

La pena de prisión. La prisión permanente revisable. Las penas alternativas.

[Capítulos X al XIII]

X. ¿Cuál es la pena máxima de prisión divisible en Argentina?

XI. La Ley N° 24660. (Ley N° 26.813). Ejecución de la pena privativa de la libertad.

XII. Las penas alternativas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina.

XIII. Conclusiones.

X. ¿Cuál es la pena máxima de prisión divisible en Argentina?

En el diario La Capital de la Ciudad de Mar del Plata, del 21 de enero de 2014, Eugenio Zaffaroni, sostuvo que una pena de prisión de 50 años es una locura; y en referencia a nuestro actual Código Penal señala que tiene un caos tan grande que nadie sabe legalmente cual es el máximo de la pena privativa de la libertad. Lo cual es una violación del principio de legalidad y constituye una flagrante violación constitucional. Agrega que algunos juristas piensan que la pena máxima de prisión es de 25 años, otros creen que es de 37 y medio, y una tercera corriente que llega a los 50 años. A su criterio, después de ratificado el Estatuto de Roma que estableció la pena de 30 años para el genocidio *“...eso deroga los máximos anteriores porque no puede haber un delito más grave que el genocidio. En eso creo que estaremos todos de acuerdo: matar un millón de personas creo que es el delito más grave que tenemos previsto y en consecuencia creo que el máximo de la pena es de 30 años.”*.

Y con referencia al Anteproyecto señala que *“...en la parte general se lo moderniza con las alternativas de las penas no privativas de la libertad y se trata de hacer una aplicación más racional de penas porque lo que tenemos ahora es una desproporción tremenda ... Es un código que se inscribe dentro de lo que es*

más o menos la legislación comparada contemporánea. Simplificaremos algunas cosas pero la línea que sigue es la división de las penas conforme a la gravedad del hecho y distintos efectos conforme a la gravedad de la pena. Se amplía mucho el artículo 41 en cuanto a los criterios de cuantificación de la pena. Se le exige al juez que funde la cuantificación de la pena, cosa que no pasa hoy. Hoy prácticamente todas nuestras sentencias son nulas. También se le exige que funde la sustitución de la pena...". Y con relación a la prisión perpetua explica: "Queda como está. Bah, como está ahora no porque después de Blumberg es una locura. En realidad queda como estuvo tradicionalmente. La llamamos como se debe en lugar de prisión perpetua: pena de treinta años. Nunca tuvimos pena perpetua porque sería inconstitucional. La pena perpetua nunca fue real en nuestro código."

Sobre el particular haré las siguientes referencias: en nuestro ordenamiento penal existen penas perpetuas y penas divisibles, centrándose el debate respecto de las segundas en cuanto al monto máximo que dichas penas pueden alcanzar.

Respecto de las penas divisibles, la norma general para el concurso real, conforme lo dispone el artículo 55 del Código Penal, es la siguiente: *"Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión."*

Recuérdese que este artículo fue modificado en el año 2004 por la Ley N° 25.928 y es precisamente el que admite el máximo de cincuenta años para las unificaciones de condenas y de penas.

También deberá tenerse en cuenta que luego de la sanción de la Ley N° 25.892 se elevó a 35 años el plazo tradicional de 20 años de cumplimiento de pena de reclusión o prisión perpetua para habilitar la solicitud de libertad condicional (artículo 13 Cpn.).

Sentado ello, sabido es que el máximo legal de la especie de pena en las penas divisibles no surge de manera expresa de la parte general, sino que debe ser extraído de los tipos penales de la parte especial. Y desde antaño se ha afirmado que en la pena privativa de la libertad el máximo legal era de veinticinco años, conforme la figura del homicidio simple (artículo 79 Cpn.).

Sin embargo, con la reforma a los artículos 227 ter y el tercer párrafo del artículo 235, introducida por la Ley N° 23.077, un sector de la doctrina y parte de la jurisprudencia, lo ha puesto en duda, entendiendo que en el primer caso el máximo sería de 37 años y seis meses de prisión, y en el segundo, de 50 años.

El artículo 227 ter. se ubica dentro del Título 10 de los “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”, en el Capítulo 1: “Atentados al orden constitucional y la vida democrática”, y establece que *“El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”*.

A partir de entonces se sostiene que el máximo legal de la especie para las penas divisibles debe extraerse de la combinación del artículo 79 y del citado; por los que 25 como años más “un medio”, es decir, 12 años y seis meses, da como resultante los 37 años y medio.

El artículo 235 es una disposición general del Título “Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional”.

Allí se establece en el tercer párrafo que se aumentará *“al doble el máximo de la pena establecida para los delitos previstos en este Título para los jefes y agentes de la fuerza pública que incurran en ellos usando u ostentando las armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad”*.

Y se refiere al artículo 226 Cpn. (el más grave) que también reformado quedó redactado de la siguiente manera:

“Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea

temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.”

Así entonces si el párrafo segundo del citado artículo 226 (Cpn.) fija una pena máxima de 25 años de prisión y, a su turno, el artículo 235 del mismo Código dispone que se aumentará “al doble el máximo de la pena” en atención a la condición o calidad del sujeto activo, simple es advertir que la pena se eleva a 50 años.

XI. La Ley N° 24.660 (modificada por la Ley N° 26.813).

Uno de los objetivos primordiales de la ley de ejecución penal es la progresividad en la ejecución de la pena privativa de libertad, es decir, el condenado adquiera la capacidad de respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, conforme lo establece su artículo 1º: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”*.

Haré un alto, antes de referirme al régimen de progresividad, a fin de aclarar algunos conceptos.

La resocialización a la que hace mención el artículo 1, es un principio consagrado en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (art. 10.3: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5.6: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”).

La resocialización, readaptación, reinserción o reeducación del delincuente en las ideologías denominadas “re”, absolutamente reaccionarias, presuponen una inferioridad en el preso (moral, biológica, psíquica o social) y por consiguiente merece ser “tratado” y “curado”, pues es un enfermo que no ha podido adaptarse a los parámetros generales preestablecidos socialmente para vivir en libertad. A este proceso de “corrección” se le denomina “resocialización”.

En este aspecto, señala Eugenio Zaffaroni en “La cárcel” que: *“Las ideologías ‘re’ (resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc.), propulsadas en general por el positivismo criminológico, respondían más o menos a la idea de que el preso es una suerte de aparato descompuesto o incompleto que debía repararse. La lógica final de esas ideologías es que, cuando se llegase a la conclusión de que una persona no tenía arreglo posible, era lo indicado eliminarla ... Nadie puede aprender a vivir libremente privado de libertad. Sin embargo, la ideología ‘re’ puede tener algún sentido, en la medida en que se la adopte con criterio realista. Convengamos que el rechazo frontal -y sin ningún matiz de las ideologías ‘re’- es el discurso predilecto de los que pretenden que las cárceles deben ser meramente vindicativas, administradas por militares o policías, o bien concesionadas a empresas a las que el estado les pague por su cuidado y explotación (la famosa privatización de la prisión) ... Una reinterpretación de las ideologías ‘re’ más compatible con los derechos humanos y, además, idónea para no provocar una anomia en el propio personal penitenciario (que la sufre en la medida en que se le propone discursivamente una misión imposible), es entender*

que cualquier propósito “re” debe interpretarse como el ofrecimiento de la posibilidad de que el preso eleve su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo ... A la cárcel no llegan todos los infractores ni mucho menos. Si llegasen todos sería asombroso su número. Del mar de delitos que se cometen (y no se piense sólo en los graves o naturales) sólo llegan unos pocos. La inmensa mayoría de los infractores, en cualquier país del mundo, no le mueve un solo pelo al sistema penal ... La selección de quiénes van presos la llevan a cabo las policías, que siguen la regla de toda burocracia: hacen lo que es más sencillo. Y lo más sencillo es arrestar a los que son portadores de los estereotipos negativos, o sea, a quienes andan por la calle vestidos de delincuentes, poco menos que con uniforme de infractor ... ¿Qué es lo que humanamente y realmente puede hacer la cárcel en estos casos? ¿Se puede intentar algo ‘re’? Sí, claro. Si sabemos que lo que lo conduce a la cárcel es su vulnerabilidad condicionada por su estereotipo externo e internalizado, lo que puede hacerse es ofrecerle -no imponerle- la posibilidad de salir del estereotipo y aumentar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal.

No se trata de aconsejarle ‘no seas malo, sé bueno’ como en la ‘re’ clásica o positivista, porque la respuesta espontánea de la persona será: ¿por qué a mí, si hay otros mucho peores y no están presos? Se trata de decirle ‘no seas tonto’, ‘no te regales con esas groserías el poder punitivo’, ‘no te prestes a ser carne de cárcel’, ‘no te sientas más hombre ni más valiente por ser más tonto’, etc. Se trata de entender la función ‘re’ como un esfuerzo por ofrecerle a la persona la posibilidad de cambiar su autopercepción, o sea, de desintroyectar o desinternalizar su estereotipo.”.

Y agrega: “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” que dejando de lado cualquier pretensión moralizante y también cualquier planteamiento de legitimidad, es decir, asumiendo como un simple dato de realidad que hay una máquina que los atrapa y encierra, y, por ende, que en este encierro es ineludible proporcionarles algún trato lo menos incompatible con los

Derechos Humanos, se impone: 1. Que ese trato sea lo más humano posible, en el sentido de la seguridad personal, de la higiene, etcétera. 2. Que sea lo menos deteriorante posible, o sea que dentro del general efecto deteriorante de la institucionalización, que condiciona una cierta patología regresiva, trate de que la misma sea lo menos marcada que las circunstancias permitan. 3. Que le ofrezca la posibilidad de abandonar el rol que motivó su selección criminalizante, es decir, de renunciar a su comportamiento autoagresivo, o sea, de elevar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal, de reducir su nivel de vulnerabilidad hacia éste, de salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo ... Una interpretación de la "reforma" y la "readaptación" constitucionales como trato humano, lo menos deteriorante posible y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, constituye un programa penitenciariamente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías "re", que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos (por presuponer una inferioridad en el preso). No obstante, resta por asignar un sentido a la expresión "finalidad esencial del régimen penitenciario". ¿Qué quiere decir el texto con "esencial"? Entendemos que la expresión cumple una doble función. Por un lado, en una interpretación compatible con la totalidad o plexo de los Derechos Humanos, "esencial" debe entenderse como "no único" en el sentido de que la posibilidad de reducción del nivel de vulnerabilidad debe ser un ofrecimiento al preso, y en ningún caso una imposición de "reforma" que, inevitablemente, sería una injerencia en su personalidad, para lo cual no puede considerarse autorizado ningún estado del mundo sin incurrir en una violación intolerable a los Derechos Humanos.".

Y concluye con elocuencia: "...lo único que puede hacer un sistema penitenciario respetuoso de Derechos Humanos es deparar un trato humano.".

Hecho el paréntesis, continuo: el régimen de progresividad consiste en conferir al penado un avance graduado hacia su libertad, atravesando distintos períodos sucesivos, a través de los cuales las medidas restrictivas van disminuyendo, con el objetivo de que el regreso al medio libre no sea brusco, sino gradual, facilitando de ese modo el objetivo de resocialización perseguido, es decir, la naturaleza de este instituto es lograr la atenuación paulatina de las condiciones de encierro, a fin de evitar en el interno un reintegro traumático a la vida extramuros.

El artículo 6° de la citada Ley 24.660, dispone: *“El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina.”*.

La Ley 24.660, acerca de las “modalidades básicas de la ejecución”, establece cuatro etapas por los que transita el cumplimiento de la pena.

ARTICULO 12. El régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de:

- a) Período de observación;
- b) Período de tratamiento;
- c) Período de prueba;
- d) Período de libertad condicional.

Veamos cada uno de ellos en la Ley N° 24.660.

a) Período de observación. Su artículo 13: “Durante el período de observación el organismo técnico-criminológico tendrá a su cargo:

- a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico, todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado;

- b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento. A los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes;
- c) Indicar el período y fase de aquel que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado;
- d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester.”.

b) Período de tratamiento. Su artículo 14: “En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro.

c) Período de prueba. Su artículo 15 “El período de prueba comprenderá sucesivamente:

- a) La incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina;
- b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento;
- c) La incorporación al régimen de la semilibertad.

Como se advierte, dentro del período de prueba aparecen dos posibilidades para comenzar una vida extramuros.

Salidas transitorias. Su artículo 16: “Las salidas transitorias, según la duración acordada, el motivo que las fundamente y el nivel de confianza que se adopte, podrán ser:

- I. Por el tiempo: a) Salidas hasta doce horas; b) Salidas hasta 24 horas; c) Salidas, en casos excepcionales, hasta setenta y dos horas.

II. Por el motivo: a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; b) Para cursar estudios de educación general básica, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente; c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena.

III. Por el nivel de confianza: a) Acompañado por un empleado que en ningún caso irá uniformado; b) Confiado a la tuición de un familiar o persona responsable; c) Bajo palabra de honor.

Los artículos siguientes disponen una serie de pautas y requisitos que debe cumplir el penado para poder acceder a los regímenes de “salidas transitorias” y de “semilibertad”. Importa destacar que el tiempo mínimo de cumplimiento de la condena debe ser: para la pena temporal sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, la mitad de la condena; para la pena perpetua sin esa misma accesoria, quince años; y para quienes cumplan esa accesoria, pasados tres años de cumplida la pena de prisión impuesta.

Por supuesto que deben tener haber sido calificados con conducta ejemplar; se fijará la distancia máxima hacia donde podrán trasladarse; se le exige ser acompañados por un empleado del servicio (no uniformado) o el uso de un dispositivo electrónico de control.

Semilibertad. Su artículo 23: “La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al fin de cada jornada laboral...”.

Además, el trabajo será diurno y en días hábiles, excepcionalmente nocturno o en días inhábiles; a su regreso, será alojado en una institución regida por el principio de autodisciplina; y podrá, además, gozar de una salida transitoria semanal.

Todo lo expuesto, obviamente, y para cualquiera de los dos regímenes, deberá contarse con resolución judicial, pudiendo el magistrado revocar una u otra en caso de incumpliendo de alguno de sus requisitos.

Ahora bien, en vísperas de obtener su soltura, el penado tiene derecho a otros institutos, a los fines de obtener mayores libertades ambulatorias. Se trata de la prisión discontinua, la semidetención y la libertad asistida. Me referiré a cada una de ellas, y luego a la libertad condicional, con la intención de “cerrar” todo el abanico de posibilidades con que cuenta el recluso mientras purga su condena.

Prisión discontinua y semidetención. Su artículo 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:

- a) Se revocare la detención domiciliaria;
- b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el artículo 21, párrafo 2 del Código Penal;
- c) 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;
- 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;
- e) La pena privativa de libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.”

Algunas aclaraciones: el inciso a) se corresponde con internos enfermos, discapacitados, mayores de 70 años, mujer embarazada, madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad a su cargo. El inciso b) se

vincula con el reo que no pague la multa en el tiempo fijado por la sentencia, sufrirá prisión que no podrá exceder de año y medio. El inciso c) trata del condenado a pena de ejecución condicional que violare las pautas que le han sido fijadas y que deberá observar durante un plazo que oscila, a criterio del magistrado, entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, y son: 1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato; 2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas; 3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; 4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida; 5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional; 6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia; 7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad; 8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo. Los incisos d) y e) son claros y se explican por sí solos.

Prisión discontinua. Su artículo 36: “La prisión discontinua se cumplirá mediante la permanencia del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, por fracciones no menores de treinta y seis horas, procurando que ese período coincida con los días no laborables de aquél.”. Y el artículo 38 dispone que “Se computará un día de pena privativa de libertad por cada noche de permanencia del condenado en la institución.”.

Semidetención. Su artículo 39: “La semidetención consistirá en la permanencia ininterrumpida del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, durante la fracción del día no destinada al cumplimiento, en la medida de lo posible, de sus obligaciones familiares, laborales o educativas. Sus modalidades podrán ser la prisión diurna y la prisión nocturna.”.

Y el artículo que sigue establece que “El lapso en el que el condenado esté autorizado a salir de la institución se limitará al que le insuman las obligaciones indicadas en el artículo 39, que deberá acreditar fehacientemente.”.

Prisión diurna Su artículo 41: “La prisión diurna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, todos los días entre las ocho y las diecisiete horas.”.

Prisión nocturna. Su artículo 42: “La prisión nocturna se cumplirá mediante la permanencia diaria del condenado en una institución basada en el principio de autodisciplina, entre las veintiuna horas de un día y las seis horas del día siguiente.”.

La libertad asistida es la segunda opción del recluso antes de lograr su libertad.

Libertad asistida. Su artículo 54: “La libertad asistida permitirá al condenado sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal [reclusión por tiempo indeterminado], el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis (6) meses antes del agotamiento de la pena temporal. El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado ... podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida. El juez de ejecución o juez competente podrá denegar la incorporación del condenado a este régimen sólo excepcionalmente y cuando considere, por resolución fundada, que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad ... Al implementar la concesión de la libertad asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

El artículo 55 impone las siguientes condiciones a cumplir una vez incorporado al régimen de libertad asistida:

I. Presentarse, dentro del plazo fijado por el juez de ejecución o juez competente, al patronato de liberados que le indique para su asistencia y para la supervisión de las condiciones impuestas.

II. Cumplir las reglas de conducta que el juez de ejecución o juez competente fije, las cuales sin perjuicio de otras que fueren convenientes de acuerdo a las circunstancias personales y ambientales del condenado, podrán ser: a) Desempeñar un trabajo, oficio o profesión, o adquirir los conocimientos necesarios para ello; b) Aceptar activamente el tratamiento que fuere menester; c) No frecuentar determinadas personas o lugares, abstenerse de actividades o de hábitos que en el caso, se consideren inconvenientes para su adecuada reinserción social. Salvo expresa indicación en contrario, siempre regirá la obligación señalada en el inciso a) de este apartado.

III. Residir en el domicilio consignado en la resolución judicial, el que podrá ser modificado previa autorización del juez de ejecución o juez competente, para lo cual éste deberá requerir opinión del patronato respectivo.

IV. Reparar, en la medida de sus posibilidades, los daños causados por el delito, en los plazos y condiciones que fije el juez de ejecución o juez competente. Estas condiciones regirán a partir del día de egreso hasta el de agotamiento de la condena.

En síntesis, conforme lo dispuesto por la Ley N° 24.660 el recluso cuenta, mientras cumple su condena de prisión efectiva en un establecimiento penitenciario, con el derecho a gozar de las siguientes "libertades": durante el período de prueba (15) tendrá la posibilidad de las salidas transitorias (16) y de semilibertad (23); luego, beneficiarse con la prisión discontinua (36) y la semidetención (39), y, finalmente, hacer uso de la libertad asistida (54).

d) Período de libertad condicional.

El artículo 13 del Código Penal de la Nación dispone que: "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3)

años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones:

1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;

2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;

3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4º.- No cometer nuevos delitos;

5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;

6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.

Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.”.

Como se ha visto supra, la Ley N° 25.982 modificó el histórico máximo de 20 años de prisión para obtener la libertad condicional quien fue condenado a prisión perpetua, elevándolo a 35 años, y mantuvo los dos tercios de cumplimiento efectivo para las penas de prisión divisibles. A ambos supuestos me he referido en los puntos IV. La cadena perpetua y VI. El Código penal argentino. Su reforma, por lo que, a fin de no resultar reiterativo corresponde remitirse a lo allí expresado.

Pero formularé algunas consideraciones que he omitido en esos Capítulos.

La Ley N° 24.660 en referencia al “Período de libertad condicional”. Dispone en su artículo 28 que: “El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del consejo correccional del establecimiento ... Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena.

En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 119, segundo y tercer párrafo, 120 y 125 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación.

También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación.

El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe.

Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.”.

Y su artículo 29 refiere que: “La supervisión del liberado condicional comprenderá una asistencia social eficaz a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso se confiará a organismos policiales o de seguridad.”.

El fundamento de la libertad condicional es necesario para “...*hacer efectiva la obligación, inherente al Estado, de garantizar que las penas privativas de la libertad posean el menor efecto desocializador y deteriorante posible, a partir del despliegue de recursos materiales y humanos dirigidos a mitigar los efectos del*

encarcelamiento y ofrecer asistencia al condenado en el medio libre durante un período previo a su liberación definitiva...". (Rubén Alderete Lobo, "La libertad condicional en el Código Penal Argentino, edit. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2007, pág. 26).

Si tenemos en cuenta el sistema de progresión que emplea la Ley N° 24.660, no que más que suponer que, en la búsqueda constante por resocializar al recluso y lograr su reinserción social, el fundamento de la libertad condicional no es más que *"...la presunción de éxito aparentemente logrado en dicho sentido, lo que habría factible la liberación anticipada con sometimiento a determinadas condiciones."* (Roberto Terán Lomas, Derecho Penal. Parte General, tomo 2, edit. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 421).

En cuanto a su naturaleza jurídica la mayoría de la doctrina sostiene que, con fundamento en el sistema progresivo que adopta la Ley N° 24.660, la pena se va atenuando con el transcurso del tiempo y luego, como se vio supra, de algunas libertades que va adquiriendo en el período de prueba, finaliza con la libertad condicional que es la última etapa del proceso. Y no adquiere su libertad completa en razón de que también debe cumplir una serie de requisitos, al punto que puede ser revocada sin el condenado no cumple con ellas. Sin embargo, considero que se trata de un derecho del recluso y no una liberalidad del Estado. De uno u otro modo, alguna parte de la doctrina entiende que se trata de una suspensión de la ejecución de la pena o una rectificación de la sentencia. En definitiva, quien ha superado el período de prueba con éxito y ha cumplido los excesivos plazos que fija nuestro Código penal, tendrá el derecho de gozar de una libertad continua, sin restricciones en cuanto a la cantidad de días, horarios, lugares, etcétera. Recién transcurrido el término de la condena o el plazo que indica el artículo 13 Cpn., sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará, recién entonces, extinguida. Algo más: a quien le haya sido revocada la libertad condicional, no podrá obtenerla nuevamente.

Como lo he sostenido más arriba, me parece descabellado que el legislador haya fijado en el vigente Código penal argentino en 35 la cantidad de años que el penado a cadena perpetua debe esperar para gozar de la libertad condicional, y que el Anteproyecto mantenga las dos terceras partes de cumplimiento efectivo para penas mayores de diez años (artículo 31.4.); para el caso de haberse impuesto la máxima pena que es de 30 años prisión, podrá lograr su soltura condicional recién luego de 20 años. Ello, ciertamente deviene en un error, si consideran que más allá de la pena que debe purgar por el delito cometido, durante su encierro debe lograrse su readaptación. Un individuo que comienza su aprendizaje escolar primario y concluye su capacitación universitaria como abogado, médico o ingeniero, habrá insumido, aproximadamente, 18 años de su vida; sin embargo, para el legislador esa cantidad de años non son suficientes para reeducar al condenado. Y entonces me pregunto si no será exclusiva culpa del Estado no lograr su resocialización en un tiempo menor a los 20 ó 35 años.

La citada Ley N° 25.892 debe evaluarse conjuntamente con la Ley N° 25.948 (denominadas “leyes Blumberg”). La primera, como se vio, eleva a 35 años de condena el plazo para poder obtener la libertad condicional; pero, además, la prohíbe a los reincidentes y a los condenados por los delitos de homicidio agravado: “Para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (artículo 80, inciso 7°, Cp.), abuso sexual seguido de muerte (artículo 124, Cp.), privación ilegítima de la libertad agravada y seguida de la muerte intencional de la persona ofendida (artículo 142bis, anteúltimo párrafo), el homicidio en ocasión de robo (artículo 165, Cp.), y el secuestro extorsivo seguido de la muerte intencional de la persona ofendida (artículo 170, anteúltimo párrafo).

La segunda modifica el artículo 56 de la Ley 24.660 en referencia a la libertad asistida, pero además, incorpora el artículo 56bis por el cual niega los beneficios que se han visto supra en el período de prueba a los condenados por los delitos

recientemente indicados, así como también les prohíbe gozar de los beneficios de la prisión discontinua o semidetención y libertad asistida, previstas, como se vio, en los artículos 35 y 54.

De este modo, insisto, con base en un “derecho penal simbólico”, al incorporarse estas normas se destruye todo el sistema progresivo que establece la Ley N° 24.660 y, además, al excluir de su régimen ciertas conductas no sólo violenta el principio constitucional de igualdad ante la ley (16 CN), sino que también al prohibirles gozar de aquellos beneficios, en su mayoría castigados con pena de cadena perpetua, retoma y reflota la idea de una prisión perpetua verdaderamente de por vida, olvidando, como se ha señalado al inicio del Capítulo la necesidad de readaptación del delincuente. Por esas razones, sin hesitación alguna, se puede afirmar que ambas leyes son inconstitucionales, pues, se han olvidado la prohibición de imponer penas crueles, infamantes, degradantes e inhumanas.

Pero tengo algunas otras críticas.

Sin dudas, resulta inadmisibles o al menos anacrónico, concebir el cumplimiento de la pena como un mero encierro, pues, se desvirtúa profundamente su naturaleza y sentido. Conforme las Reglas de Tokio y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el encarcelamiento debe promover la readaptación social del recluso. Sin embargo, como se vio hasta aquí, la Ley N° 24.660 instaura un régimen de progresividad, a partir del período de prueba, basado en premios y castigos para que el penado pueda obtener algún tipo de libertad ambulatoria. En consecuencia no se produce un verdadero tratamiento “progresivo” para su inclusión sino, simplemente, se fijan reglas de conducta y disciplinarias que el penado debe cumplir mientras se encuentre privado de su libertad.

El artículo 100 de la Ley N° 24.660 establece que *“El interno será calificado de acuerdo a su conducta. Se entenderá por conducta la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento.”*. Y sigue su artículo 102 *“La calificación de conducta y concepto*

será efectuada trimestralmente, notificada al interno en la forma en que reglamentariamente se disponga y formulada de conformidad con la siguiente escala: a) Ejemplar; b) Muy buena; c) Buena; d) Regular; e) Mala; f) Pésima.”. Y además su artículo 104, explica que “La calificación de concepto servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto.”.

Entonces no es verdad la prédica de su artículo 101, cuando indica que *“El interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social.”.*

A esta altura, y casi finalizando estas notas, debe quedar claro que el condenado sigue siendo una persona, de igual modo que quienes gozamos de libertad ambulatoria, y a partir de allí también merece idéntico respeto, trato digno, asistencia médica, social, educación, trabajo, vestimenta, etcétera. De otro modo, si todas esas condiciones no se brindan y el Estado no puede asegurarlas, estamos frente a un régimen penitenciario hipócrita, cuyas cárceles lo único que logran es mantener en el encierro a quien ha delinquido, y más allá de que pueda cumplirse el fin de la pena, basado en alguna de las teorías de prevención, no se persigue otra finalidad más que, conforme las ideologías “re”, mantener al ser inferior y enfermo alejados de una sociedad que se comporta con “rectitud”, sin ninguna intención de resocializar, readaptar o reeducar.

La Constitución Nacional consagra en el artículo 18 que *“... Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.*

Y varios instrumentos internacionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos

Humanos, se refieren al trato de los reclusos. El Pacto, establece en su artículo 10 que "1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano ... 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."; y la Convención dispone en su artículo 5 que "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente...6. Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados."

Bajo esas condiciones veamos qué sucede en la República Argentina.

La población carcelaria actual (año 2015) supera los 60.000 presos en todo el país, según el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena, y aproximadamente su mitad son personas detenidas sin condena.

En la provincia de Buenos Aires que aloja a la mitad de los reclusos, se produce un aumento de caso 1.000 detenidos por año. Así pues, entre 1997 y 2011 *"se ha duplicado la población carcelaria del país, esto es, se ha incrementado en más de un 100 %"*, según destaca la Procuración Penitenciaria de la Nación en su Informe anual.

Además, el estado de las cárceles es paupérrimo, con graves problemas de infraestructura ya que muchos centros de detención no están preparados para cumplir su función de manera adecuada, y otros se encuentran en pésimas condiciones materiales debido a la antigüedad de sus instalaciones. Así surge de informes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y de su presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) donde se sostiene que *"...existen deficiencias estructurales en las construcciones, con*

serias fallencias edilicias, ausencia de garantías mínimas de seguridad, inexistencia de adecuada ventilación, luz natural, agua corriente, higiene, sin servicios básicos e indispensables como calefacción y agua potable, que constituyen riesgo para la vida y salud de los detenidos."

Finalmente agrava el cuadro de situación, la gran cantidad de personas alojadas en condiciones inhumanas en comisarías y otras dependencias de las fuerzas de seguridad.

Así, los problemas en las condiciones de detención impiden que los internos puedan recibir un tratamiento apropiado para su posterior reinserción en la sociedad ya que complica sus posibilidades de estudiar o trabajar intramuros. En este sentido, los datos oficiales analizados por el Sistema Nacional de Estadísticas sobre la Ejecución de la Pena dan cuenta de que el 60 % de los reclusos no trabaja, que el 82 % nunca participó de ningún programa de capacitación laboral y que el 55 % tampoco estudia.

El resultado de todo esto, se puede observar en el hecho de que el 32 % de los detenidos condenados vuelve a la cárcel. Este dato surge de la suma de los reiterantes (11%), más los reincidentes (20%) y los reincidentes múltiples (1%). E incluso este porcentaje, que ya de por sí suena alarmante, es muy probable que sea aún mayor ya que se debe tener en cuenta que al calcularlo sólo se toma a los condenados (no a los procesados), es decir, el cálculo se realiza sobre 29.094 de un total de 60.789 reclusos.

Esta tasa de reincidencia es un indicador clave para analizar el éxito del tratamiento y la recuperación de las personas detenidas ya que demuestra la ineficacia del sistema penal en lograr la resocialización de quienes pasan por el sistema penitenciario, demostrando que un alto porcentaje de ellos vuelve a ingresar a la cárcel.

No cumple con su objetivo principal de lograr la reinserción social del recluso.

Queda claro que el sistema penitenciario argentino no cumple con su objetivo principal de lograr la reinserción social del recluso y que, en consecuencia, un alto porcentaje de detenidos vuelve a cometer delitos.

Mario Juliano, juez penal de la provincia de Buenos Aires, y al que me he referido al citar uno de sus fallos en relación a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, ha dicho que *“Como abogado y juez he perdido la fe en el derecho penal. Pienso que es la última ratio para resolver los conflictos. Como ciudadano común aspiraría a que la gente resuelva los conflictos de una manera alternativa, más creativa que la privativa de la libertad. Hay que buscar formas que eviten la respuesta punitiva.”*. El juez de Necochea piensa que la justicia como valor no se encuentra en el poder judicial. *“La Justicia hay que buscarla en otros lados que no son los tribunales. El poder judicial aplica la ley pero no resuelve conflictos. La Justicia es un valor ético y moral que cada uno tiene.”*.

Con un Poder judicial serio, al menos la mitad de los reclusos ya se encontrarían en libertad, con fundamentos en nuestra Constitución Nacional, en la propia Ley N° 24.600 y en las convenciones y tratados internacionales, pues, no hay manera de sostener con seriedad que las cárceles argentinas “readaptan y resocializan”. La doble moral imperante violenta el principio de justicia, y un país sin justicia se destruye a sí mismo.

XII. Las penas alternativas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina.

En el Sexto Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, quedó claro que la pena de prisión se encuentra presente en todas las legislaciones, así como en el Estatuto de Roma, razón por la cual no se puede, legalmente, prescindir de ella. Y como en pocos códigos penales aparecen las penas alternativas o sustitutos de la pena de prisión, sólo resta su aplicación imponiendo máximos que no violenten su finalidad y que tampoco resulten crueles o inhumanas. Poco a pocos, quizás en otro siglo, la

pena de prisión perpetua o mayor a treinta años, sin posibilidad de libertad condicional a los quince, resulte un mal recuerdo; como lo es hoy algunas de las penas históricas que se han señalado a lo largo de estas notas; por ejemplo, los tormentos, los azotes, la mutilación de un miembro o la muerte.

En este contexto no hay dudas en cuanto a que la pena debe ser necesaria y útil y el Estado debe intervenir con esa única finalidad. Partiendo del supuesto que la prisión es una alternativa u opción dentro de un abanico de penas, es imperativo analizar si en el siglo XXI no correspondería reemplazarla por penas alternativas, menos lesivas y, seguramente, más eficaces que el encierro, pues, a estar a sus resultados, en modo alguno ha servido para resocializar .

Las Reglas de Tokio enuncian una serie de penas sustitutivas: penas privativas de derechos o inhabilitaciones, sanciones económicas, restitución o indemnización a la víctima, suspensión de la sentencia o condena diferida, imposición de servicios a la comunidad, obligación de acudir regularmente a un centro determinado, y arresto domiciliario, entre otras.

En el ámbito internacional de los derechos humanos se han adoptado por los organismos de la OEA y de la ONU diversos instrumentos orientados a impulsar la adopción de medidas sustitutivas a la privación de la libertad personal. Dentro de la OEA tenemos los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, adoptado por la CIDH mediante la Resolución 1 de 2008, que en el principio III, numeral 2, “Excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad”, y numeral 4, “Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de la libertad”, se refieren a la materia. Asimismo, en las Recomendaciones de la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA se hace una breve alusión al asunto. En la ONU el Informe sobre Medidas Sustitutivas de la Prisión y Medidas de Reinserción Social de los Presos, presentada en 1985 en el Séptimo Congreso de la ONU sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente; así como los documentos elaborados por

la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Como se ve, si bien no son demasiados los instrumentos internacionales que se ocupan de las penas alternativas, existen al menos algunas recomendaciones que los Estados parte deben observar al formular sus políticas criminales.

Sabido es que en todas las democracias existen algunos regímenes más autoritarios que otros y, sin dudas, se diferencian cuando un Estado promueve leyes más humanitarias, protectoras de los derechos humanos para víctimas y victimarios, y respetando principios y garantías fundamentales. Siempre habrá un Estado primitivo que utilizará el *ius puniendi* para castigar y otro evolucionado que pensará en la pena de prisión como último recurso, ideando políticas públicas en pos de medidas alternativas que sustituyan a la prisión, pues, ya casi no puede discutirse que el encarcelamiento, y menos el crónico, sirvan para prevenir el delito ni ahuyentar al delincuente a cometerlo; tampoco readaptan al infractor si tenemos en cuenta el hacinamiento carcelario que existe en América Latina.

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina es innovador y será un ejemplo para la región; despojado de un derecho penal del enemigo, de un derecho penal simbólico, de la prisión perpetua, basado en los principios constitucionales y de derecho internacional, con importantes eximentes de pena, y con innovadoras exenciones o reducciones de pena, por ejemplo para el caso de los pueblos originarios, y también la incorporación de una gran cantidad de delitos como acciones dependientes de instancia privada y no de acción pública, entre muchas otras reformas significativas. Y en lo que aquí interesa un radical cambio propone el Anteproyecto en materia de penas alternativas, eliminando los institutos de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

Seguramente el lego, el reaccionario y para quienes siguen pensando en la pena de prisión como la justa retribución por el mal causado, y a la libertad condicional como un derecho que habrá que conceder al delincuente luego de que cumpla más de treinta años de prisión, no estarán de acuerdo con la propuesta; sin embargo, estoy absolutamente convencido de que Beccaria, Maurach y Ferrajoli,

entre muchos otros, rubricarían el Anteproyecto. Con modestia, me incluyo en este listado (con la salvedad de la pena máxima de 30 años de prisión y la posibilidad de obtener la libertad una vez cumplidos los dos tercios y no la mitad de la condena).

El artículo 17 del Anteproyecto dispone: “De las penas. Las penas de este Código son prisión, multa e inhabilitación y, en su caso, las alternativas.”.

A su turno, el artículo 21 indica: “De la pena de prisión (...)

1. La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.”.

Respecto a este último, señala su Exposición de Motivos:

“...El primer inciso de este artículo expresa que la prisión es una pena que se limita a la libertad ambulatoria del condenado, lo que implica que no compromete otros derechos que no sean necesariamente inherentes o consecuencia inevitable de esa limitación o se hallen expresamente señalados como otras penas. Está generalmente admitido que no tiene sentido una pena menor de seis meses, pues su efecto sobre la conducta posterior del penado es por regla general negativo. En cuanto al máximo de la pena, se fija en treinta años, lo que equivale a la tradicional pena llamada perpetua, pues se podía solicitar la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento en encierro o, en caso de reincidencia, la hipótesis del artículo 52 resuelve prácticamente lo mismo para la reincidencia múltiple. La denominación de perpetua, cuando nunca lo ha sido en sentido estricto, ha aparejado incluso problemas de responsabilidad del Estado en la jurisdicción internacional. Se vuelve a lo límites tradicionales de la pena de prisión, alterados por las reformas inconsultas sancionadas bajo la presión de una campaña mediática sin precedentes y que ha traído difíciles problemas, hasta hoy mal resueltos por la jurisprudencia. Cabe advertir que bien puede entenderse que en el presente se han recuperado esos límites por vía de una ley más benigna, que es la de implementación del Estatuto de Roma (ley 26.200, promulgada el 5

de enero de 2007), posterior a la reforma del artículo 55 del CP y a los otros de la parte especial, que en alguna interpretación judicial —aprovechando la ligereza del legislador— había dado lugar a otros cálculos de máximo ... cabe entender que la citada ley 26.200, al prever como pena del genocidio la de prisión de treinta años, ha impuesto un nuevo máximo, dado que es imposible imaginar un crimen de mayor contenido ilícito que éste. Por otra parte, se abandona definitivamente la diferencia entre penas privativas de libertad, que en la actualidad desaparecen de la legislación comparada y que, en general, eran producto de tiempos en que la ejecución penal no había cobrado autonomía legislativa ni doctrinaria y que, además, solía responder al mantenimiento de penas infamantes. Si bien la diferencia entre reclusión y prisión perdió vigencia con las leyes de ejecución penal desde 1958, se ha pretendido frecuentemente que se mantiene en vigor, especialmente para el cómputo de la prisión preventiva, lo que se traduce en una condenación a una pena que no existe con el único objeto de restar la mitad del tiempo de prisión preventiva de la pena que se impone. En este sentido, tampoco hasta el momento ha sido concluyente nuestra CSJN, pese a que la antes mencionada ley 26.200 establece claramente que donde el tratado dice reclusión debe entenderse prisión. No respeta el principio de racionalidad republicana pensar que el más grave de los crímenes puede ser penado con una supuesta pena menos grave que la de otros. Con esta disposición, pese a ser escueta, se eliminarían definitivamente todas las mencionadas dificultades de interpretación y se archivaría el resto de instituciones que son hoy anticuadas...”.

Su artículo 22 reza: “Penas alternativas a la prisión En los casos y condiciones previstas en este Código, la pena de prisión podrá sustituirse por las siguientes:

- a) Detención domiciliaria.
- b) Detención de fin de semana.
- c) Obligación de residencia.
- d) Prohibición de residencia y tránsito.

- e) Prestación de trabajos a la comunidad.
- f) Cumplimiento de las instrucciones judiciales.
- g) Multa reparatoria.

Y su Exposición de Motivos aclara: *“Penas alternativas a la prisión ... La innovación más importante del presente anteproyecto es la supresión de la genérica libertad condicional. Esta institución, que delimita a una forma de ejecución de la pena de prisión, pasaría a ser reemplazada por un abanico de penas alternativas que suplirían las meras condiciones del artículo 13º vigente. El presente artículo se limita a su enumeración, para desarrollarse en los siguientes en particular. Cabe advertir que estas penas alternativas han provocado gran entusiasmo en el penalismo mundial en los años setenta y ochenta, pero luego se produjo cierto escepticismo a su respecto. En principio, se pensó que podían disminuir el número de presos y reducir los efectos deteriorantes de la prisión y en muchos casos condicionantes de las llamadas carreras criminales. El escepticismo posterior obedeció a que en muchos países se legislaron y, no obstante, este efecto deseado no se produjo, sea porque los jueces no las aplicaban, porque se carecía de la correspondiente infraestructura para su ejecución o por otras razones. Lo cierto es que la experiencia internacional enseña que su mera introducción legislativa en ocasiones se tradujo en el mantenimiento del número de presos -e incluso en su aumento- y en la aplicación también de estas penas, o sea que, en lugar de reducir la red punitiva resultó ampliatoria de ésta, en particular en casos de delitos de menor o mínima gravedad. Estos efectos indeseables y contraproducentes deben ser tomados en cuenta y creemos que no son inherentes a la introducción de estas penas, sino a la forma inconsulta y defectuosa de hacerlo, sin el acompañamiento de las medidas necesarias para su adecuada operatividad. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la ejecución de las penas alternativas requiere de un cuerpo de personal especializado dedicado a su ejecución, que es sustancialmente diferente*

del encargado de la ejecución de la pena de prisión. Si bien esto implica un costo presupuestario, no debe perderse de vista que en definitiva representa un considerable ahorro, pues el crecimiento permanente del número de presos, además de acarrear violaciones a derechos humanos, importa un alto costo, dado que la pena más cara para el estado es la de prisión. Por supuesto que no sólo basta con el personal idóneo, sino que deberá convocarse a los jueces, ministerios públicos, defensores oficiales, abogados en general y, sobre todo, periodistas, para concientizarlos acerca de la naturaleza de estas penas, de su ejecución y de sus objetivos. Su aplicación efectiva importa un cierto grado de cambio en la cultura jurídico penal, habituada hasta el presente a imposición de penas en forma lineal de tiempo y con muy poca atención a las particularidades del conflicto concreto y de las personas involucradas. Por último y, considerando el federalismo judicial de nuestro país, se hace necesario pensar seriamente en el sistema de cuotas en cuanto a la pena de prisión y a la misma prisión preventiva. Ningún país del mundo prescinde de la prisión en los casos graves; tampoco se abusa de ella en infracciones de menor cuantía, aunque no falten casos de alarmante abuso de la prisión y de absurda y peligrosa sobredimensión del aparato carcelario, situación que se ha agravado en las últimas tres décadas. Pero lo cierto es que, fuera de cualquier extremo represivo o libertario, existe una importante franja de delitos de gravedad media o menor en que el uso de la prisión es discrecional para el legislador, o sea, que depende de una decisión política, sin que se pueda afirmar la existencia de reglas de política criminal universalmente aceptadas. Esta franja media de delincuencia es la que proporciona el campo de decisión legislativa y judicial, dentro del cual se elige políticamente el número de presos que cada país quiere tener y que, en definitiva, resulta bastante arbitrario, lo que explica que países semejantes o cercanos presenten índices de prisionización extremadamente diferentes, como es el caso de Estados Unidos y Canadá o de Rusia y Finlandia, lo que, naturalmente, no implica que en Canadá o en Finlandia se libere a los condenados por delitos

graves. Ante esta realidad se ha pensado muchas veces en el llamado sistema de cuotas, que impone una previa determinación del número de presos que el Estado puede tener en condiciones de mínima dignidad y seguridad y que, lógicamente, no podría ser excedido, pues en tal caso se viola el principio de las cárceles sanas y limpias que, cualquiera sea el alcance de la disposición originaria (si sólo se refería a procesados o también a los penados), es incuestionable que en función de la introducción constitucional de los instrumentos de derechos humanos (inciso 22º del artículo 75º), se extiende a toda forma de privación de libertad estatal. Por supuesto que esta limitación al número de presos no puede realizarse en forma arbitraria, como sucede por desgracia en algunos países del continente, donde no rige precisamente el sistema de cuotas, sino que la superpoblación penal ha llegado a un límite que, incluso en las condiciones más indignas, no tolera la prisión de más personas. Por ende, en esos países la privación de libertad tiene lugar aún más selectivamente, a medida que se producen vacantes en la prisión y, como consecuencia, se le otorga a la policía una nueva fuente de recaudación autónoma. En algún momento sería menester pensar en reglas racionales que seleccionasen los casos y quiénes no deben permanecer en las prisiones en razón del agotamiento de la cuota de capacidad de éstas, lógicamente haciendo recaer la pena alternativa sobre los casos de menor gravedad, de mejor pronóstico y de más cercano egreso. Cabe señalar que hasta el presente se trata del medio más eficaz que se haya propuesto para evitar que estas penas fracasen, convirtiéndose en un simple aumento de la red punitiva. No es menor el problema que representa la creación de un cuerpo especializado para la ejecución de estas penas. En la actualidad, por lo menos en la Ciudad de Buenos Aires y en cuanto a los condenados por la justicia federal en todo el país, lo único que existe es el llamado Patronato de Liberados, que es una asociación civil solventada por el propio Estado, o sea, una tercerización de un servicio de ejecución penal, lo que es intolerable. Sería deseable que el Poder Judicial incorporase al personal de esa institución y formase el embrión de este

servicio de ejecución en libertad, como auxiliar de los jueces de ejecución penal. Ningún Poder del Estado puede dejar de atender los problemas a los que está llamado a resolver, mucho menos por temor a la censura de los medios masivos de comunicación, circunstancia más que previsible en el caso de que algún liberado cometa un nuevo delito. Frente a esta situación institucionalmente inexplicable, que se mantiene en el tiempo, lo más recomendable sería la sanción de una ley nacional que dispusiese la formación del cuerpo de ejecución en libertad, de ser posible en el ámbito judicial, lo que resolvería el problema en las jurisdicciones nacional y federal, para no afectar potestades legislativas provinciales.”.

A continuación citaré los artículos que proponen las penas alternativas a la prisión y luego daré cuenta de lo explicado en la Exposición de Motivos. Y ello obedece a que, al igual que con los artículos 21 y 22 recientemente transcritos, las explicaciones que brinda la Comisión para cada uno de sus supuestos son tan ricas y esclarecedoras que me parece una picardía no transcribirlas. Véase.

ARTÍCULO 23. De la detención domiciliaria.

1. La detención domiciliaria obligará al penado a permanecer en un domicilio determinado, del que podrá salir únicamente por motivos justificados y previa autorización judicial.
2. No impedirá la detención domiciliaria la carencia de un domicilio previo del penado.

ARTÍCULO 23. De la detención domiciliaria ... 1. El inciso 1º de este dispositivo define la detención domiciliaria. Se entiende que los motivos justificados los debe valorar el juez, pero esto no implica que en casos de extrema necesidad y cuando no puede obtenerse oportunamente la autorización judicial, la persona no pueda abandonar el domicilio, sólo que en estos supuestos será el juez a posteriori quien

también valore la existencia de la justificación. 2. El inciso 2º está destinado a evitar casos de discriminación oculta o encubierta, como son los supuestos de personas que carecen de un domicilio previo. Justamente se trata de personas carenciadas o en la llamada situación de calle, de personas en tránsito o que, por otros motivos, carecen de domicilio estable previo. Dichas situaciones deben resolverse si en verdad corresponde disponer esta sustitución, pero no puede privárselas de ella sólo por su pobreza, carencia o vulnerabilidad.

ARTÍCULO 24. De la detención de fin de semana.

1. La detención de fin de semana limitará la libertad ambulatoria del penado por períodos correspondientes a los días sábados y domingos, durante treinta y seis horas como mínimo y cuarenta y ocho como máximo. Podrá extenderse por veinticuatro horas más en los días feriados que antecedan o sucedan inmediatamente al fin de semana.

2. En razón de circunstancias especiales, el juez podrá ordenar que esta pena se cumpla en días diferentes.

3. La detención siempre se cumplirá en lugares especialmente destinados a tales efectos.

ARTÍCULO 24. De la detención de fin de semana ... 1. Algunos autores desacreditan esta pena, en general, fundados en casos de mala aplicación, en que los lugares de cumplimiento eran inadecuados y más bien permitían o daban lugar a un contacto contaminante. Se trata de una privación de libertad ambulatoria limitada a los días no laborables, que le permite al condenado trabajar y, por ende, mantener a su familia y conservar los vínculos con la sociedad libre. Al respecto cabe observar que cualquier pena mal ejecutada tiene efectos indeseables y, en vista de la experiencia, nadie puede dudar acerca de que la pena peor ejecutada en toda América Latina es la de prisión. 2. Dado que eventualmente los penados pueden ejercer actividades laborales que requieran

servicios en los días que para la mayoría son no laborables, se faculta al juez a ajustar la ejecución de la pena en estos casos, como también en el supuesto de atención de familiares, etc. 3. Esta pena no puede ejecutarse en las prisiones comunes, justamente por ser una alternativa a la prisión y, además, porque las condiciones de seguridad de encierro no tienen sentido en este caso, dado que el penado se mueve libremente el resto del tiempo. Las instituciones carcelarias comunes requieren dispositivos de seguridad que tienen un efecto negativo sobre las personas y que, por ende, no deben ser aplicados cuando no son necesarios, como en el caso de esta pena. Por otra parte, el personal de las instituciones penitenciarias está necesariamente habituado a una priorización de la seguridad, que no es lo que corresponde a una detención de fin de semana.

ARTÍCULO 25. De la obligación de residencia.

1. La obligación de residencia exigirá al penado habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, con prohibición de salir de él sin autorización judicial.
2. Tendrá por objeto prevenir conflictos, permitir un control mayor del condenado o favorecer su integración social. No podrá fundarse en necesidades demográficas, ni elegirse parajes inhóspitos o de difícil comunicación, salvo que el propio penado lo solicite.

ARTÍCULO 25. De la obligación de residencia ... 1. El control de la conducta del penado, en especial cuando es necesario tomar medidas para evitar reiteraciones o nuevos y mayores conflictos, requiere una limitación de locomoción que no necesariamente debe importar una privación de libertad tan severa como la prisión, quedando ésta como coacción para que el condenado respete el espacio ambulatorio que se le fije. El ámbito de movilidad del penado debe ser más amplio o más limitado, según lo requiera el fin de la pena en el caso concreto, pudiendo ser ampliado en el curso de la ejecución. El juez valorará los motivos cuando el

penado solicite autorización para salir del perímetro asignado. 2. Dado que esta pena, con este u otro nombre, fue usada o se pretendió usarla en forma violatoria de la dignidad humana, se propone especificar sus posibles objetivos, que serían siempre los de favorecer su integración social, permitiéndole desplazarse para trabajar, instruirse y seguir su vida normal, pero evitar que las ocasiones de conflicto o de desviación se multipliquen por efecto de su total libertad de desplazamientos. Se especifica que no podrá fijársele residencia por meras razones demográficas, como pretender utilizarla para colonizar o semejantes. También por las mismas razones se prohíbe que se la fije en parajes inhóspitos o de difícil comunicación, aunque se deja a salvo la excepción de que el propio penado lo solicite. Nada obstaría a que, por ejemplo, si la actividad normal del penado o la deseada por éste fuese en un parque nacional o en algún lugar protegido por razones ecológicas, a éste se le fije allí su residencia.

ARTÍCULO 26. De la prohibición de residencia y tránsito.

1. La prohibición de residencia y tránsito impedirá habitar dentro de un perímetro urbano o rural, o de un partido, municipio, comuna, departamento o provincia, establecido por el juez, y transitar por él sin autorización judicial.

2. Tendrá por objeto prevenir conflictos.

ARTÍCULO 26. De la prohibición de residencia y tránsito ... 1. Se trata de la contracara de la pena anterior, aunque en este caso su objetivo principal sería siempre el de prevenir conflictos. 2. Se especifica la finalidad de evitar conflictos, pues no se admitiría que se imponga sólo por razones morales, por ejemplo. En definitiva se trata de una pena usada con otro nombre y como medida cautelar, con mucha frecuencia y ventaja en casos de conflictos intrafamiliares, aunque no sólo apta para éstos. Situaciones de conflicto entre grupos barriales más o menos violentos, barras bravas, u otros de los que puede derivar violencia, aconsejan esta pena, como también cuando el hecho tuviere lugar en contextos en los que

hubiese podido quedar resentimientos o deseos de venganza. En realidad, son muchas las situaciones en que la violencia o el riesgo de una actividad reiterada o que se haya vuelto habitual, puede prevenirse con esta pena, hábilmente manejada por el juez en cada circunstancia.

ARTÍCULO 27. De la prestación de trabajos para la comunidad.

1. La prestación de trabajos para la comunidad obligará al condenado a cumplir entre ocho y diez y seis horas semanales de trabajo no remunerado en los lugares y horarios que establezca el juez.
2. Se realizará en instituciones, establecimientos u obras de bien público, bajo la supervisión de sus autoridades u otras que se designen.
3. Estará a cargo del penado presentar al juez la documentación que acredite su cumplimiento.
4. El trabajo será adecuado a la capacidad o habilidades del condenado y no afectará su dignidad ni perjudicará su actividad laboral ordinaria.
5. En ningún caso el control del cumplimiento estará a cargo de organismos de seguridad.

ARTÍCULO 27. De la prestación de trabajos para la comunidad ... 1. Esta alternativa quizá sea una de las más promisorias de las proyectadas, dependiendo su éxito de la buena organización de que se la provea, para lo cual requiere una infraestructura bien montada y adecuado personal de control de su cumplimiento. En esas condiciones resulta una de las más productivas y, por eso mismo, mucho más barata que la prisión. No se trata de una simple producción de molestia o incomodidad para el penado, lo que sólo sería válido como contramotivación, pero nunca podría erigirse en una razón suficiente para su imposición. La incorporación a un equipo que haga algo productivo o útil para sus semejantes crea una conciencia de solidaridad que es menester fomentar en los penados, al tiempo que no lo margina ni estigmatiza y, menos aún, lo aísla de la

vida social. El tiempo de trabajo se fija entre ocho y diez y seis horas semanales, o sea, que en ningún caso llegará a la mitad del horario laboral común y por lo general no impedirá un trabajo rentable, debiendo cuidarse que no lo altere. 2. No se propone un procedimiento de control único, dada la diversidad de medios en que debería ejecutarse, considerando la extensión y variables que el país presenta. No tendría sentido un dispendio del estado para supervisar su ejecución en zonas alejadas o con escasa población, donde se puede delegar en las propias autoridades institucionales. Esta disposición debe ser lo suficientemente amplia, para permitir su adecuación a las condiciones muy diversas de un país federal, extenso, con climas y regiones muy diferenciadas y con provincias con recursos y presupuestos también dispares. 3. Tampoco será el juez en que deba procurar las pruebas del cumplimiento de esta pena, lo que constituiría una enorme sobrecarga de trabajo para los jueces de ejecución y para su personal, sino que el propio penado estaría obligado a presentarle el juez la documentación que acredite su cumplimiento y que, en cada caso, sería expedida por la autoridad encargada del control o en la que se haya delegado éste. 4. Este inciso es breve, pero encierra tres ideas básicas: a) La primera es la humanidad de la pena: el trabajo debe ser adecuado a la capacidad y habilidades del condenado, o sea, que no se le puede exigir que haga algo inadecuado a sus condiciones físicas y de entrenamiento. Esto no impide que el propio trabajo pueda servir de entrenamiento para la adquisición de nuevas habilidades, siempre dentro del respeto debido al principio de humanidad de las penas. b) En segundo lugar, lo que es muy importante, es que no afecte su dignidad. Con esto queda excluida la posibilidad de imponer trabajos estigmatizantes o denigrantes. Sabemos que la vergüenza se postula por algunos criminólogos contemporáneos como un medio de resocialización, lo que es bastante discutible, aunque en algunas sociedades muy desarrolladas tiene un sentido particular que puede ser atendible. De cualquier manera, la shame que se postula por algunos criminólogos, es la promoción del sentimiento de vergüenza del propio penado por la conducta

realizada, y en modo alguno un avergonzamiento público ni el restablecimiento de la picota columna infame. No obstante, no es bueno consagrar estos objetivos en forma expresa, por los riesgos que implican las posibles desviaciones en el entendimiento que estas palabras podrían tener en un país con tantas competencias y sin una casación unificadora. Por ende, debe quedar claro que la pena que se propone consiste en un trabajo útil, pero que en modo alguno sea vergonzante para el penado. No será público cuando esto pueda parecer infamante o denigrante: sería inadmisibles que se condene a un médico a que lleve públicamente equipajes en una estación ferroviaria, por ejemplo. La autoestima del penado debe salir ilesa de esta pena, cuyos objetivos son sólo la contramotivación y el desarrollo de su sentido de solidaridad. c) Por último, la pena no debe afectar en lo posible la vida normal del penado y, menos aún, su existencia futura. Por consiguiente, el juez velará porque esta pena no perjudique su actividad laboral ni sus perspectivas de continuidad en ella, lo que, por otra parte, sería trascendente para su familia. 5. Si bien no se regula el control del cumplimiento de la pena, no es menos cierto que éste no puede delegarse en organismos policiales. Estos organismos no tienen esa función ni están preparados para ella y, además, el control ofrece un nuevo campo de arbitrio que no es bueno delegar en las policías, pues todo aumento de sus facultades de arbitrio abre un nuevo abanico de posibilidades de recaudación autónoma, difícilmente controlables por los jueces y fiscales. Semejante delegación, correría el riesgo de aumentar los problemas de seguridad en lugar de contribuir a resolverlos. Por otra parte, el control debería llevarse a cabo con la mayor discreción posible, lo que es poco compatible con el control policial, que siempre resulta en alguna medida estigmatizante y afecta la autoestima del penado. Esto no excluye que si, ocasionalmente, se le asignase al penado la tarea de pintar una dependencia policial, por ejemplo, sea la autoridad de ésta la que deba certificarle la prestación de ese trabajo, pues lo que se prohíbe únicamente es la delegación institucional del control.

ARTÍCULO 28. Del cumplimiento de instrucciones judiciales.

1. La pena de cumplimiento de instrucciones judiciales consiste en la sujeción a un plan de conducta en libertad, elaborado por el juez con intervención del penado. Las instrucciones deberán estar vinculadas al hecho punible y el plan podrá contener las siguientes directivas:

- a) Fijar residencia.
- b) Observar las reglas de inspección y de asistencia establecidas por el juez.
- c) Dar satisfacción material y moral a la persona afectada en la medida de lo posible.
- d) Adoptar un trabajo u oficio, a su elección o que le fuere provisto, o una actividad de utilidad social adecuada a su capacidad.
- e) Concurrir a actividades educativas o de capacitación.
- f) Someterse a un tratamiento o control médico o psicológico.
- g) Abstenerse de concurrir a ciertos lugares o de relacionarse con determinadas personas.
- h) Abstenerse del consumo abusivo de bebidas alcohólicas o estupefacientes y aceptar los exámenes de control.

2. El juez podrá modificar las instrucciones durante la ejecución de la pena, con intervención del penado.

3. Las instrucciones no afectarán la dignidad del penado, su ámbito de privacidad, sus creencias religiosas o sus pautas de conducta no relacionadas con el delito. Tampoco se impartirán instrucciones que importen el sometimiento a tratamientos invasivos o que impliquen una intervención en el cuerpo del penado.

4. El condenado estará obligado a acreditar ante el juez el cumplimiento de las instrucciones, cuyo control será ejercido por éste con la asistencia de inspectores y auxiliares.

5. El inspector elevará al juez un informe mensual sobre el cumplimiento de las instrucciones y de las restantes penas conjuntas, si las hubiere; el auxiliar

ayudará al penado a cumplir las instrucciones y las restantes penas conjuntas. Estas funciones no podrán delegarse en los organismos policiales o fuerzas de seguridad, ni en los funcionarios encargados de la seguridad de los institutos penales.

ARTÍCULO 28. Del cumplimiento de instrucciones judiciales ... 1. Esta alternativa es de fundamental importancia y la más difundida. Se hace notar que no se trata de instrucciones arbitrarias, sino que deben responder a un plan de conducta en libertad y su contenido debe hallarse vinculado al hecho punible, entendiéndose por tal lo más adecuado como contramotivación y para alejar la motivación futura de desviaciones análogas. El plan debería elaborarse con intervención del penado, lo que no significa en modo alguno que éste deba aprobarlo, sino que manifieste su opinión y, de ser posible, resulte de una labor conjunta y acordada del juez y el penado, que debe exponerle las dificultades y facilidades derivadas de sus condiciones personales (por otra parte, sólo por él conocidas) respecto del cumplimiento de las medidas que el juez le proponga. Las instrucciones no son taxativas, pues el juez elegiría entre ellas las que más convengan al caso, aunque siempre en el marco de las enumeradas. a) y b) Fijar residencia, tanto como fijar las reglas de inspección y asistencia, son las condiciones elementales para el control del cumplimiento de las restantes que el juez determine. Además, son las mismas que hoy se establecen para la libertad condicional, salvo el control del patronato, que como institución anticuada se suprime al menos en el texto, dada su ineficacia actual y su necesidad de reemplazo por un cuerpo técnico de ejecución de penas no privativas de la libertad en el orden federal y de la Ciudad de Buenos Aires y por los que dispongan las respectivas autoridades provinciales en sus respectivas competencias. c) Es importante que el penado establezca un contacto con la persona afectada, tanto para satisfacción de ésta, en la medida en que el trato personal acalla la voluntad de retribución, como para que el propio penado dimensione la magnitud del daño que ha causado y, en alguna medida,

de ser posible, se avergüence de su conducta, en el sano sentido antes señalado de sentimiento de autoreproche. Por cierto que no en todos los casos esto será posible, pero cuando fuere factible, no debe perderse la oportunidad de hacerlo, por la importancia que tiene para la conducta futura del penado, además de brindar cierta tranquilidad al sujeto pasivo. d) El penado bien puede estar trabajando o elegir un trabajo remunerado, pero también es posible que no tenga la oportunidad de desempeñarlo. En este último caso le será provisto por el estado, conforme al procedimiento y acuerdos que se celebran entre los poderes judiciales, los ejecutivos y los municipios en el orden federal y en cada provincia. También existe la posibilidad de que el penado no necesite un trabajo remunerado, sea por sus ingresos de otro orden que le permitan vivir con cierta comodidad, por renta o por pensión o jubilación o porque sus familiares le procuren medios de subsistencia. En tal caso no tiene sentido obligarle o imponerle un trabajo remunerado pero, no obstante y según el caso, puede ser útil para su conducta futura asignarle una actividad de utilidad social adecuada a su capacidad, que es lo que prevé la última alternativa propuesta. e) Concurrir a actividades educativas o de capacitación, no sólo en los supuestos en que el penado no haya completado su educación elemental, sino también en otros, cuando parezca conveniente para su mejor desempeño social en el futuro. En la actualidad no basta con la instrucción elemental para obtener posibilidades laborales y, en la medida en que éstas puedan ampliarse en razón de la mejor capacitación de la persona, el juez puede imponerle esa condición. f) El sometimiento a un tratamiento o control médico o psicológico corresponderá no sólo a los casos en que alguna patología afecte la conducta del penado o la condicione desfavorablemente, como también cuando demuestre desidia en la atención de su propia salud, puesto que esto nunca es buen síntoma, dado que denota una autopercepción desvalorada, un signo depresivo o también de autoagresión, que es menester revertir en la medida de lo posible. g) Dependiendo del marco en que haya tenido lugar la conducta, siempre existe un

conflicto y circunstancias, lugares o personas que aumentan su posibilidad de reproducción. La prohibición de concurrir a ciertos lugares o de relacionarse con determinadas personas tiende a evitar la recaída en los mismos marcos conflictivos o problemáticos, alejando al penado de esas circunstancias propiciatorias de las conductas desviadas análogas o vinculadas al hecho cometido. No se trata de una limitación a su locomoción geográfica, lo que sería materia de otras penas, sino de su concurrencia a ciertos lugares (casinos o análogos, espectáculos públicos, deportivos, etc.). h) No se trata de prohibir absolutamente el uso de alcohol o estupefacientes, sino de prohibir su abuso. Es sabido que no puede confundirse el usuario con el dependiente, pues en tanto que el uso puede ser simplemente desaconsejable por razones de salud, la dependencia constituye una patología y el abuso una ocasión de descontrol riesgoso. La prohibición absoluta de su uso no tendría sentido cuando se trate de hechos que nada tienen que ver con un tóxico. El tóxico más criminógeno en nuestro medio es el alcohol, que no requiere caer en dependencia para generar situaciones violentas y hasta letales, pues para ello basta con un abuso, es decir, con un aislado y esporádico estado de embriaguez. De allí que se proponga la prohibición del abuso del alcohol. De cualquier manera, no tiene sentido leer esta condición como una invariable apuesta a un prohibicionismo alcohólico o algo semejante, sino que ella debe estar vinculada cercanamente al hecho o a sus circunstancias o naturaleza, o sea, que se explica en hechos en los que el tóxico haya desempeñado algún papel, o bien, de conductas de violencia física que denoten cierto grado de agresividad y que, por ende, el tóxico pueda actuar como desinhibidor de esos impulsos. Por regla general, no tendría sentido establecer un plan con esta condición para quien haya cometido una falsificación de instrumento privado o librado un cheque sin provisión de fondos. 2. El plan elaborado por el juez no puede ser inmutable, sino que debería modificarse según los resultados que vayan emergiendo de los informes periódicos y de la evolución judicial del comportamiento del penado. Se insiste en la necesaria intervención del penado,

fundamentalmente para ilustrar al juez en cuanto a sus condiciones personales y posibilidades para el cumplimiento del plan. 3. Es importante señalarle al juez que las instrucciones no deben afectar la dignidad del penado, en el sentido de que no pueden lesionar su autoestima ni resultar estigmatizantes, pues todo eso, además de lesionar principios básicos, tiene un efecto contraproducente sobre la conducta futura de la persona. Tampoco pueden invadir ámbitos de privacidad, debe respetarse su autonomía de conciencia, sus creencias religiosas y sus pautas de conducta social no vinculadas con el delito. El penado no queda sometido al juez en su persona, sino en la medida necesaria para ajustar su conducta a derecho, lo que bien puede hacer sin modificar sus valores aceptables dentro del pluralismo cultural de nuestra sociedad. El juez no puede hacer dominantes sus valores personales, provenientes de su pertenencia de grupo, de clase, etc., sino respetar los del propio penado en la medida en que poco o nada tengan que ver con el hecho cometido. El juez no puede intervenir en la orientación sexual del penado, en sus relaciones íntimas, como tampoco en las decisiones de su vida personal que no tengan que ver directamente con las circunstancias del hecho o que sean imprescindibles para evitar nuevos conflictos. El penado sigue siendo dueño de su destino como ser libre y dotado de conciencia moral y, si bien en el diálogo nadie puede prohibirle al juez la posibilidad de brindarle consejos, eso es algo muy diferente a impartirle instrucciones obligatorias como cumplimiento de pena. En cuanto a los tratamientos, no debe impartirse una instrucción que someta al penado a una intromisión en su cuerpo, como una intervención quirúrgica, por ejemplo. En este aspecto el penado conservaría la misma autonomía que el ciudadano común frente a la posibilidad de un tratamiento quirúrgico o de naturaleza semejante. Por tratamientos invasivos deben entenderse no sólo los físicos, sino también los psíquicos, como pueden ser los reflexológicos, narcoanálisis y análogos. Los psicoanalíticos no entran en esta prohibición, porque por definición son de imposible cumplimiento sin el previo acuerdo total del paciente. 4. A efectos de descargar a los jueces de la tarea de

procurar la información acerca del cumplimiento de las instrucciones, se proyecta que sea el propio penado quien acredite en cada caso su cumplimiento y el juez se limite a disponer el control por medio de inspectores y asistentes, en el entendimiento de que el control periódico dista mucho de la verificación acabada del cumplimiento, que requiere mayores elementos de juicio. 5. Se distinguen nítidamente las funciones del inspector y del auxiliar de prueba. En tanto que el inspector es quien controla al penado, tanto en la pena de cumplimiento de instrucciones como en las restantes penas conjuntas, el auxiliar sería quien le ayuda a su cumplimiento. Las funciones deben distinguirse, pues el diálogo y la comunicación es diferente con quien presta ayuda que con quien controla, y la confusión de ambos roles puede acarrear como consecuencia que para ocultar o disimular incumplimientos nimios, el penado incurra en otros más graves o incluso en infracciones mayores. En la medida en que éste cuente con un auxiliar, obligado a la ayuda y al secreto profesional, se establece una relación de confianza y sinceridad mediante la cual estos riesgos se neutralizan. Por las mismas razones que ninguna de las otras penas alternativas pueden ser controladas ni ejecutadas por la policía ni por los funcionarios de seguridad de los establecimientos penales, con mayor razón esta prohibición debe mantenerse en esta pena, dadas las características particulares de ella. Además, toda intervención de personal uniformado tiene un efecto estigmatizante en el vecindario, en el barrio, en el trabajo y en todos los ámbitos en que actúa el penado, lo que le reduce su espacio social. Por otra parte, el penado debe sentir que se está alejando de los organismos represivos, lo que requiere una diferencia objetiva en cuanto al personal interviniente. Esto no significa que administrativamente el personal no pueda depender de la misma autoridad, pero debe permanecer separado de los de seguridad y en un cuerpo especial o diferente. Sería conveniente advertir al juez sobre el estricto cumplimiento de esta prohibición, cuyo desconocimiento puede desvirtuar todo el sentido de esta pena y de todas las alternativas.

ARTÍCULO 29. De la multa reparatoria.

1. La pena de multa reparatoria obligará al condenado a pagar a la víctima o a sus derechohabientes una suma de dinero o una parte de sus ingresos mensuales, provenientes de su trabajo o de su renta.
2. Conforme a la gravedad del daño inferido por el delito, se fijará un porcentaje mensual que no excederá de la tercera parte de los ingresos del condenado, y por un período no mayor de un año, o una suma total equivalente. Esta pena sólo se aplicará si la víctima o la familia de ésta la aceptaren. En caso de mediar reparación civil, la multa reparatoria se tendrá como parte de ésta.

ARTÍCULO 29. De la multa reparatoria ... 1. En alguna medida la multa reparatoria es una reminiscencia de la vieja composición, por lo que es criticada por algunos autores. Sin embargo, la composición es un modo tradicional de resolución de conflictos y, por cierto de gran eficacia, aún vigente entre muchos de nuestros pueblos originarios y cuya capacidad resolutoria no se ha extinguido por completo en nuestra cultura. Si bien la experiencia no puede trasladarse a los medios urbanos ni a la totalidad de los conflictos penalizados, lo cierto es que en muchos casos puede significar una buena solución, sobre todo porque involucra a la víctima y contempla su interés, o sea, la recupera parcialmente de la confiscación del conflicto. Por otra parte, se trata de una pena que no recarga el presupuesto estatal. Por supuesto que esta pena requiere el consentimiento del sujeto pasivo, pues si éste se niega a recibir el dinero de la multa reparatoria no será posible obligarle. Así se lo prevé en forma expresa en el inciso 3º. Su aplicación parece aconsejable en los casos en que el penado no dispone de dinero en el momento para proceder a resarcir a la víctima, pero tiene -o adquiere- buenas condiciones laborales que le permiten estos pagos mensuales.

2. La multa reparatoria puede llegar a tener un volumen considerable, por lo que conviene fijarle un límite, que consideramos prudente establecer en la tercera

parte de los ingresos del condenado, sin exceder de un año. Si el condenado quisiera pagarla en una única suma, tampoco se puede negar esta posibilidad que, en definitiva también beneficiaría a la víctima. 3. Cabe observar que el monto y la duración no se fijan conforme a la fortuna del penado, sino a la gravedad del hecho. De cualquier manera, es bueno fijarle también un límite máximo, que en el texto propuesto queda implícito, tanto como resultado de la limitación del inciso anterior como por el monto de la reparación civil que podría exigirse al penado. Dado que la multa reparatoria tiene precisamente el carácter que su nombre indica, es parte de la reparación civil y no podría exceder de ésta, por lo cual en el supuesto en que la víctima la reclamase en el proceso penal o en un proceso independiente, lo abonado en razón de esta pena debiera serle descontado como parte de aquélla.

ARTÍCULO 30. Reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas.
Disposiciones generales.

1. El juez podrá reemplazar la pena de prisión o lo que falte por cumplir de ella, por igual tiempo de una o más penas alternativas.
2. Estas penas se aplicarán separada o conjuntamente, por igual tiempo, y podrán ser modificadas durante la ejecución.
3. El reemplazo se cancelará y se cumplirá el resto de la pena en prisión, cuando el penado cometiere un nuevo delito conminado con prisión.
4. Si cometiere un nuevo delito no conminado con prisión o incumpliere las penas alternativas, el juez, según la gravedad del incumplimiento y la predisposición del penado, podrá disponer conforme al inciso anterior o establecer un nuevo reemplazo.
5. El juez deberá tener especialmente en cuenta la situación del penado cuando:
 - a) Tuviere más de setenta años.
 - b) Fuere una mujer embarazada.
 - c) Tuviere a su cargo una persona con discapacidad.

d) Fuere madre encargada de un menor de diez y ocho años o padre como único encargado, atendiendo al interés superior de aquél.

ARTÍCULO 30. Reemplazo de prisión por penas alternativas ... 1. El inciso primero habilita el reemplazo de la pena de prisión por una o más alternativas, por igual tiempo al de prisión o por lo que quede por cumplir de la prisión, según los casos. Esto indica que la pena de prisión marca el máximo de la pena, aun cuando sea reemplazada por alternativas, que nunca pueden implicar una extensión de pena en perjuicio del penado. El juez puede combinar las penas alternativas en la forma que lo considere más conveniente en el plan que elabore. Dada la plasticidad de la evolución del caso, las puede modificar en el curso de la ejecución. Queda claro que la ejecución de estas penas es de exclusiva competencia jurisdiccional y no puede delegarse en la administración. Toda decisión a este respecto compete únicamente a los jueces. Es obvio que la aplicación de estas penas requiere de un juez de ejecución, por lo cual tanto en el orden federal como nacional y provincial, deberá cuidarse la designación de una magistratura de ejecución idónea y, en las competencias en que el volumen de conflictividad no lo justifique, individualizar y formar a los jueces encargados de la ejecución que a la vez desempeñen otras tareas jurisdiccionales. 3) 4) Se prevén dos hipótesis diferentes: si el penado cometiere un nuevo delito penado con prisión, ineludiblemente las penas alternativas cesan y se cumple el resto en prisión efectiva; si cometiere un delito no penado con prisión o incumpliere las penas impuestas, sería el juez quien determine el efecto de tales infracciones, eligiendo entre el cumplimiento del resto de la pena en prisión o fijarle nuevas penas alternativas, reformulando el plan. En caso de cancelación de las alternativas, cuando el juez resuelve el cumplimiento en prisión del resto de la pena, lo que debe cumplir el penado es la pena de prisión que le resta a partir de ese momento y no la totalidad de la pena prisional, puesto que hasta el momento de la infracción habría estado cumpliendo una pena. El actual sistema con la

libertad condicional tiene el inconveniente de que prolonga el tiempo de pena y, si bien las condiciones de la libertad condicional vigente no son muy pesadas, lo cierto es que en el sistema que se propone, las penas alternativas importan una carga mucho mayor que, de alguna manera debe tenerse en cuenta como cumplimiento, en la medida en que el penado las hubiere cumplido y no se hubiese declarado la necesidad de su cancelación. 5. Sin pretender limitar el ámbito valorativo propio del juez, se le indica que debería tener especialmente en cuenta cuatro situaciones particulares, sin desmedro de las otras que, conforme a los principios generales y a las directivas constitucionales, considere que sean pertinentes. De las cuatro circunstancias que se mencionan, la primera está referida a una condición individual de la persona, que es su edad mayor de setenta años. Obedece a varias consideraciones: la probable fragilidad física y los especiales cuidados médicos y sanitarios derivados de ésta, la dificultad para adaptarse a una población penal de jóvenes, los problemas que las personas mayores ocasionan a la propia administración penitenciaria -no del todo preparada para personas de esta faja etaria- y las menores expectativas de vida. Las otras tres circunstancias hacen al principio de intrascendencia o personalidad de la pena, cuando se corre el riesgo de que sus efectos operen de modo negativo sobre el feto o sobre menores o incapaces. Si bien el principio de intrascendencia se halla consagrado en el artículo 1º, inciso 2º, apartado d), se lo ratifica específicamente en el caso, lo que no es sobreabundante, toda vez que nuestra jurisprudencia penal muchas veces ha incurrido en el error de atenerse a criterios exegéticos o a aplicaciones incorrectas -por no decir inversas- en materia de legalidad estricta.

Hago un alto en las transcripciones para advertir que el artículo que sigue (31) es de suma importancia y trascendencia, en razón que “elimina” los institutos de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. El primero, que en el Código actual aparece en el artículo 26, es reemplazado por el inciso 1º del

artículo 31 del Anteproyecto, y el segundo, que en el Código vigente se plasma en el artículo 13, es modificado a partir del inciso 2° del artículo 31.

ARTÍCULO 31.- Reemplazo de la pena de prisión.

1. El juez podrá reemplazar parcial o totalmente cualquier pena de prisión que no exceda de tres años.
2. La pena de prisión que exceda de tres años y que no supere los diez, se podrá reemplazar después del cumplimiento de la mitad de su duración.
3. Se podrá reemplazar sólo después de cumplidos dos tercios de la pena, si el agente hubiere sufrido pena de prisión o su reemplazo como condenado en los cinco años anteriores a la comisión del hecho.
4. La pena de prisión mayor de diez años se podrá reemplazar después de cumplidos los dos tercios de su duración.
5. En los casos señalados en el inciso 5° del artículo 30°, el plazo de cumplimiento de pena de pena requerido para el reemplazo del inciso 3°, se reduce a un tercio; y el del inciso 4° a la mitad.
6. Cuando se trate de penas mayores de tres años impuestas por delitos del Título I del Libro Segundo de este Código, [se refiere al genocidio, desaparición forzosa de personas, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen de agresión -8bis del Estatuto de Roma-, y la conspiración-arts. 64 al 75-] o en razón de las circunstancias establecidas en el inciso 4° del artículo 18°, deberá requerirse opinión fundada del Ministerio Público. En estos supuestos, el juez sólo podrá disponer el reemplazo, previo informe de tres peritos como mínimo, designados por el juez, y propuestos por el propio juez, el Ministerio Público y la universidad nacional más cercana.

Explica en su Exposición de Motivos (al inicio del artículo 30 pero me pareció más claro insertarlo aquí, por el modo en que se viene desarrollando la idea) que como Regla General: “...el cuadro referido a la pena de prisión y a sus alternativas que

propone el Anteproyecto responde a los diferentes grados de esta pena que, obviamente, corresponden a la diversa magnitud del delito cometido, según la magnitud del contenido ilícito (afectación del bien jurídico) y de la culpabilidad que la respectiva pena pone de manifiesto. Según este orden de gravedad se regulan las sustituciones, en particular en cuanto a los plazos y condiciones para el reemplazo por las penas alternativas. (a) De menor a mayor, la menos grave es la pena que no excede de tres años y que podría reemplazarse desde el primer momento, según lo dispone el artículo siguiente. (b) Le siguen las penas de mediana gravedad, entre tres y diez años, en que lo regular es que la pena pueda reemplazarse después de la mitad de cumplimiento en prisión. (c) Las penas graves son las mayores de diez años, es decir, las penas entre diez años y un día y treinta años. Lo común sería que éstas se puedan reemplazar después de cumplidos los dos tercios. (d) Por último, cualquiera sea la entidad de la pena mayor de tres años, cuando mediaren circunstancias de máxima gravedad (inciso 4º del artículo 18º), se hace aconsejable tomar mayores precauciones para proceder al reemplazo.”.

ARTÍCULO 31. Reemplazo de la pena de prisión ... Correlaciones: arts. 73º a 74º Cód. 1886 (derecho a pedir gracia para los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, luego de quince años de condena si en los últimos ocho hubiesen dado pruebas de reforma positiva; para los condenados por tiempo determinado, después de las dos terceras partes de su condena si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva) ... arts. 13º a 17º y 26º a 28º Cód. 1921 ... 1. El juez podrá reemplazar la pena de prisión que no exceda de tres años en su totalidad, o sea, desde el comienzo de su ejecución. De esta manera se evita la contaminación carcelaria y el consiguiente efecto lesivo de la autoestima del penado. No cabe descartar supuestos en que el juez considere inconveniente la sustitución desde el comienzo de la ejecución, por razones que sean atendibles, como sería el caso en que el penado manifieste -o su conducta pusiere de manifiesto- que no solo no

se muestra arrepentido del hecho, sino dispuesto a reiterarlo o a producir otro más grave. Si bien puede pensarse que estas son situaciones excepcionales y que nadie en su sano juicio haría semejante manifestación ni daría lugar a que su conducta la refleje, lo cierto es que la realidad es mucho más rica que la imaginación. 2. Para la pena de mediana gravedad, o sea, la que se halla entre tres años y un día y diez años, se propone habilitar su reemplazo una vez cumplida la mitad en prisión. Se considera prudente distinguir estas penas de las graves o superiores a los diez años, lo que no representa ningún beneficio, sino sólo el reconocimiento de la diferente gravedad de la infracción, que de alguna manera debe tenerse en cuenta a los efectos de la ejecución. Se proyectan dos excepciones a la regla general respecto de la pena que se puede reemplazar después de cumplida la mitad en encierro, aunque ambas tienen un sentido inverso, o sea, una posterga la posibilidad del reemplazo y la otra lo abrevia: 3. Por la primera, no se la podría reemplazar por lo menos hasta que se hayan cumplido dos tercios de la pena en prisión, cuando el condenado haya estado cumpliendo pena de prisión o su reemplazo en los cinco años anteriores. Se precisa que debe tratarse de cumplimiento como condenado, no bastando con que haya estado en prisión, dadas las dificultades que ha traído la interpretación de la legislación vigente en materia de reincidencia, plétórica de contradicciones e incluso forzando in malam partem la letra de la ley. No se trata de un agravamiento por reincidencia, instituto que desaparece disuelto en disposiciones de esta naturaleza. La reincidencia importa la agravación de la pena de un delito posterior en razón de la comisión de uno anterior y por el que ya ha sido condenado y ha cumplido pena. Lo que se propone es una cuestión referida sólo a la ejecución de la pena, que no altera su extensión ni cancela del todo la posibilidad de reemplazo, sino que toma precauciones mayores en cuanto al momento de éste. Quien ha sido condenado a pena de prisión y ha cumplido todo o parte de esta pena y, en un tiempo no muy prolongado, o sea, a menos de cinco años del cumplimiento de ella, comete un nuevo delito de cierta gravedad,

requiere que se lo trate con mayor desconfianza en cuanto a su conducta futura. Obsérvese que no se propone que esta limitación sea obligatoria para el juez en el caso de las penas hasta tres años, pero tratándose de penas superiores y hasta diez años, la situación cambia: el hecho mismo de la comisión de un delito de mediana gravedad está poniendo de manifiesto una considerable asunción del rol desviado. El inciso 4º trata de las penas graves, o sea, las mayores de diez años, donde la regla general que se propone es la prohibición de reemplazo hasta el cumplimiento efectivo de los dos tercios en prisión. 5. Cuando la pena corriese el riesgo de trascender gravemente a terceros o de traducirse en un agravamiento por condiciones personales, como sucede en los casos del inciso 5º del artículo 30º, se habilita al juez para disponer de un ámbito de decisión más amplio, por lo que se le faculta a que considere la posibilidad del reemplazo desde el cumplimiento efectivo de un tercio de la pena de prisión (para el supuesto del inciso 3º). No obstante, también en los casos de riesgo de trascendencia o de agravamiento del inciso 5º del artículo 30, se confiere al juez un mayor ámbito de valoración, abriendo la posibilidad del reemplazo una vez cumplida la mitad de esa pena (para el supuesto del inciso 4º). En todas las penas mayores de tres años y que hubiesen sido impuestas en función de circunstancias de máxima gravedad (inciso 4º del artículo 18º del presente anteproyecto), no se ha considerado prudente ampliar el plazo para que el juez quede habilitado a disponer el reemplazo, porque las apuntadas circunstancias habrían operado con anterioridad en la pena, determinando una mayor extensión de ésta. Sin embargo, como por lo general -aunque no necesariamente- se trata de hechos de especial gravedad, se ha creído necesario rodear el reemplazo de particulares condiciones. En principio, si bien lo normal sería siempre la intervención del ministerio público, en razón de la disparidad procesal se ha preferido consignarlo expresamente. En segundo término se ha decidido que el juez sólo pueda proceder al reemplazo después de disponer del informe de tres peritos, designados respectivamente por el propio juez, por el ministerio público y por la

universidad nacional más próxima. Esta disposición se proyecta después de discutir varias dudas en el seno de la Comisión. Por un lado, ha pesado la responsabilidad legislativa de prever medidas prudentes antes de proceder al reemplazo de penas por hechos de gravedad máxima, pero también han pesado las dificultades creadas a los jueces por los medios masivos de comunicación y su repercusión política. Ambas consideraciones aconsejan que una comisión plural de expertos ilustre el eventual reemplazo decidido por el juez. Por un lado, no puede privarse de un reemplazo al penado que es merecedor de éste; por otro, no puede cargarse al juez con la responsabilidad de cualquier conducta imprevisible que esa persona pueda realizar una vez reemplazada la pena de prisión; y, finalmente, tampoco puede permitirse ninguna eventual aplicación automática o no suficientemente meditada del reemplazo. Queda claro que la responsabilidad por el reemplazo es de la total valoración judicial, o sea, que el informe de la comisión de expertos no es vinculante para el juez, aunque cabe pensar que rara vez éste se apartará del mismo. No obstante, es muy diferente exigir la ilustración del juez a una transferencia de la potestad jurisdiccional a la comisión de expertos. La demora que pueda causar el nombramiento de los expertos y su dictamen es un riesgo menor, que bien puede ser neutralizado con la iniciación del trámite con suficiente anticipación al vencimiento del plazo de prisión efectiva, considerando que, por lo general se trata de penas de prisión algo prolongadas.

ARTÍCULO 32.- Criterio para la determinación de los reemplazos.

1. Para determinar los reemplazos del artículo precedente, el juez tendrá en cuenta la capacidad y disposición del penado para asumir seriamente el compromiso de adecuar su conducta a las normas correspondientes y, en particular, para evitar cualquier comportamiento violento.
2. Para evaluar estas circunstancias, el penado y el Ministerio Público podrán ofrecer y el juez requerir de oficio los peritajes o informes que fueren conducentes.

3. Cuando el juez no hiciere lugar al reemplazo, el penado podrá volver a solicitarlo después de un año de la denegatoria firme.

4. Respecto de las decisiones acerca de los reemplazos rige lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 20º.

ARTÍCULO 32º Criterio para la determinación de los reemplazos ... El reemplazo de la prisión es procedente cuando el preso se compromete a conducirse de la manera que acuerda con el juez. Se trata, en el fondo, de establecer una relación de confianza entre el juez y el penado. Es sabido que cuanto más estrecho es el vínculo del preso con las autoridades penitenciarias, menos condiciones de seguridad son necesarias, pues se establecen compromisos de convivencia. El criterio del reemplazo pertenece a la misma naturaleza, sólo que extendido al juez. Es el juez quien debe valorar si el preso está en condiciones de asumir ese compromiso o si, por el contrario, defraudará su confianza, no sólo en perjuicio suyo sino también de otros que pueden aspirar al reemplazo, porque su traición a la confianza judicial puede determinar un mayor nivel general de desconfianza por parte del juez. En definitiva, el reemplazo debe depender de las condiciones personales que el juez encuentre en el preso para hacerlo depositario de su propia confianza y a la vez responsable frente a todos los otros penados que también pueden aspirar al reemplazo, o sea, en la capacidad del preso para desarrollar y asumir este sentido de responsabilidad. Esta valoración no puede quedar sujeta sólo al grado de disposición personal del juez para creerle al penado. Por lógica debe discutirse, para lo cual el juez puede solicitar todos los informes, documentación y opiniones técnicas que considere conducentes, pero también el ministerio público, la defensa y el propio penado pueden aportar esos elementos de juicio, tal como se lo proyecta en el inciso 2º de este artículo. El inciso 3º se ocupa del supuesto en que el reemplazo sea en definitiva denegado. Transcurrido un año desde la fecha en que quede firme la decisión judicial que lo deniega, el preso podrá volver a solicitarlo, en razón de que sus circunstancias

personales pueden haber variado, puede haberse esforzado por adecuar su disposición para asumir el compromiso del reemplazo o pueden haber surgido nuevas circunstancias, dado que se trata de una actitud vivencial que por su naturaleza es dinámica. En razón de la importancia que revisten estas decisiones judiciales, se dispone respecto de ellas lo mismo que se proyecta en el inciso 1º del artículo 20º.

Y la reforma que propicia el Anteproyecto se une directamente con el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por la Ley Nº 27.063 (cabe aclarar que aún no ha entrado en vigencia por cuestiones de "implementación"). Y si bien ninguno de los dos supuestos a los que habré de referirme son penas alternativas, se asocian del algún modo con limitaciones al ius puniendi estatal, teniendo por finalidad la no imposición de la pena de prisión, ni siquiera mínima, a quien ha cometido un delito.

Así, el artículo 22º del Cppn. reza: "Solución de conflictos. Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social."

A su turno, el artículo 30º establece: "Disponibilidad de la acción. El representante del Ministerio Público Fiscal puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos:

- a. criterios de oportunidad;
- b. conversión de la acción;
- c. conciliación;
- d. suspensión del proceso a prueba.

No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de

un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal.”.

El criterio de oportunidad se introduce en el artículo 31 que señala: “...Los representantes del Ministerio Público Fiscal podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes:

- a. si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;
- b. si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;
- c. si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena;
- d. si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.

Y la conciliación se fija en su artículo 34: “...Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo

acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.”.

Otro concepto que si bien no se vincula, como se dijo supra, en forma directa con las penas alternativas, sí merece ser citado aquí, ya que “avanza” en el concepto de la potestad punitiva del Estado, en razón de que el citado Anteproyecto “convierte” en delitos de acción pública dependientes de instancia privada, a muchos ilícitos que hasta hoy, en el Código Penal de la Nación vigente, son de acción pública. Y ello también será un progreso para nuestra legislación penal.

En el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, su artículo 43, reza:

“Acciones públicas dependientes de instancia privada

1. Son acciones públicas dependientes de la previa instancia privada las que nacen de los siguientes delitos:

a) Los establecidos en los artículos 126º y 127º de este Código, siempre que no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas (artículo 93º).

b) Lesiones leves, sean dolosas o culposas.

c) Amenazas y coacciones (artículos 115º, inciso 1º y 116º, inciso 1º).

d) Hurto simple (artículo 140º, inciso 1º). Robo con fuerza en las cosas (artículo 141º, inciso 1º, primer supuesto).

e) Estafas y otras defraudaciones (artículos 143º, 144º, 145º inciso 1º, apartados a), b) y c), y 146º).

f) Cheques sin provisión de fondos (artículo 148º).

g) Los relativos a los derechos intelectuales (artículo 150º), a las marcas y designaciones (artículo 151º), y a los modelos y diseños industriales (artículo 152º).

h) Insolvencias punibles (Título VII, Capítulo X).

i) Daños (artículo 162º, incisos 1º y 2º).

j) Los vinculados con los fraudes al comercio y a la industria (artículos 165º, inciso 1º, apartado b), e inciso 2º).

k) Incumplimiento de deberes de asistencia (artículo 138º, inciso 1º, apartados a, b y c).

l) Obstrucción o impedimento de contacto y desobediencia de órdenes judiciales (artículo 139º).

ll) Violación de domicilio (art. 117º).

2. En tales casos se procederá a formar causa sólo si mediare denuncia de la persona directamente ofendida o de sus representantes legales. Los menores podrán formular denuncia desde los diez y seis años.

3. El fiscal procederá de oficio cuando el hecho fuere cometido contra un menor de diez y seis años o un incapaz que no tuvieren representantes, o si lo hubiere realizado uno de éstos.

4. Si existieren intereses contrapuestos entre alguno de los representantes y el menor o incapaz, el fiscal deberá actuar de oficio si resultare más conveniente para el interés de éstos.

5. Cuando cesare la incapacidad o el menor cumpliere los diez y seis años, podrán desistir de la acción promovida por su representante o, en su caso, por el fiscal.”.

La simple comparación entre el Código Penal vigente y el Anteproyecto, demuestra que este último ha incorporado, como acciones dependientes de instancia privada y no ya acciones públicas, a los siguientes delitos: hurto simple, amenazas y coacción, estafas y otras defraudaciones, cheques sin fondos, los derechos de propiedad intelectual e industrial, la insolvencia punible, daños, fraudes al comercio y a la industria, y la violación de domicilio.

Ello así, debido a que en la actualidad, únicamente, conforme lo ordena el artículo 72 del Código vigente, son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: los previstos en los artículos 119, 120 y 130 (esto es, abusos sexuales, violación, y la sustracción y retención de una persona con la intención de menoscabar su integridad sexual), siempre que no resultare la

muerte o lesiones gravísimas en la persona ofendida; las lesiones leves, sean dolosas o culposas; y, finalmente, el impedimento de contacto con los hijos menores con sus padres no convivientes.

Como se ve, el Anteproyecto deja librado al criterio y voluntad de la persona directamente ofendida el inicio de la acción penal. Sin dudas nada tiene que ver con las penas alternativas, pues, no guarda puntos en común ni en su génesis, ni en su "ratio legis" y, además, como se ha visto, tampoco reúne alguno de sus requisitos; sin embargo, sabido es que en los casos de acciones públicas dependientes de instancia privada, subyace, casi siempre (con exclusión de los casos de abuso sexual o de tinte sexual), algún tipo de conciliación privada e indemnización o reparación del daño que finalmente decide la suerte de la promoción (o no) de la acción penal, y ello se vincula directamente con la imposición de una pena, pues, sin juicio penal no hay sanción.

En definitiva, de manera hermenéutica y dentro de un análisis global, se advierte que el Anteproyecto en su conjunto y el Código Procesal Penal (mediante el criterio de oportunidad, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba) buscan mecanismos más modernos, ya sea con penas sustitutas o con procedimientos alternativos en pos de no estigmatizar al infractor al momento de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible.

XIII. Conclusiones.

En el Medioevo fue la lepra el mal que había que extirpar de la sociedad, razón por la cual los enfermos fueron enviados al "leprosario". A partir de entonces debieron encontrarse otros "enemigos" ya que la exclusión social está en la naturaleza del hombre. No tardó demasiado la búsqueda y, rápidamente, el lugar de los leprosos fue ocupado por los pobres, los vagabundos, los inmorales, y los locos, entre otros; es decir, los "peligrosos" y, por tanto, merecedores del encierro.

Quizás los locos tuvieron mejor suerte porque muchos de ellos fueron embarcados hacia destinos inciertos, mientras que los delincuentes fueron encerrados en condiciones infrahumanas para ser vistos por el resto con una doble finalidad: aterrorizar al pueblo y demostrar el poder del soberano. Precisamente las órdenes de detención emanaban de él y recién hacia los siglos XVIII y XIX se empieza sostener la idea que la cárcel tenía por finalidad la rehabilitación más que el castigo, pero olvidando que los métodos que llevaron a cabo para esa tarea distaban demasiado de la palabra dignidad.

Y si bien han pasado algunos centenares de años, en la actualidad aún se discute el fin de la pena, la cadena perpetua, los máximos para la pena de prisión, los métodos de rehabilitación y readaptación, así como también la libertad condicional.

Montesquieu definió el despotismo como aquella forma de gobierno en que uno solo gobierna, sin otra ley más que su voluntad y capricho. El término tiene su origen en la palabra italiana "déspota", es decir, soberano que gobierna sin sujeción a ley alguna. Y si bien se pretendía mejorar las condiciones de vida de sus súbditos, la frase que supo acuñar *"Todo para el pueblo, pero sin el pueblo"*, define sus ideas y sus fines.

Finalizando este artículo, con inmenso pesar, debo concluir afirmando que si bien han pasado más de dos siglos de esa forma de gobierno, pareciera, a la luz del nuevo Código penal español, de la pena de prisión permanente revisable, del derecho penal del enemigo, del derecho penal simbólico, de la aún vigente cadena perpetua en el Estatuto de Roma, y de la existencia, en casi todas las legislaciones del mundo, del beneficio a gozar de libertad condicional luego de haber cumplido, al menos, entre 20, 25 ó 35 años de prisión efectiva, que si bien avanzamos en materia de derechos humanos, lo hemos hecho lentamente. Sin dudas se ha adelantado un poco más en cuanto a los derechos de las víctimas, y quizás ése haya sido el error. Mientras seriamente no se piense en la readaptación y resocialización del infractor, y menos aún se legisle en favor de

una reducción de las condenas que permita la obtención de una pronta libertad condicional, así como mayores penas alternativas de la prisión, seguiremos como en el Medioevo “*embarcando a los locos*” a un destino incierto y “*encerrando a los delincuentes*” hacia un idéntico final. Quién sabe si en un futuro no muy lejano, algunos gobernantes de este siglo no habrán de ser embarcados en “*La nave de los necios*”, escrita por Sebastian Brant, abogado, también alemán.

Asesoría Legal y Técnica.