 24 y ss.)²⁶.

De cualquier manera, cabe remarcar que, respecto de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de Naciones Unidas, la Corte Suprema sostuvo que "...si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque constitucional federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (Cfr. CSJN *Fallos* 328:1146 y 1186).

²⁴ La Regla 57 prevé que: "Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas". A su vez, la Regla 58 plantea que: "Cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena".

²⁵ La Regla 64 establece que: "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños".

²⁶ Para el profesor Barberis (1994, 282-288) no es conveniente hablar de la existencia de un "orden jurídico intermedio" basado en la existencia de normas de diferente clase o naturaleza, pues el concepto de validez de cualquier norma (sea jurídica o no) no está sujeto a graduación y si bien existen diferentes tipos de derechos y obligaciones esto no supone merma ni gradación en su validez; en este sentido, o es derecho o no lo es. De esta forma, la idea de un derecho "blando" no aparece como razonable, siendo el *soft law* un producto de intereses políticos que buscan otorgar obligatoriedad a ciertos actos y ciertas resoluciones para satisfacer sus propios intereses.

La supresión de la posibilidad de convertir penas breves en trabajos para la comunidad es una decisión legislativa contraria a esta tendencia internacional dirigida hacia la adopción de medidas sustitutivas del encierro en virtud de los principios de proporcionalidad, *ultima ratio* e intervención mínima del derecho penal²⁷.

La reforma penitenciaria de la ley 27.375 del año 2017 se identifica con la serie de movimientos legislativos punitivistas que había sido iniciada desde fines de los noventa y principios del nuevo siglo en Europa y Estados Unidos, por la ocurrencia de ciertos fenómenos generados en el orden político criminal. Entre estos fenómenos vemos la aparición de la “emergencia” por el crecimiento de la inseguridad urbana en el discurso de los actores políticos y de los medios masivos de comunicación; un nuevo tipo de politización a través de la cual se buscaba la producción de consenso político en muchos casos con proyección electoral y la aparición de un elemento de validación fundamental que catapultó a un nuevo tipo de “saber experto” al primer plano en el terreno del diseño de las estrategias de control del delito (Sozzo 2009, 41-42) que consistieron en los “sentimientos de la gente”.

No obstante, queremos destacar algunas premisas que subsisten incólumes en la justificación de las medidas alternativas a las penas de prisión y que hacen a una lógica interna del sistema y seguridad jurídica del discurso a la luz del principio constitucional republicano. La esencia de las medidas alternativas a la prisión reside en el criterio de proporcionalidad y racionalidad del castigo: la pena de prisión únicamente debe adoptarse cuando la gravedad de la conducta haga inapropiada cualquier otra sanción y, por otra parte, que la pena de prisión sólo es admisible cuando ninguna otra pueda alcanzar el objetivo de la resocialización.

²⁷ Del mismo modo, además de promoverse la adopción de medidas sustitutivas del encierro carcelario, se fomentó la adopción de medidas desjudicializadoras, también llamadas salidas alternativas al proceso penal. Ambas categorías de medidas (sustitutivas del encierro y sustitutivas del proceso) se enmarcan en un paradigma moderno de justicia restaurativa, en el cual la pena de prisión cede lugar frente a nuevos modos de resolución de conflictos. En este sentido, tanto a nivel regional como nacional han habido reformas procesales penales de tendencia acusatoria en las cuales se crearon salidas alternativas al proceso penal. Constatamos como denominador común que todos los proyectos de reforma acusatorios de la región latinoamericana proponen, además de la oralidad y división de funciones acusatorias y jurisdiccionales, criterios de oportunidad para los Ministerios Públicos Fiscales y consecuentes opciones desjudicializadoras que evitan la prosecución de los procesos penales. A nivel nacional, siguieron esta línea la provincia de Buenos Aires (arts. 56 y 56 bis del CPPBA y el “Régimen de resolución alternativa de conflictos penales” de la Ley 13.433/06) y el Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, 204). Misma dirección tomaron los Códigos de Chaco (art. 6° inc. 1°), Chubut (art. 44 inc. 1° y 47 y 48 del Código Procesal) que regula la conciliación y la reparación, Entre Ríos (art. 5°, inc. 2°), Jujuy (art. 101, inc. 1°), La Pampa (art. 15, inc. 1°), La Rioja (art. 204, inc. 1°), Mendoza (art. 26, inc. 1°), Misiones (art. 60 inc. b), Neuquén (art. 106, inc. 1°), Río Negro (art. 96, inc. 1°), Salta (art. 231, inc. a), Santiago del Estero (art. 61, inc. 1°), Tucumán (art. 27, inc. 1°) y Tierra del Fuego a partir de la ley 804 (arts. 309, inc. 7° y 331). No es ajeno a esta línea el Código Procesal Penal Nacional promulgado por Ley 27.063 y suspendido por decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo. “Precisamente en este sentido de incorporar vías alternativas de resolución del conflicto, así como de instaurar criterios de oportunidad que mejor se adecúen a los principios constitucionales de proporcionalidad, racionalidad y *ultima ratio*, fue que se estructuró la reforma al Código Procesal Penal de la Nación”, cfr. Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Causa N° 25020/2015, “V., G. P y otros sobre defraudación”, voto del juez Mariano Hernán Borinsky.

3. INTERPRETACIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA A RAÍZ LA DOCTRINA DE LA PROPORCIONALIDAD

Como primera medida queremos dejar en claro el objetivo del presente apartado: la interpretación que se propone a partir del principio de proporcionalidad puede servir de base para sostener la inconstitucionalidad de la reforma penal adoptada mediante la ley 27.375 y, de esta manera, reivindicar la vigencia del instituto de sustitución de penas por tareas comunitarias y así dar preeminencia a la finalidad constitucional que expresa el principio de la reinsertión social.

Ahora bien, en derecho penal solemos hablar del principio de proporcionalidad de maneras diversas, aludiendo a la magnitud de la pena y el vínculo o correlación con la gravedad del delito, a la afectación a algún bien jurídico o a la culpabilidad de la persona imputada por algún hecho.

En materia de derechos humanos, el principio de proporcionalidad constituye una herramienta fundamental del derecho constitucional que procura armonizar los principios que están en tensión para decidir el caso y darles operatividad a todos ellos, en la mayor medida, según sus posibilidades fácticas y jurídicas.

Si bien el análisis completo del principio de proporcionalidad excede ampliamente el espacio y el tema propuesto en el presente trabajo y podría ser desarrollado de manera más detallada y específica, entendemos que es un instrumento de la dogmática constitucional que permite realizar elecciones razonables y, en este caso, demuestra que resulta conveniente proponer resoluciones alternativas al conflicto que se nos presenta en aquellos casos en los que se dicta una pena de efectivo cumplimiento menor a los seis meses, que por la anterior redacción de la ley 24.660 permitía la sustitución de ella por tareas a la comunidad (arts. 35 inc. f, 50 y 51). La derogación de esta alternativa por medio de la actual ley 27.375 merece al menos comenzar a ser discutida con base en el déficit de irrazonabilidad por omisión legal o falta de proporcionalidad.

3.1. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consiste en un método elaborado por la doctrina alemana y, en particular, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerGe), para resolver casos que involucran la aplicación de normas frente a otras que reconocen derechos fundamentales. A nivel teórico, este principio fue estudiado y desarrollado extensamente por numerosos autores²⁸. Entre los más destacados, se señala en la doctrina alemana el profesor de la Universidad de Kiel, Dr. Robert Alexy (2008). Debido tanto a la enorme popularidad

²⁸ En nuestro medio, cabe mencionar los trabajos de Cianciardo (2009 y 2007); Sapag (2008 157-198); Clérico (2009); Saggese (2010). Las fechas de publicación de las obras citadas pone de relieve la actualidad de la temática. En la literatura jurídica extranjera, cabe mencionar a Alexy (2007); Bernal Pulido (2003); Vidal Fueyro (2005, 427-447); Sánchez Gil (2007); Carbonell (2008).

del modelo alemán de control de constitucionalidad como a la gran difusión de la obra de Alexy, cada vez más tribunales de orden nacional e internacional, entre ellos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹ adoptaron el principio de proporcionalidad y, desde hace un cierto tiempo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo utiliza en sus sentencias (Caminos 2014; Feldtmann 2013, 23-41).

La Corte IDH ha desarrollado este método de análisis en numerosos casos³⁰ y sostuvo que se encuentra expresamente contenido en el artículo 13.2 de la CADH:

...La Corte hace notar que en el artículo 13.2 de la Convención se establece expresamente la exigencia de realizar un análisis de razonabilidad frente a la restricción de la libertad de expresión. Asimismo, cabe señalar que el criterio desarrollado con posterioridad por esta Corte respecto de la proporcionalidad, no es más que la aplicación de un principio general de interpretación jurídica derivado de la matriz general de racionalidad. En consecuencia, la ponderación está contemplada en el propio artículo 13.2 de la Convención...³¹.

Si la Corte Interamericana de DDHH entiende que este modelo de interpretación jurídica es el que emana de la CADH, sumado a las exigencias de los arts. 62 y 68 de la Convención en tanto sus decisiones son obligatorias para los Estados parte³², este método de interpretación que consiste en el análisis de proporcionalidad es el más adecuado para hacer efectivas las normas de derechos fundamentales³³. El principio de proporcionalidad permite resolver un caso en forma razonable sobre la base del análisis de la proporción que pueda existir entre el medio legal aplicable -u otros disponibles- y los fines constitucionales que pudieran encon-

²⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos en varios de sus artículos menciona la variable de necesidad propia del principio de proporcionalidad de la siguiente manera: "... El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos." A modo de ejemplo, el Tribunal Europeo de DDHH en su sentencia del 16/12/76 en el caso *Handyside v. Reino Unido* ha declarado que el principio de proporcionalidad se desprende del adjetivo "necesario" contenido en el art. 10.2 CEDH.

³⁰ Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177; *Caso Castañeda Gutman v. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184; *Caso Tristan Donoso v. Panamá*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193; *Caso Norim Catrیمان y otros v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279; *Atala Ríjfo y niñas v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239; *Lagos del Campo v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C No. 340; entre otros.

³¹ *Caso Lagos del Campo v. Perú*, párrafo 101.

³² La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresamente reconoció el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana en fallos "Cantos" (2003), "Espósito" (2004), "Derecho" (2011), "Carranza Latrubesse" (2013) y "Mohamed" (2015).

³³ En palabras de Alexy (2008, 59): "...constituye el procedimiento correcto, en términos conceptuales y normativos, que un tribunal debe utilizar para interpretar y aplicar las normas de derechos fundamentales contenidas en una Constitución...".

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

trarse en tensión, en un caso concreto. El profesor Alexy distingue entre las normas de derecho fundamental, aquellas normas que están *directamente estatuidas* (normas de derecho fundamental directamente estatuidas, NDFDE) y las normas de derecho fundamental *adscriptas*. Las primeras (NDFDE) expresan exactamente aquello que está contenido en la disposición iusfundamental, tal cual como está señalado en el texto constitucional. En cambio, las *normas adscriptas* expresan algo que se deriva de aquellas y que para su adscripción resulta necesario aducir una iusfundamentación correcta desde el punto de vista normativo, sociológico y axiológico (criterio de validez). Las normas de derecho fundamental (las directamente estatuidas y las adscriptas) pueden, a su vez, clasificarse en normas como principios o normas como reglas. Las primeras expresan un mandato de optimización, pues deben aplicarse en la mayor medida posible, según sus posibilidades fácticas y jurídicas. En este punto, sostiene que existe una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de la proporcionalidad, en razón de que los derechos humanos son principios y, como tales, son mandatos de optimización que exigen que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. La determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otro principio, se determina por medio de la ponderación: la forma específica de aplicación de los principios (Alexy 2001, 11-29). El límite de esta ponderación está dado por el contenido esencial de los derechos que no se podrá afectar en ningún caso.

El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: los de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; todos expresan la idea de optimización. Los subprincipios de adecuación y necesidad expresan un mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. Mediante el subprincipio de adecuación se analiza la idoneidad o aptitud del medio para cumplir aquello que exige el fin constitucional. En consecuencia, cabe excluir el empleo de aquellos medios que no promueven o satisfacen alguna finalidad constitucional y, al mismo tiempo, perjudican o restringen la realización de al menos un principio o finalidad constitucional.

El subprincipio de necesidad (o eficiencia) requiere elegir, de entre los medios legales que promueven con igual intensidad un bien expresado en un principio determinado, aquel que intervenga o restrinja menos intensamente otro principio constitucional. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra.

La aplicación del subprincipio de necesidad, en efecto, supone elegir entre todos aquellos medios que satisfacen de igual manera la concreción de un bien constitucional, aquel medio que restrinja o intervenga en menor medida la realización de otro bien constitucional. Los subprincipios de idoneidad y necesidad tienen relación con la razonabilidad de la elección del medio legal, según las posibilidades fácticas de concreción del bien constitucional.

Ahora bien, ocurre a menudo que el medio legal establecido en la norma es el único medio necesario para lograr o promover el fin establecido en un principio constitucional (P1) y, a la vez, impide la realización del fin propiciado por otro principio constitucional (P2). En este

caso, entonces, está ordenado la realización de una ponderación entre ambos principios (P1 y P2) de acuerdo con sus posibilidades jurídicas, teniendo en consideración las condiciones de cada caso. En este escenario, ya no puede resolverse el caso sobre la base de estos dos subprincipios de adecuación o de necesidad: cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.

La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto. En este último paso de aplicación del test de proporcionalidad se trabaja la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Alexy sostiene que:

...Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”, la cual dice: Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro. La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro... (2009, 3-14).

Es importante señalar que el resultado de la ponderación de los principios ius-fundamentales según sus posibilidades jurídicas, de acuerdo con las reglas antes expuestas, tiene como límite infranqueable la afectación del contenido esencial. Por ello se dice que el principio de proporcionalidad y, más precisamente, el subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*, está en realidad implicado en la garantía del contenido esencial. Esto quiere decir que nunca podrá estar justificada una medida legal de cuya aplicación resulte la negación del contenido esencial de un derecho ius-fundamental (Feldtmann 2013, 18).

3.2. La supresión de los trabajos comunitarios a la luz del principio de proporcionalidad

Frente a la derogación del inciso f del artículo 35 de la ley 24.660, que se efectuara a partir de la sanción de la ley 27.375 que modifica la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad, se produce una restricción al principio de resocialización en favor del principio de aplicación del derecho penal, este último en su modalidad de bien colectivo: seguridad de la sociedad.

Cuando dos principios colisionan, uno tiene que ceder ante el otro, lo que no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión acerca de cuál de los principios prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que Alexy quiere decir cuando afirma que *en cada caso en concreto* los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso (2001, 71).

Entonces, los principios en conflicto en un caso en concreto tienen un peso, el que es ponderado para determinar, en las condiciones de ese caso concreto, cuál principio debe tener primacía. Ensayar un análisis de la teoría del principio de proporcionalidad mediante sus subprincipios y, en especial, por medio de la ley de colisión que propone Alexy permite no solo cumplir con el mandato de optimización que contienen por definición los principios, sino también eliminar un potencial mandato contradictorio.

La derogación del supuesto previsto en el inciso f del art. 35 de la ley 24.660 generó una indeterminación normativa respecto del principio de resocialización porque el contenido de este principio demanda minimizar la desocialización inherente a la prisión; lo que por definición se torna impracticable en una pena de efectivo cumplimiento que alcanza como máximo los seis meses.

Una ley o un medio legalmente previsto sin dudas tiene su razón de ser en cierto aspecto de la realidad y de la regulación social, y promoverá la satisfacción del bien o finalidad expresada en *cierto* principio y restringirá otros, lo que certifica el cumplimiento del primero de los pasos del principio de legalidad que consiste en que el medio legal sea idóneo para la satisfacción de cierto derecho o tenga la capacidad para satisfacer al menos un principio.

Pero puede suceder que un medio elegido que tenga un determinado nivel de satisfacción se vea superado por otro medio que tenga un nivel de satisfacción superior y un nivel de restricción menor con respecto de los bienes expresados en otro principio constitucional que también está en juego. En la medida que los medios legales existentes para satisfacer un bien constitucional expresado en un principio ius-fundamental sean varios o exista un medio legal alternativo al propuesto para la resolución del caso, deberemos evaluar de los medios más eficaces, el más eficiente. De esta manera el subprincipio de la necesidad no se verá satisfecho en la medida que se verifique la existencia de este medio legal alternativo más eficiente.

Solo se analizará el último paso, el del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, cuando haya solo un medio legal a emplear que satisfaga un principio y restrinja otro. Llegado este punto, el análisis consiste en una evaluación de costos/beneficios: en la medida en que el costo supere los beneficios, el medio legal será inconstitucional, en el caso contrario será constitucional.

Entendemos que la adversa derogación del inciso f del art. 35 de la ley 24.660 puede ser superada con la aplicación del principio de proporcionalidad.

Frente a la posibilidad de una pena de efectivo cumplimiento menor a los seis meses, la interpretación literal de la actual redacción de la ley 24.660 debiera incluir en la resolución

judicial la fundamentación de que la medida restrictiva de derechos escogida sea, en principio, adecuada para el cumplimiento del objetivo buscado, y demostrar que excluyendo otras variables se permitirá lograr ese objetivo.

En este caso, en el planteo de inicio de la Defensa que proponga sostener la vigencia de una sustitución de pena por tareas, sería recomendable que interpelara al juez a que se expidiera en este sentido, que defina su posición frente a este conflicto, exigirle que funde que la medida sea la más propicia a los fines de la resocialización, máxime cuando frente a la aplicación efectiva de una pena de prisión es el Estado el que está pretendiendo modificar ciertos aspectos del individuo

El hecho de que el medio legal escogido eventualmente por el juez -adherir a la actual redacción de la ley 24.660 que elimina la posibilidad de la sustitución- persiga un fin permitido por la Constitución Nacional o la Convención Americana como podría ser el principio general de afianzar justicia o la aplicación del derecho o el principio de legalidad, le exige que esa elección del medio legal sea necesario y proporcional. El encierro dispuesto como medida restrictiva seleccionada, debería cumplir con estos requisitos: satisfacer una *necesidad* social imperiosa - que esté orientada a satisfacer un interés público imperativo-; que sea aquella que restringe en menor grado el derecho a la resocialización o el derecho de libertad ambulatoria en juego sin que exista un medio legal alternativo; y que se ajuste estrechamente al logro del objetivo legítimo de cualquier condena penal que consiste en la resocialización de los condenados.

Nada impide que el juez para el caso en concreto cree una norma por cuanto de esto se trata la fundamentación en el derecho. Frente a los supuestos, circunstancias o condiciones del caso que no serán idénticos unos de otros, no existe un obstáculo para una interpretación en la que se sostenga que el medio legal escogido -aplicación efectiva de la pena de prisión por derogación del inc. f del art. 35- resulta el más gravoso en proporción al principio de resocialización, derecho a la dignidad y derecho a la libertad ambulatoria, todos de índole jerárquico superior a la actual redacción de la ley 24.660.

Estos son principios que poseen un mayor peso específico y que, de acuerdo con la teoría general de los principios (Alexy, 2008), se concretan mediante un mandato de optimización, una exigencia de que ellos sean desarrollados y ampliados, no restringidos.

La construcción actual que pretendió el legislador al eliminar el inc. f no logra permanecer completamente dentro de los fines de la teoría de los principios, ni de la verificación de aplicación efectiva de los derechos fundamentales. De allí que ante determinadas condiciones (vulnerabilidad social, ausencia de antecedentes condenatorios, arraigo, familia constituida, entre muchos otros que pueden presentarse) la selección del medio legal consistente en efectivizar la pena de prisión menor a los seis meses satisfará el mandato de aplicar el derecho conforme la legislación vigente pero restringirá en mayor medida principios de orden jerár-

quico superior (resocialización, dignidad, libertad ambulatoria, entre otros) que permite considerar atento la exigencia de optimización de estos principios que la sustitución de penas por tareas continúe siendo una opción válida de aplicar.

4. ALTERNATIVA A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD: LA PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA EN PENAS CORTAS

Vimos en el punto I de este trabajo cómo las Reglas de Tokio, como directrices adoptadas por la comunidad internacional, pregonan las alternativas al encierro carcelario de los condenados y su abordaje en el ámbito comunitario, acudiendo para ello a la participación de la sociedad en el proceso de reinserción social. Estas reglas afirman que, como complemento de la acción de la administración de la justicia penal, este abordaje constituye un recurso fundamental y uno de los factores más importantes para fortalecer los vínculos entre los delincuentes, sus familias y la comunidad (17.1).

Este objetivo de reinserción social es el adoptado por nuestra Constitución Nacional como finalidad de la ejecución de las penas (art. 75 inc. 22 CN, 5.6 CADH y 10.3 PIDCP)³⁴. Sobre este eje es que, en tanto y en cuanto dichas cláusulas de jerarquía constitucional permanezcan vigentes, debe erigirse toda la normativa inferior de la ejecución penal (conforme art. 28 CN). Es así que la ley 24.660 recoge este principio de resocialización y vuelve a elegir, como lo hacía la vieja Ley Penitenciaria Nacional, un régimen de progresividad penitenciaria para alcanzarlo. Este método conlleva un sistema de avances y retrocesos, a través de fases o períodos, en el cual el condenado puede alcanzar un período de soltura vigilado previo al agotamiento de la pena (Salt 1999)³⁵.

Si partiéramos de la idea de que toda pena corta conlleva la afectación al principio constitucional de reinserción social por cuanto no alcanza el tiempo para perseguir este fin y el efecto es solo desocializador, la única posibilidad de concretar este fin sería por medio de la inclusión y abordaje del condenado en el ámbito comunitario, tal como lo promueven las Reglas de Tokio. Desde este punto de vista, la abrogación de la conversión de penas cortas en trabajos para la comunidad resultaría inconstitucional. Sin embargo, ello nos obligaría a justificar por qué lo es en el caso de penas iguales o menores a seis meses (convertibles en tareas comunitarias) y deja de serlo en penas cortas pero mayores a seis meses, cuando aún en estos últimos casos el fin resocializador se ve dificultado por la breve duración de la pena.

³⁴ Sobre el alcance y sentido de estas disposiciones ver Zaffaroni (1995) y Juliano (2016).

³⁵ Según la definición del autor, "...el "régimen progresivo" es, precisamente, un sistema de ejecución de las penas privativas de libertad que se caracteriza por la posibilidad de que las condiciones de encierro y, en general, las privaciones y restricciones de derechos derivadas de la pena privativa de la libertad se atenúen progresivamente durante el tiempo de cumplimiento de la sanción (mutación de las condiciones de cumplimiento de la pena). De esta manera, si el interno cumple con determinados requisitos que varían según las distintas versiones conocidas de regímenes progresivos, tiene la posibilidad de recuperar paulatinamente la vigencia y ejercicio de los derechos de los que fue privado por la medida de encierro, hasta alcanzar el pleno goce de ellos con el agotamiento de la pena".

Sobre dicha base es que nos proponemos un planteamiento distinto al de la inconstitucionalidad de la reforma en este aspecto, que se adecue a los fines de reinserción social de las penas que ya no pueden ser sustituidas por trabajos en la comunidad, en virtud del principio de razonabilidad. Es que lo cierto es que la disposición del legislador de suprimir esta alternativa responde a una decisión de política criminal que no contraría ninguna cláusula constitucional (sí de *soft law*, como vimos), siempre y cuando se mantenga incólume la posibilidad del condenado de alcanzar un período de libertad previo al agotamiento de la pena. Veamos por qué.

Si bien el sistema de progresividad penitenciaria fue consagrado con la regulación de la ley 24.660, ya desde 1921 nuestro régimen de ejecución de penas preveía la libertad condicional (art. 13 del Código Penal) como etapa de reintegro al medio libre, sometida a condiciones, antes del término de la pena impuesta³⁶. Esta liberación es una herramienta de reinserción social reconocida como tal desde hace cientos de años por la mayoría de los países. Mediante este método, el Estado opta por un reintegro gradual y controlado del condenado en la sociedad en *pos* de su readaptación social. Como contrapunto, es un derecho de la persona – en tanto le implica un beneficio – aspirar a esta liberación anticipada y para ello direccionar su tratamiento penitenciario hacia su resocialización. Sin esta posibilidad concreta de egreso anticipado, no resta más para el condenado que la opción de aguardar en encierro el fin de su pena, lo cual es rotundamente contrario al fin de reinserción social que plantea nuestra Constitución.

Desde esta perspectiva, la liberación condicionada no es sólo una de las notas distintivas de los regímenes progresivos, sino que se ha consagrado como una herramienta fundamental de la finalidad de reinserción social en la ejecución de las penas. En este sentido, la Regla N° 60 de las Reglas Mandela declara que:

[...] 2) Es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz³⁷.

³⁶ Cfr. García Basalo (1975, 31) y Salt (1999, 224-225), las notas características de los regímenes de progresividad penitenciaria: 1) la división del tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes; 2) un sistema de avances y retrocesos a través de esas fases o grados en función de parámetros que pueden ser tanto objetivos como subjetivos; y 3) el reintegro del condenado al medio libre previo al agotamiento de la pena, bajo condiciones.

³⁷ Si bien pareciera que la regla plantea que para el regreso paulatino del condenado a la sociedad hay dos alternativas según los casos, ya sea la preparación dentro de la cárcel como la libertad condicional, lo cierto es que de sostenerse como válida exclusivamente la primera opción sin preverse además la segunda, dicha preparación deja de ser un derecho al excluirse la motivación que genera el egreso anticipado. Admitir solo la primera

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

En función de ello se sostiene que “el principio de reinserción social [...] consagrado en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y recogido en el ámbito interno a partir de la sanción de la Ley 24.660: radica en que todas las condenas privativas de libertad tengan, al menos, una parte de cumplimiento en libertad” (Alderete Lobo, 2017).

Tal es así, que la exclusión de libertad condicional para reincidentes (art. 14 del CP) fue remediada por el art. 54 de la ley 24.660 al establecer la libertad asistida. De este modo, conforme la redacción originaria de 1996, todo condenado tenía la posibilidad de alcanzar un período de soltura previo al agotamiento de la pena.

Ahora bien, al suprimirse la conversión en tareas comunitarias las penas iguales o menores a seis meses se cumplen en encierro carcelario. Y por lo dicho y para que esa decisión del legislador sea un acto político razonable –en los términos del art. 28 de la CN en función del mandato constitucional de reinserción social– este encierro debe conllevar la esperanza de este período de libertad anticipada³⁸.

Pero surge otro problema. En razón de los requisitos temporales legales vigentes corresponde que sea la libertad asistida la liberación prevista para los condenados a penas iguales o menores de seis meses, toda vez que en éstas no se llegan a alcanzar los ocho meses establecidos para la libertad condicional en penas menores a tres años³⁹. De este modo, los condenados a penas iguales o menores a seis meses podrían egresar con libertad asistida a los

opción contraría el fin de reinserción social proclamado en los instrumentos internacionales y cancela, en el caso de penas breves, dicho fin en tanto es prácticamente imposible diagramar y ejecutar un programa de prelibertad en penas breves. Es por esto que, en dichos casos, el abordaje del condenado en el ámbito comunitario mediante alternativas al encierro es la manera de garantizar la vigencia del principio. En el caso de penas largas, limitar la finalidad de resocialización a un programa de preparación para el momento en que finalice la pena también deja de tener sentido en los términos del art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCP, por cuanto implica la mera permanencia del condenado en encierro carcelario neutralizando la proclamada aspiración de reinserción social. De cualquier manera, la regla claramente establece que es conveniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad y para ello plantea dichas opciones. Por lo tanto, lo que afirma textualmente es la conveniencia de un retorno progresivo antes del término de la pena, y un plan de preparación en encierro no conlleva retorno a la sociedad antes del término de la pena. Bien entendida, la regla propone que haya liberación gradual la cual, en algunos casos, puede a su vez ser precedida por un programa de prelibertad.

³⁸ Bidart Campos (Bidart Campos, 2000, 805) explica que “De modo general podemos decir que cada vez que la constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable. El congreso cuando legisla, el poder ejecutivo cuando administra, los jueces cuando dictan sentencia, deben hacerlo en forma razonable; el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional”. En palabras de Alderete Lobo (2017), “...esto exige, en consecuencia, que deba hacerse un test de razonabilidad (o a contrario sensu, de arbitrariedad) del acto del legislador al disponer la reforma penitenciaria que analizamos. De este modo, debe verificarse el contenido de la ley más allá de su forma, y si dicha ley no supera ese test de razonabilidad, la misma resulta inconstitucional”.

³⁹ La libertad condicional está prevista para penas temporales mayores de tres años a los dos tercios de la pena o a los ocho meses en el caso de penas iguales o menores a tres años (art. 13 CP). Por su parte, el art. 54 de la ley 24.660 establece la libertad asistida tres meses antes del vencimiento de la pena temporal. En efecto, con la redacción actual de la ley las penas iguales a once meses alcanzan el requisito temporal para acceder a la libertad

tres meses, según la regulación actual. Es decir que la reforma del requisito temporal para la libertad asistida de seis a tres meses implica que las penas que antes podían ser convertidas en trabajos para la comunidad o directamente ejecutadas mediante libertad asistida ahora pueden conllevar hasta tres meses de efectivo cumplimiento en encierro.

La regulación originaria de la ley 24.660 guardaba una coherencia sistemática respecto de las penas iguales o menores a seis meses. En efecto, para estas penas, impuestas por la comisión de delitos de escasa gravedad, el legislador optó por alternativas al encierro carcelario desde el día uno, ya fuera por medio de la conversión en trabajos para la comunidad como por medio del acceso a la libertad asistida⁴⁰.

Frente a este panorama, si bien la solución que proponemos es promover la libertad asistida en penas cortas, esto no termina de solucionar la porción de pena de efectivo cumplimiento que puede restar previa al cumplimiento del requisito temporal del art. 54. Es por esto que asumimos que, el no advertir un problema de constitucionalidad en la reforma y en cambio optar por la solución alternativa de promover la libertad asistida, no resuelve en forma completa el conflicto.

5. LA PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD ASISTIDA EN PENAS CORTAS SEGÚN LA CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL

Ahora bien, el escenario se complica aún más al advertir que en los últimos años hubo pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en los cuales algunos de sus jueces sostuvieron que la libertad asistida no procede en penas cortas⁴¹.

condicional y a la asistida al mismo tiempo; esto es, a los ocho meses. Las penas mayores a once meses alcanzan antes el de la libertad condicional y las penas menores a once meses alcanzan antes el de la libertad asistida.

⁴⁰ El presente trabajo nos obligó a relevar en el Código Penal todos los delitos que prevén, como mínimo, una pena menor o igual a seis meses. Advertimos de dicho catálogo la indudable falta de gravedad en la afectación de los bienes jurídicos protegidos en dichas normas. En primer lugar, del total de artículos de la parte especial del Código Penal solo 45 prevén penas cuyos mínimos son menores a seis meses (46 sumando el tipo previsto en el art. 14 2do párr. de la Ley 23.737); y solo 32 artículos prevén penas cuyo mínimo es de seis meses (34 contando un tipo de la ley 23.737 y uno del Código Aduanero). De esos 81 artículos (entre los cuales no se cuentan los arts. 119, 120 y 128 por encontrarse en el catálogo de delitos excluidos del art. 56 bis de la ley 24.660, por el cual tienen negado el acceso a la semidetención y a la libertad asistida) solo 6 artículos prevén tipos delictivos dolosos que pueden implicar violencia contra las personas: artículos 89 (lesiones leves); 158 (delito contra la libertad de trabajo y asociación); 164 (robo simple); 237 (atentado contra la autoridad); 280 (evasión si implicare violencia contra las personas); y 181 (usurpación si mediare violencia en las personas). Es decir que solo el 6,17% de los delitos por los cuales se puede imponer penas de seis meses o menos son violentos. Al observar el leve grado de afectación de los bienes jurídicos protegidos por estos 81 artículos, análisis que excedería sobremedida la pretensión de este trabajo, parece razonable que el legislador haya establecido la posibilidad de conversión en trabajos comunitarios y la libertad asistida desde el día primero de cumplimiento de la pena.

⁴¹ Voto en disidencia del juez Bruzzone en Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, “Romano, Mariano Kevin s/robo en tentativa”, CCC 75369/2014/TO1/4/CNC1, rta. 04/08/2015; voto en disidencia del juez Morin en Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, “Gadda,

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Respecto de los precedentes elegidos y traídos a estudio, en los casos “Romano” y “Coronel” se discutía la procedencia de la libertad asistida en condenas impuestas menores a un año (ocho y cuatro meses respectivamente), las cuales habían sido rechazadas por el juzgado en lo criminal y correccional [Romano] y el tribunal oral en lo criminal [Coronel] intervinientes. A su vez, en el caso “Gadda” se discutía la procedencia de la excarcelación en los términos del art. 317 inc. 5° del CPPN, por cumplimiento del requisito temporal en abstracto para la libertad asistida, cuando aún no se había cumplido el requisito temporal en abstracto para la libertad condicional.

En primer lugar, cabe resaltar la postura del juez Bruzzone en los fallos Romano (en disidencia) y Coronel (mayoría), quien aludiendo a la necesidad de realizar una interpretación sistemática y orgánica del ordenamiento jurídico, rechazó la interpretación literal del art. 54 de la ley 24.660 planteada por la defensa. De este modo, afirmó que la libertad asistida no procede en penas iguales o menores a seis meses (por ese entonces la libertad asistida se otorgaba seis meses antes del vencimiento de la pena) en función de la incongruencia que conllevaría que el condenado pudiera no permanecer ni un solo día en prisión. Para ello, explicó, el legislador previó el sistema de conversión de penas iguales o menores a seis meses en semidetención o prisión discontinua y la posibilidad de transformar dicho régimen en trabajos para la comunidad⁴².

Así planteada, esta postura afirmaba la no procedencia de la libertad asistida en penas cortas pero reivindicaba la posibilidad de que dichas penas fueran convertidas en trabajos para la comunidad⁴³. Incluso el juez en su voto sostuvo que:

No resulta atendible argumentar contra esta interpretación que un encierro breve no atendería a los fines resocializadores de la pena, pues las soluciones previstas en los arts. 35 y 50 de la ley 24.660 prevén una forma de ejecución de las penas cortas de hasta 6 meses de prisión efectiva que posibilita al imputado atender sus obligaciones familiares, laborales o educativas, e incluso sustituir la pena por trabajo comunitario.

Diego Martín s/ rechazo de excarcelación”, CCC 14634/2016/TO1/1/CNC2, rta. 15/11/2016; y votos mayoritarios de los jueces Bruzzone y García en Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, “Coronel, Ramón David s/ robo en tentativa”, CCC 77660/2016/CA1 - CNC1, rta. 08/06/2017.

⁴² Bruzzone lo explicó de la siguiente manera: “En esta dirección, debe descartarse que el instituto de la libertad asistida pueda ser aplicado a personas que hayan sido condenadas a penas menores a seis meses de prisión efectiva. En caso de aceptarse la interpretación contraria, no sólo perdería toda virtualidad la posibilidad de efectividad de las penas de hasta seis meses de prisión –incluso en el caso de reincidentes– (nada en el ordenamiento jurídico indica que el legislador haya tenido esa intención), sino que además se dejarían inoperativas las previsiones de los arts. 35 y 50 de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, pues no hay dudas de que el instituto de la libertad asistida resulta más benigno que, al menos, las opciones previstas en el primero de los artículos mencionados precedentemente (prisión discontinua y semidetención)...”.

⁴³ Además, Bruzzone afirmó en su voto que la libertad asistida procede solo cuando el condenado ya permaneció en prisión previamente (por la fórmula “reintegro al medio libre” del art. 54) y que solo opera luego de cumplido el requisito temporal para la libertad condicional (funcionalidad sistemática entre ambos institutos).

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Es decir, este sistema de conversión garantizaba la vigencia del principio de reinserción social mediante el abordaje del condenado en el ámbito comunitario. Este es el temperamento de la Cámara de Casación respecto del sistema de conversión de los arts. 35 y 50. Un precedente representativo, cuyo criterio fuera ratificado luego en otros posteriores, es el de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, “Almada, Guillermo Ramón y otros s/ robo en grado de tentativa”, CNCCC 19630/2014/TO1/CNC1, Reg. 116/2015, rta. 02/06/2015. Allí se sostuvo que:

La procedencia de la sustitución de la pena por trabajo comunitario es la regla, y su rechazo la excepción, debiendo encontrarse fundado en motivos preventivo-especiales razonables y plausibles en el caso concreto. En otras palabras, la resolución que rechaza la sustitución de la pena por tareas comunitarias debería hacerse cargo de explicar por qué razón, en el caso en concreto, el cumplimiento de la pena privativa de libertad resulta favorable a la situación del condenado. En ese contexto, resulta arbitraria la decisión que al rechazar la sustitución de la pena por tareas comunitarias no centró la fundamentación de la denegatoria en especiales razones de conveniencia preventivo-especial sino que se limitó a afirmar que la defensa no había explicado fundadamente la conveniencia de que en el caso concreto, la pena se cumpla bajo tal modalidad. [voto del juez Bruzzone al que adhirieron los jueces Llerena y Niño].

Asimismo, en “Yancovich”, la Sala I agregó a lo citado precedentemente que:

[El tribunal] no dio respuesta alguna al fundamento más relevante brindado en su pedido de sustitución por la defensa: la inconveniencia de aplicar una pena de prisión de escasa duración a su defendido, cuando las necesidades resocializadoras de la pena podrían verse realizadas mediante la modalidad solicitada por la defensa⁴⁴.

Sin embargo, esta solución proclamada por la Cámara Nacional de Casación Penal ya no es procedente en función de la reforma introducida por la ley 27.375 al derogar la conversión en trabajos comunitarios.

Así las cosas, si se sigue el criterio del juez Bruzzone de que en penas breves no procede la libertad asistida, y teniendo en cuenta que tampoco lo hace la libertad condicional por prever un requisito temporal recién a los ocho meses, se arriba a la conclusión de que las penas cortas no cuentan con posibilidad alguna de soltura al medio libre previo al vencimiento de la pena.

⁴⁴ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala I, “Yancovich”, CCC 21858/2013/TO1/CNC1, rta. 12/07/2018.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

A esta conclusión llegaron los jueces García (en su voto en “Coronel”) y Morin (en su voto en disidencia en “Gadda”). García eligió como punto de partida una interpretación sistemática del art. 54 y sostuvo que el acceso a una liberación controlada previo al agotamiento de la pena no es una exigencia constitucional⁴⁵. De esta manera, admitió la inviabilidad de la libertad asistida en penas breves y apoyó su afirmación en las incongruencias que dijo advertir en el sistema normativo, en caso de que la libertad del art. 54 fuera procedente en penas en las cuales aún no se hubiera alcanzado el requisito temporal para la libertad condicional.

En lo que hace al sistema de conversión que nos atañe, por entonces previsto en los arts. 35 y 50 de la ley penitenciaria, García coincidió con Bruzzone en cuanto a que de considerar procedente la libertad asistida, se desvirtuaría la sustitución por trabajos comunitarios. Según sus palabras:

...cabe una adición específica con referencia a los incisos b y e (originalmente incisos c y f) de la ley 24.660, pues en el supuesto de penas de prisión que no excedan de seis meses, el art. 50 de la ley permite al juez sustituir la prisión discontinua y la semidetención por trabajos para la comunidad. La tesis de la defensa conduciría también a privar de hecho de toda aplicabilidad real de esta disposición, porque es altamente improbable que un condenado a pena de seis meses de prisión elija promover la sustitución de esa pena por la de trabajo para la comunidad si tuviese la alternativa de acceder a la libertad asistida, sin tan pesada carga, carga cuyo incumplimiento acarrearía nuevamente su encierro para la ejecución del resto de la pena en régimen cerrado, según el art. 52 de la ley.

Este argumento cae en la actualidad debido a que la conversión dejó de existir. Sin embargo, la reivindicación de la aplicabilidad de dicho instituto por parte de los jueces que niegan la libertad asistida en penas breves nos muestra que su postura siempre tuvo en miras que el condenado a penas breves no accediera a una liberación condicionada pero sí conservara la posibilidad de egresar sustituyendo su pena de encierro por la de trabajos para la comunidad. Esto, por otra parte, exigía un *plus* de esfuerzo por parte del condenado a fin de acumular la

⁴⁵ Entendió que allí no entraba en juego la regla de interpretación *pro homine* toda vez que la misma es para normas del derecho internacional de los derechos humanos y, al negar la vinculación de los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP (principio de reinserción social) con el instituto del art. 54, rechazó en el caso la aplicación de tal regla de interpretación. Con respecto al fin de reinserción social, García admitió otros fines legítimos de la ejecución de la pena (preventivo especiales negativos). A nuestro entender, omitió diferenciar el fin de las penas del fin de la ejecución de estas. En efecto, en el fallo que analizamos afirmó que “...[S]i la reinserción social fuese el único fin legítimo de la ejecución de la pena privativa de libertad, la ejecución de tal clase de penas sería ilegítima cuando el hecho y las características personales del agente declarado responsable pusiesen en evidencia que éste no necesita de ninguna reinserción. También sería ilegítima si –no obstante la presencia de indicios evidentes de necesidades de tratamiento para la reinserción fuese manifiesto que no se dispone de tiempo o de medios para esperar con alguna probabilidad algún resultado de ese tratamiento”. Así entendió que, por ende, indefectiblemente deben estar habilitados otros fines de la ejecución de la pena distintos al de reinserción social. En realidad, lo que legitima el cumplimiento de las penas en dichos supuestos (por ejemplo de un sujeto ya resocializado) son los fines mismos de la pena y no de su ejecución. La pena, así, deberá cumplirse de todos modos enmarcada en el principio de legalidad. Ahora bien, el modo de cumplimiento de la misma deberá dirigirse a la resocialización del condenado y, a su vez, estará limitado y contenido por este principio.

cantidad de horas de trabajos correspondientes, que aquel que simplemente accedía a una libertad vigilada, cuyas condiciones son radicalmente menos intensas.

Por lo tanto, en el escenario normativo en el cual nos encontramos hoy, deja de ser evidente que estos jueces vayan a sostener, no existiendo más esa herramienta de reinserción comunitaria, que el condenado deba permanecer en encierro sin más hasta el fin de su pena. Este escenario fuerza más que nunca a promover la libertad asistida en penas cortas. Ello, sin perjuicio del remanente de pena de efectivo cumplimiento previo al cumplimiento del requisito temporal que siempre puede haber.

Siguiendo la jurisprudencia aquí analizada, los argumentos de procedencia de la libertad asistida podemos rescatarlos de las posturas de la jueza Garrigós de Rébora y del juez Niño.

Por su parte, la jueza Garrigós de Rébora mantuvo una postura contraria a la de los jueces Bruzzone y García y sostuvo que la libertad asistida funciona de manera independiente a la de la libertad condicional y la semidetención, con lo cual opera de manera autónoma y sí procede en penas cortas. Lo que importa, para la jueza, es otorgar una porción de la pena en libertad previo a su agotamiento.

Siguiendo una línea similar y acudiendo a una interpretación literal de la norma –la cual, al mismo tiempo, lo llevó a sostener que el art. 54 procede solo cuando la persona ya se encuentra en encierro– el juez Niño también admitió la libertad asistida en penas cortas. Para ello, afirmó la necesidad de contar con un lapso en libertad previo al agotamiento de la pena y la no subsidiaridad entre la libertad condicional y la asistida, las cuales dijo, cada una responde a fines distintos⁴⁶.

Sobre la base de estos temperamentos, el desafío para la defensa se duplica porque sería, en caso de optar por un acuerdo de condena, lograr una que no sea ya de seis meses (para poder convertirla en trabajos para la comunidad) sino de tres meses (para que proceda inmediatamente la libertad asistida).

Del mismo modo, este escenario habilita la petición de la excarcelación en términos de libertad asistida en función de una interpretación extensiva del art. 317 inc. 5to del CPPN (excarcelación por proporcionalidad)⁴⁷. A diferencia de la procedencia de la libertad asistida para

⁴⁶ El juez Niño entiende que “*Luce razonable que, en cualquier caso en que la regla general de la condicionalidad no sea la salida natural del encierro, la liberación reconozca un lapso de transición reglado, siquiera breve, para tornar menos conflictivo el definitivo encuentro con el medio social. Y a falta del periodo de prelibertad, no imputable en el caso bajo estudio al sujeto encarcelado, como antes quedara expuesto, las estrictas condiciones a las que quedará sometido se yerguen como el modo más propicio de otorgar gradualidad a ese proceso*”.

⁴⁷ Ver el Boletín de Jurisprudencia de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa con respecto a los precedentes de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en materia de “Excarcelación en términos de libertad asistida, Artículo 317, inciso 5, del CPPN”, mayo de 2018.

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

penas breves, asunto respecto del cual la Cámara de Casación se encuentra dividida, la mayoría de sus jueces afirman la inclusión de la libertad asistida en el art. 317 inc. 5to⁴⁸.

Quienes admiten la tesis amplia, en términos generales, sostienen que la ley 24.660, por ser posterior al CPPN, amplió el supuesto del art. 317 inc. 5to de excarcelación en términos de libertad condicional aceptando asimismo su procedencia cuando se cumple en abstracto el requisito temporal del art. 54. A su vez, el art. 11 de la ley 24.660 funciona como llave para habilitar a los procesados las disposiciones de dicha ley que les resulten más favorables. Ello, reforzado por el principio de inocencia y por *argumentum a fortiori*, por cuanto si una persona declarada culpable puede acceder a un beneficio más aún debiera poder hacerlo quien conserva el *status* de inocente.

Ahora bien, la admisión casi unánime de la excarcelación en términos de libertad asistida no termina de resolver nuestro principal obstáculo, que es su procedencia ya no en cualquier pena no firme, sino en penas no firmes breves. En efecto, hay jueces que, si bien sostienen que el procesado puede ser excarcelado por cumplir el requisito para la libertad asistida, no puede hacerlo aquel que es perseguido por una pena de corta duración. A modo de ejemplo, el juez Morín en el fallo “RMG”⁴⁹ dijo que la privación de la libertad puede cesar si resulta aplicable al caso el parámetro temporal y los requisitos propios de la libertad asistida, adaptados a la situación del imputado con condena no firme. Sin embargo, en su voto en disidencia en “GDM”⁵⁰, aseveró:

...todo indica que la libertad asistida está destinada para quienes aún siendo reincidentes fueron objeto de una condena de importante magnitud. De hecho, esa es la razón por la que se exige la acreditación de múltiples extremos, entre ellos, el avance en la progresividad del tratamiento penitenciario, junto a la imposición de mayores compromisos que los liberados condicionalmente; por caso, la reparación del perjuicio causado por el delito. En el caso concreto de [GDM] se advierte sin dificultad que el lapso de encierro impide subsumir su situación en la causal de excarcelación propuesta por la Defensa.

Así las cosas, si está prácticamente ganada en el ámbito de la casación la contienda respecto de la procedencia de la excarcelación en términos de libertad asistida, resta aún alcanzar el

⁴⁸ Mientras los jueces Sarrabayrouse, Niño, Morín, Días, Garrigós de Rébora, Magariños, Jantus y Huarte Petite se enrolan en la tesis amplia y admiten la excarcelación en términos de libertad asistida, el juez García la rechaza por entender que no se encuentra prevista en el supuesto del art. 317 inc. 5to del CPPN. Esta interpretación literal de García se contrapone a la interpretación sistemática que, en cambio, opta hacer en el caso de libertad asistida para penas breves. Si siguiera una interpretación literal del art. 54 no tendría argumentos para restringir dicho instituto a las penas breves por cuanto dicha distinción no está hecha en la norma.

⁴⁹ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, Causa N° 14652. Reg. No 1092/2017, rta. 01/11/2017.

⁵⁰ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, Causa N° 14634/2016/TO1/1/CNC2, rta. 15/11/2016.

convencimiento de muchos de sus jueces de que no es válida la restricción a la libertad asistida en las penas cortas, ya sean dictadas por sentencia firme o no. Un punto auspicioso amerita ser destacado: la mayoría de los pronunciamientos que se enrolaban en el rechazo del instituto en penas breves fueron dictados cuando aún subsistía el sistema de conversión por trabajos para la comunidad. Habrá que ver si ahora, prescindiendo de dicha alternativa, los jueces sostienen de igual manera que las penas cortas deben ser cumplidas enteramente en encierro carcelario.

6. CONCLUSIÓN

Hasta la reforma de la ley 24.660 mediante la ley 27.375 se contaba con una herramienta fundamental a fin de evitar el encierro carcelario en penas breves. Con la supresión de la conversión de penas iguales o menores a seis meses en trabajos para la comunidad se terminó la posibilidad de evitar las penas de efectivo cumplimiento en los casos de personas reincidentes, que no pudieran acceder a suspensiones del juicio a prueba ni condenas en suspenso.

El efecto desocializador que ello conlleva es justamente lo que la comunidad internacional pretendía evitar al adoptar diversos instrumentos de *soft law* que proponen la aplicación de medidas alternativas al encierro carcelario en penas cortas.

Esto nos obliga a buscar soluciones. En esta búsqueda, pensamos en un primer lugar en la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de la supresión de la conversión en trabajos comunitarios sobre la base de la doctrina de la proporcionalidad aportada por Alexy (Alexy, 2008).

En un segundo lugar y desde una perspectiva pragmática, proponemos el planteamiento de la excarcelación en términos de libertad asistida cuando aún no hay condena firme, o en su defecto, de la inclusión del penado en el instituto de la libertad asistida cuando falten tres meses para el agotamiento de la pena.

En este último sentido, cabe tener presente que los precedentes de la Cámara Nacional de Casación penal que invocamos, en los cuales existen oposiciones a la concesión de la libertad asistida en penas cortas, fueron dictados antes de la supresión de la conversión de los trabajos comunitarios. Incluso en ellos se niega la libertad asistida al mismo tiempo que se resalta la función de esta conversión y se la promueve.

Resta entonces observar si estas posturas fueron modificadas en la actualidad, teniendo en cuenta que ya no podemos echar mano a la conversión del art. 50 de la ley 24.660. En este sentido, cabe traer al análisis un pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de fecha 26 de diciembre de 2017, el cual fue dictado

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

en una causa en la cual el hecho había sido cometido previamente a la entrada en vigencia de la ley 27.375⁵¹.

En “CJA”, los votos concurrentes de los jueces Jantus y Huarte Petite, trajeron a estudio lo resuelto en “Almada”⁵² y “Salcedo”⁵³ y aclamaron nuevamente como “regla” el sistema de sustitución, debido a la inconveniencia de imponer penas de encierro por períodos de corta duración. Así, una vez más, la Cámara reivindicó la conversión en trabajos para la comunidad en condenas breves. Si bien en algunos de los fallos que analizamos la sustitución de los arts. 35 y 50 había servido de argumento para no hacer lugar a beneficios liberatorios en penas menores de seis meses, lo cierto es que siempre se resaltó su procedencia en penas cortas⁵⁴.

Esta postura sigue la doctrina de la Corte Suprema establecida en el fallo “Squillario” (*Fallos* 329:3006), en el cual -si bien se trataba de la procedencia de la condicionalidad de la ejecución de una condena- allí se dijo:

7º) Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada

⁵¹ “CJA”, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, CCC 30868/2014/PL1/CNC1. La solicitud de conversión de una pena de tres meses de prisión en trabajos para la comunidad - por un hecho cometido previo a la reforma - solicitada tras la celebración de un acuerdo de juicio abreviado, fue rechazada por la Jueza correccional sobre la base del dictamen Fiscal negativo (situación de irregularidad migratoria y antecedentes condenatorios del condenado) y la consideración de extemporaneidad del pedido de sustitución.

⁵² Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, “Almada, Guillermo Ramón y otros s/ robo en grado de tentativa”, CNCCC 19630/2014/TO1/CNC1, Reg. N° 116/2015, rta. 02/06/2015.

⁵³ Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala III, “Salcedo, Roque Pelegrino s/ robo en grado de tentativa”, CNCCC 21525/2014/TO1/CNC1, Reg. N° 163/2015, rta. 04/06/2015.

⁵⁴ El juez Jantus se remitió a sus votos en dichos precedentes y remarcó lo agregado por él en “Salcedo” en cuanto a que “...*deben haber excepcionales motivos para rechazar la sustitución de la pena por tareas comunitarias, pues su procedencia debe ser la regla, dada la inconveniencia de imponer penas de encierro por períodos de corta duración*”. Por su parte, Huarte Petite adhirió al voto de Jantus y aclaró que, si bien no integraba el tribunal cuando se emitieron los fallos “Almada” y “Salcedo”, comparte los argumentos allí volcados en cuanto al marco de interpretación que debe regir en torno a los artículos 35, inciso “e” y 50 de la ley 24.600. De igual modo, añadió lo resuelto por el integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°1 de esta ciudad en “Ramos, Gabriela Fernanda” (TOC 1, causa n°2084/1124, rta. 04/05/2005), en cuanto a que las normas antes mencionadas debían ser interpretadas en consonancia con disposiciones de jerarquía constitucional como el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, la cual había sido receptada en forma congruente por el artículo 1 de la ley 24.660. Asimismo, allí el tribunal dijo que, en los casos en que se dispuso la aplicación de las normas puestas en juego (penas cuya ejecución no superaba los seis meses), no se iba a cumplir en modo alguno con el mandato constitucional si se tenía en cuenta que difícilmente podría obtenerse en tan corto lapso de tiempo de ejecución de una pena, el fin constitucional y legalmente establecido. Además, se concluyó que, inversamente, el encierro en tales casos, generaría con seguridad mayores inconvenientes en orden a la obtención del fin de la sanción penal, por lo que aparecía por demás razonable acudir a la sustitución de la pena por tareas comunitarias con sustento en la normativa en cuestión.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional. [...] 8º) Que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que "...la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional..." y que "...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente...".

En función de lo visto, de lo que no queda duda es que tanto la Corte Suprema como la Cámara de Casación Penal afirman la inconveniencia de las penas de efectivo cumplimiento cuando estas son cortas. Por lo tanto, no existiendo ya la posibilidad de sustitución por trabajos para la comunidad corresponde observar si el criterio restrictivo de procedencia de la libertad asistida en penas cortas empieza a cambiar hacia una tesis amplia. Esta solución evitaría, en cierta medida, los efectos nocivos colaterales de la pena de encierro efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

Alderete Lobo, Rubén A. 2017. "Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina". Estudios sobre jurisprudencia, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires. Artículo originalmente publicado en *El debido proceso penal*, Tomo 5, 2017, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Alexy, Robert. 2001. "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91: 11 – 29. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=1270&IDA=35741>

Alexy, Robert. 2008. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Políticos y Sociales, Segunda edición en español, primera reimpresión, 2008, Madrid.

Alexy, Robert. 2009. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11: 3-14. Barberis, Julio. 1994. *Formación de derecho internacional*. Buenos Aires: Ábaco Rodolfo Depalma.

Bernal Pulido, Carlos. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bidart Campos, Germán J. 2000. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino". Tomo I-A. Buenos Aires: Ediar.

Caminos, Pedro A. 2014. "El principio de proporcionalidad: ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales?". *Revista electrónica del instituto de Investigaciones 'Ambrosio L. Gioja'*, 8 (13).

Referencia Jurídica e Investigación
Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia
Ministerio Público de la Defensa

Cano Paños, Miguel Ángel. 2014. “Las medidas alternativas a la pena de prisión en el ámbito del derecho comparado”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 8: 1-44. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5603498.pdf>

Carbonell, Miguel. 2008. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador.

Cianciardo, Juan. 2007. *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

Cianciardo, Juan. 2009. *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma.

Cid, José. 2010. “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”. *Estudios Penales y Criminológicos*, 30: 55-83.

Clérico, Laura. 2009. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

Chinkin, Christin. 2000. “Normative Development in the international legal system”. En: *Commitment and compliance. The role of non-binding norms in the international legal system*, Dinah Shelton (ed.), 21-42. New York: Oxford University Press.

Feldtmann, Federico Martín. 2013. “Proporcionalidad y prudencia. Reflexiones sobre el derecho inteligente y práctico”. *Cuadernos de Derecho Judicial*: 23-41. La Ley - Universidad Austral.

García Basalo, J. Carlos. 1975. *El régimen penitenciario argentino: antecedentes, ley penitenciaria, aplicación*. Buenos Aires: Librería del Jurista.

Juliano, Mario A. 2016. “¿Existe el deber de resocializarse?”. *Revista Pensamiento Penal*, 22 de junio. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43665-existe-deber-resocializarse>

Larrauri, Elena. 1987. “Las paradojas del movimiento descarceratorio en los Estados Unidos”. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 40 (3), 771-794. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46317.pdf>

Rivera Beiras, Iñaqui y Marcos Salt. 1999. “Los derechos fundamentales de los Reclusos en Argentina”. En: *Los derechos fundamentales de los Reclusos: España y Argentina*, p. 255. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Saggese, Roberto. 2010. *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.

Estudios sobre Jurisprudencia

2019

Salt, Marcos G. 1999. “Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina”. En: Iñiqui Rivera Beiras y Marcos Salt, *Los derechos fundamentales de los Reclusos en España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Sánchez Gil, Rubén. 2007. *El principio de proporcionalidad*. México: UNAM.

Sapag, Mariano. 2008. “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado”. *Dikaion*, 22 (17): 157-198.

Sozzo, Maximo. 2009. “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina”. *Sistema Penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS*, 1 (1): 33-65. Disponible en: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenale-violencia/article/view/6632/4837>

Vidal Fueyro, Camino. 2005. “El principio de proporcionalidad como parámetro de la constitucionalidad de la actividad del juez”. *En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, T. II, Konrad Adenauer Stiftung, 427-447.

Zaffaroni, Eugenio R. 1995. “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales”. En Maier, Julio; Binder, Alberto, *El derecho penal hoy. Un homenaje a David Baigún*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Zaffaroni, Eugenio R; Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 2002. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Editorial Ediar.