

TEMA III: *PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL*

**TITULO: NOTAS AL ANTEPROYECTO DE REFORMA Y
ACTUALIZACION INTEGRAL DEL CODIGO PENAL**

AUTOR: Dra. MARIA TERESA GARAY (Docente de Derecho Penal I y Derecho de Ejecución Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba – Juez de Ejecución Penal de la Provincia de Córdoba)

Dirección: Jujuy 1487 7º piso Dpto. “B” – 5000 Córdoba

Teléfono: 0351-155281679

Correo Electrónico: mariamgaray@hotmail.com

SINTEISIS:

A partir de la definición político-criminal volcada en los Fundamentos del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal elaborado por la Comisión designada por Res. M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/06, respecto de las consecuencias jurídicas del delito, que consagra el **principio de efectividad de las penas**, y constituyendo tal postulado el horizonte hacia donde se orienta la propuesta en esta materia, se evidencia la necesidad del estudio, análisis y profundización de las reformas consagradas en el Anteproyecto que anotamos.

Se subrayan como lineamientos trascendentes en el tema los que más abajo se enumeran y que serán objeto de análisis en la ponencia, incorporando los que, a nuestro juicio, constituyen argumentos no explicitados, pero que, sin duda alguna, subyacen en el espíritu de la reforma:

- La supresión de la pena de reclusión y de las penas perpetuas (art. 11);
- la reducción del máximo de las penas temporales (art. 11);
- La exclusión de agravantes genéricas;
- La incorporación de alternativas al encierro carcelario con un doble objetivo: a) establecer un sistema de cumplimiento efectivo de penas; b) procurar que la sanción penal tenga un menor impacto en las familias de los condenados, evitando así la estigmatización (arts. 18 ss.)
- El especial énfasis puesto en impedir que persista en el ámbito penitenciario “la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social”;
- La incorporación de penal natural y reducción o eximición de pena para casos de insignificancia;
- La necesaria adecuación de la normativa a parámetros constitucionales, nacionales e internacionales, en la materia;
- La consagración expresa del principio de judicialidad: la ejecución y control de la penas y medidas debe ser competencia exclusiva de los jueces (art. 7);

Por último, se señala la necesidad de continuar con el análisis, estudio, debate y discusión del Anteproyecto, en todos los ámbitos de la comunidad (universidades, colegios profesionales, Poder Judicial, Poder Legislativo; instituciones no gubernamentales, escuelas; etc., etc.) en base a la convicción de las bondades sistemáticas del mismo en todo su alcance y cuyo contenido no puede

subordinarse a la resistencia que generan los cambios, a pesar de la coyuntura en la que este debate se produce, donde la realidad demuestra que existe una criminalidad (no toda) que puede caracterizarse, en muchos casos, como muy violenta, a lo que se suma también la crisis en otros ámbitos como lo son la familia, la escuela e, inclusive, las instituciones mismas, todo lo que contribuye a que la discusión se sustancie en el seno de una comunidad que, por sufrir día a día los embates de la delincuencia, se encuentra atemorizada y predispuesta hacia los discursos de “mano dura”, circunstancia que lejos de desalentarnos en esta tarea, debe motivarnos aún más para ello.

NOTAS AL ANTEPROYECTO DE REFORMA Y ACTUALIZACION INTEGRAL DEL CODIGO PENAL

La primera apreciación que ha de formularse respecto del Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal elaborado por la Comisión designada por Res. M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/06, es que en materia de consecuencias jurídicas del delito, persigue una clara y explícita adecuación del sistema vigente a los postulados, principios y garantías superiores consagradas en la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.

Por ello, la propuesta consagrada en el Título II del Libro Primero, con relación a las PENAS, puede graficarse sólo con una frase o expresión que evidencia el espíritu de la misma, la cual, por sí misma persuade sobre sus bondades, esta es la que postula la necesidad de que: “*todas las penas deben efectivamente cumplirse*”, lo que se ha dado en llamar el principio de efectividad de la penas.

A partir de esta definición político-criminal volcada en los Fundamentos del Anteproyecto, la propuesta toma forma, constituyendo tal postulado el horizonte hacia donde se orienta la reforma: las penas deben efectivamente cumplirse, lo que necesariamente supone establecer una regulación de las mismas, que allane el camino para que ello ciertamente suceda.

Pueden señalarse como lineamientos trascendentes en la materia:

- La supresión de la pena de reclusión y de las penas perpetuas (art. 11);
- la reducción del máximo de las penas temporales (art. 11);
- La exclusión de agravantes genéricas;
- La incorporación de alternativas al encierro carcelario con un doble objetivo: a) establecer un sistema de cumplimiento efectivo de penas; b) procurar que la sanción penal tenga un menor impacto en las familias de los condenados, evitando así la estigmatización (arts. 18 ss.)
- El especial énfasis puesto en impedir que persista en el ámbito penitenciario “la humillación en lugar de una orientación que provea seguridad, respeto a la dignidad humana y una función social”;

- La incorporación de penal natural y reducción o eximición de pena para casos de insignificancia;
- La necesaria adecuación de la normativa a parámetros constitucionales, nacionales e internacionales, en la materia;
- La consagración expresa del principio de judicialidad: la ejecución y control de la penas y medidas debe ser competencia exclusiva de los jueces (art. 7);

Brevemente analizaremos las que a nuestro juicio constituyen las principales modificaciones y propuestas que el Anteproyecto de reforma y actualización del Código Penal presenta en materia de penas privativas de libertad, incorporando los que, a nuestro juicio, constituyen argumentos no explicitados, pero que, sin duda alguna, subyacen en el espíritu de la reforma.

1) PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Se destacan dos cuestiones de suma relevancia: la eliminación de la pena de reclusión y de las penas perpetuas y la reducción del máximo de las penas temporales.

a) Exclusión de la pena de reclusión

Con ello se salvan las críticas y objeciones constitucionales que se vienen planteando a esta especie de pena, respecto de la cual los autores sostienen que la misma se encuentra derogada, y, actualmente, con expreso pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sustenta tal criterio.

En este sentido, la CSJN interviene en forma extraordinaria frente a la queja interpuesta en “Recurso de hecho de deducido por el defensor oficial de Nancy Noemí Méndez en la causa Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado Causa N° 862C”¹, donde resuelve con fecha 22 de febrero de 2005 hacer lugar a la misma declarando procedente el recurso extraordinario, sosteniendo que *«la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la Ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión.»*

¹ Fallo publicado en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal - N° 38.

La cuestión posee actualidad, toda vez que aún existen normas en el Código Penal vigente, como la del art. 24, que evidencia la mayor gravedad relativa de esta pena, al disponer, para el cómputo, que por dos días de prisión preventiva se computará uno de reclusión y por un día de prisión preventiva uno de prisión.

Sin embargo, la Ley 24.660 contiene una serie de disposiciones conforme a las cuales no puede discriminarse, a los efectos de la ejecución de la pena, si se trata de condenado a pena de reclusión o de prisión.

El art. 8 Ley 24.660 expresamente establece que las únicas diferencias en orden a las normas de ejecución “obedecerán al tratamiento individualizado” y no a cualquier otro distingo o discriminación (raza, sexo, ideología, condición social, etc.).

El art. 12 Ley 24.660, en materia de progresividad del régimen, dispone que el “régimen penitenciario aplicable al condenado, **cualquiera fuere la pena impuesta**, se caracterizará por su progresividad” y el art. 57 Ley 24.660, con relación a las normas de trato dispone que a la persona condenada y que deba alojarse en las instituciones previstas por la Ley 24.660 se lo denominará “interno”.

Las normas mencionadas, que pertenecen al ámbito del Derecho Penal sustantivo o material y del Derecho de Ejecución Penal, conjuntamente, se complementan con el común objetivo de poner en acto, frente a la comisión de un hecho delictivo, la potestad estatal de castigar, a la vez, que constituyen un sistema de garantías de protección para el ciudadano frente a tal potestad.

Originariamente la mayor gravedad de la reclusión (la que se correspondería con la antigua de presidio) atendía a la razón histórica de que la pena de presidio se aplicaba a hechos de mayor gravedad objetiva (los llamados crímenes) y se constituía en una pena de las llamadas infamantes (hoy prohibidas en nuestro sistema por mandato constitucional), que importaba como modalidad de su ejecución, la realización de trabajos obligatorios, los cuales no podían imponerse a hombres débiles o enfermos y mayores de 60 años (arts. 6 y 7 CP²).

² Ambos considerados derogados implícitamente por la doctrina. Cfr., entre otros, Donna, Edgardo Alberto; **El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo I**, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 77 y 78.

Este argumento actualmente carece de sustento si se tiene en cuenta que el CP conmina las penas de reclusión o prisión en forma alternativa para los mismos tipos penales en todos los casos.

Esta derogación implícita tuvo su origen en el anterior régimen penitenciario, Decreto Ley 412 de 1958 ratificado por la Ley 14.467.

En este Decreto Ley, encontramos normas de similar alcance que las de la Ley 24.660, *ut supra* referenciadas, como su art. 4 y el art. 15, que al igual que el art. 57 de la Ley 24.660, disponía que “La persona condenada o sujeta a medida de seguridad que se aloje en establecimientos penitenciarios se denominará interno”.

Habiendo quedado sin efecto, por la interpretación conjunta y sistemática, de las normas legales y constitucionales, las diferencias existentes en materia de ejecución de las penas privativas de libertad consagradas en el CP, reclusión y prisión, se eliminan también los fundamentos que permitirían sostener que la pena de reclusión es una pena distinta y más grave que la de prisión, por lo que, la primera se encontraría ya derogada por las normas de ejecución enunciadas.

No obstante ello, aún cuando la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad no hubiera previsto las disposiciones que se han transcripto y que implican la derogación tácita de la norma³, la aplicación de los arts. 6, 7 y 9 CP se encontraría igualmente prohibida por ser absolutamente inconstitucional, así como la de otros que establecerían innecesariamente la mayor gravedad de la pena de reclusión.

Así, la DADDH en el art. XXVI *in fine* prohíbe expresamente la aplicación de penas infamantes, esto es, aquellas que conlleven el descrédito o la deshonra pública como lo eran los trabajos públicos previstos en el art. 6 CP; lo que también se correlaciona con el principio de dignidad de la persona previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11 y con el art. 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que proscribe la aplicación de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por último, no puede dejar de mencionarse, como sustento también de la interpretación sostenida por la Corte, el principio de mínima suficiencia y última ratio del Derecho Penal, conforme al cual las penas a aplicar, en un Estado social y democrático de derecho, deben ser

³ En este sentido, De La Rúa, Jorge; **Código Penal argentino – Parte General**, 2º edición, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág.136.

aquellas que tengan la mayor utilidad posible, en función de la eficacia de la prevención, pero limitando al máximo sus costos.

Del desarrollo efectuado, es fácil advertir que la exclusión de la pena de reclusión del catálogo de penas en el Anteproyecto, posee suficiente sustento no sólo jurídico-constitucional sino también legal y práctico que justifican el acierto de tal decisión.

b) Supresión de las penas perpetuas y reducción de los máximos de las penas temporales

No resulta posible analizar una reforma sin tener presente las implicancias sistemáticas que la misma conlleva.

El largo proceso de la evolución de las ideas penales, nos muestra que desde la Ilustración se viene sosteniendo que la pena justificada es aquella que sea necesaria y la mínima de las posibles teniendo en cuenta la necesidad de prevención de nuevos delitos.

En la actualidad, la concepción del Derecho Penal de mínima intervención y *última ratio* propia de los estados sociales y democráticos de derecho, guía y orienta a todas las legislaciones modernas a la hora de la producción de leyes penales y debe ser el principio rector de los jueces a la hora de aplicar la ley penal.

En esta materia, mucho se ha argumentado con relación a la inconveniencia de la imposición de penas perpetuas o privativas de la libertad de larga duración.

Profundos estudios sobre el asunto, realizados en distintos países, acerca de la ineficacia del aumento del monto de la pena, a los fines disuasorios para la comisión de delitos, demuestran, más bien, que «únicamente el riesgo de descubrimiento (subjetivamente apreciado) y no el aumento de las penas tiene efecto persuasivo, aunque sólo en los delitos de bagatela»⁴.

Por ello, y de efectuarse un análisis sistemático, la concepción de Estado social y democrático de derecho, a la que aludíamos, determina, que necesariamente deben respetarse Derechos Fundamentales básicos, como la son la dignidad de la persona humana, la prohibición de

⁴ Fortete, César; *¿Cuánta punición necesitamos? Sobre el efecto disuasivo del agravamiento de las penas* en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal – , Año I, Vol. 20, pág. 1271. Respecto de esto y específicamente en Editorial vinculada al Anteproyecto que estamos analizando, resulta sumamente ilustrativo la información proporcionada en *Una decisión razonable*, Editorial del Diario La Voz del Interior del domingo 13 de agosto de 2006, pág. 14 A.

penas inhumanas o degradantes y el principio de culpabilidad como único fundamento y límite de la pena.

En este orden de ideas y con este criterio rector, nuestra Constitución Nacional incorpora los Tratados y Pactos internacionales, entre ellos el Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 11 inc. 1 reconoce el derecho a la dignidad de la persona en general y, en particular, si se trata de un privado de la libertad, art. 5 inc. 2.

También la Declaración Americana de Derechos del Hombre en su artículo XXVI, 2º párrafo, consagra el derecho a que no se impongan penas crueles, infamantes o inusitadas.

En el mismo sentido, el Pacto de San José de Costa Rica, en el artículos 5º, 2 y el art. 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíben la aplicación de penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Por ello se ha sostenido que “una de las principales consecuencias que se derivan de la antropología constitucional es la prohibición de las penas perpetuas en sentido estricto. En efecto: el derecho argentino es personalista, o sea, es un instrumento al servicio de la realización de la persona.

Esto implica la adopción del concepto de persona que siempre fue implícito en la Constitución, pero que ahora lo ratifica expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 75 inc. 22). La persona es un ente con autonomía moral, que, por ende, se desarrolla en el tiempo eligiendo –según su conciencia- el bien o el mal, pero este desarrollo y realización en el tiempo hace de ella un ente absolutamente dinámico. Esta concepción de lo humano contrasta frontalmente con conceptos reduccionistas biológicos y semejantes, que fijan al ser humano a un destino o predestinación irreversible. Esa es la razón por la que no pueda admitirse la existencia de ciudadanos penados por vida y ni siquiera señalados o disminuidos por vida. Todas las manifestaciones de la coerción penal deben cesar o tener la posibilidad jurídica de cesar en cierto momento de la vida de la persona, mediante el cumplimiento de determinados requisitos y condiciones de posible realización. En consecuencia, si bien la Constitución argentina no prohíbe expresamente las penas perpetuas éstas están implícitamente prohibidas, al igual que cualquier

consecuencia estigmatizante de una pena que no tenga un término. Es tarea del derecho penal establecerlo cuando la ley no lo hace expresamente”.⁵

También en esta materia es importante destacar que otras Constituciones del mundo expresamente establecen la imposibilidad para el legislador de consagrar penas perpetuas, así la Constitución de Portugal (1982) en su artículo 30, la de Costa Rica, en el artículo 40 y la de Brasil en el artículo 50.

En definitiva, de admitirse en el sistema la existencia de esta clase de penas, -“...ley estaría creando una “capitis diminutio” o la muerte civil, con la consecuencia de que ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible. Esta posibilidad es inadmisibles incluso en los delitos más graves, cualquier sea la teoría de la pena que se sostenga ...”⁶

Además de lo expresado, se ha considerado también que la pena privativa de libertad realmente perpetua, lesiona la intangibilidad de la persona humana, en razón de que genera graves trastornos de la personalidad.

Tal efecto no es privativo de la pena perpetua, sino que se hace extensivo a toda pena privativa de libertad de larga duración, lo que hace posible afirmar también que sobre las mismas, las privativas de libertad de larga duración, cabe también formular objeciones constitucionales en orden a la violación del art. 18 C.N., por asimilarse con los tormentos y los tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, absolutamente prohibidos, además de las implicancias que ellas tienen con relación al objetivo legal y constitucional de reinserción social, toda vez que cuanto más larga sea la duración de una pena privativa de libertad más lejana estará la posibilidad de adecuada reinserción social.

Es claro entonces, que una reforma que consagre o mantenga en el articulado del CP penas perpetuas o de larga duración, suponen un retroceso en el camino recorrido por el Derecho Penal a lo largo de varios siglos, y que, erradamente, y bajo el velo de una solución a la inseguridad creciente, se esté consagrand, de manera encubierta, una vuelta a un derecho penal de autor y

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl; **Derecho Penal – Parte General**, Ediar, Buenos Aires, 2002, págs. 925 y 926.

⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl; op. cit. págs. 944 y 945. En igual sentido, Fortete, César; op. cit., pág. 1271, quien al respecto sostiene “Con relación al efecto que tiene sobre una persona la aplicación de una pena más severa, y siguiendo la hipótesis de que una pena más larga debería tener mayor efecto disuasivo sobre futuras acciones, otros estudios realizados en España muestran que, por el contrario, cuanto mayor tiempo de encarcelamiento sufre una persona, mayor es su probabilidad de reincidir.”

peligrosista, donde se considera a ciertos autores irrecuperables, introduciendo así la idea de la necesidad de la defensa social frente a ellos, con su consiguiente exclusión de la comunidad de por vida de aquellos que han cometido determinados delitos, además de la vuelta al puro retribucionismo.

De lo dicho, obviamente, se desprende también el acierto del Anteproyecto de la supresión de las penas perpetuas y reducción de los máximos de las penas temporales.

c) Incorporación de alternativas a la privación de libertad

En el art. 18 del Anteproyecto se consagran una serie de sanciones que reúnen el carácter de penas principales de aplicación alternativa, estas son la detención de fin de semana; la prestación de trabajos para la comunidad; la obligación de residencia, la prohibición de residencia y tránsito; el arresto domiciliario; el cumplimiento de las instrucciones o reglas judiciales; la multa reparatoria.

Muchas de las cuales encuentran previstas, también como penas alternativas o sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad en distintos códigos comparados, v.gr. C.P. español; C.P. francés; CP para el Distrito Federal de México; C.P. peruano, entre otros.

¿Por qué resultan relevantes su incorporación en el sistema de penas?; ¿constituye ello un avance en la materia?

No se dice nada nuevo, si se afirma que desde hace varias décadas ya, las penas privativas de libertad vienen sufriendo en todo el mundo, duras y vigentes críticas en orden a su capacidad y eficacia para cumplir legítimamente con los fines que persigue el Derecho Penal a la hora de aplicar una sanción⁷.

⁷ Es muy numerosa la bibliografía que podría enunciarse en este sentido, sólo a título de ejemplo, Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes; **Derecho Penal - Parte General**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 495 y 496, quienes al respecto han dicho: "... nadie que conozca la realidad penitenciaria duda que el cumplimiento de una pena privativa de libertad puede llegar a producir efectos devastadores sobre la persona del condenado, sin que, por otra parte, se alcancen las pretendidas metas resocializadoras. A ello debe añadirse los considerables costes económicos que la ejecución de la privación de libertad supone para el Estado, y el incremento de los problemas cuando se alcanzan determinadas cotas de hacinamiento y superpoblación carcelaria." Del mismo modo se ha expedido Mariano Serrano Pascual, que claramente expresa "la cárcel se ha hecho acreedora de todas las críticas posibles; la pena de prisión no ofrece respuestas satisfactorias a las finalidades de un Derecho penal moderno, basado en la prevención y en la mínima intervención; se ha reconocido que la pena privativa de libertad intimida poco, previene menos y difícilmente está en condiciones de conseguir objetivos de resocialización, a pesar de las buenas intenciones de algunos textos legales penitenciarios e, incluso, de algunas constituciones..."; **Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español**, Trivium, Madrid, 1999, pág. 19.

Estas críticas, en un principio se concentraron particularmente con relación a las penas cortas privativas de libertad, respecto de las cuales, se interpretaba que justamente por su escasa duración no posibilitan la realización de ninguna clase de tratamiento resocializador, y por el contrario, contribuían, mediante el ingreso del condenado al sistema carcelario a su desocialización y estigmatización (lo que se ha dado en llamar prisionización), además de la pérdida del trabajo que éste tuviera y del alejamiento de las relaciones familiares y sociales.

Con el tiempo, tales reparos se fueron extendiendo también a las penas privativas de libertad de mediana y larga duración, así, se ha dicho que "un sistema progresista no puede limitarse a acabar con las penas cortas, sino que igualmente debe erradicar de su catálogo de sanciones las largas privativas de libertad, ya que criminológicamente está demostrado que un internamiento superior a los quince años causa al penado, irremediable e inconstitucionalmente, daños irreversibles en su personalidad, conduciéndole a su destrucción como ser social."⁸

En función de estas críticas, la Dogmática, la Política Criminal, la Criminología, han encaminado sus esfuerzos a la búsqueda de alternativas, y su consiguiente consagración legislativa, que den respuesta a esta agudo cuestionamiento que pone jaquea a los sistemas penales en el mundo entero.

A los efectos de la búsqueda de alternativas, no puede perderse de vista que la intervención del Estado sólo se justifica si lo es para procurar el bienestar y seguridad de los ciudadanos, evitando cualquier intervencionismo penal que restrinja la libertad de éstos más allá de lo imprescindible para su propia protección, por lo que, tal intervención penal sólo se justifica cuando es absolutamente necesaria⁹.

Asimismo, en las alternativas que se introduzcan, deben priorizarse aquellas que posean la aptitud para obtener los mismos fines de prevención general, especial y resocializadores que se esperaban de las penas privativas de libertad, pero, obviamente, sin los indeseables efectos de éstas.

En el Anteproyecto se ha adoptado el sistema o modelo proporcionalista, esto es, aquel que propugna que "el sistema penal deje de considerar la pena de prisión como sanción proporcionada

⁸ Gimbernat Ordeig, Enrique; *Crítica ideológica al nuevo Código Penal*, en **Ensayos Penales**, Editorial Tecnos, 1999, pág. 79. En el mismo sentido se pronuncia Sanz Mulas, Nieves; **Alternativas a la pena privativa de libertad - Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, Colex, Madrid, 2000, pág. 175, quien expresa que "Las penas largas son puestas en entredicho porque tienen efectos demasiado perniciosos, y conducen a la destrucción de la personalidad del reo, y las demasiado cortas porque dada su limitación temporal convierten en imposible el tratamiento, pero si hacen posible, en cambio, el contagio criminal."

⁹ Cfr. Mir Puig, Santiago; **El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho**, Editorial Ariel Derecho S.A., Barcelona, 1994, págs. 151 y 152.

para todos o la mayoría de los delitos; que las alternativas dejen de ser consideradas alternativas a la cárcel y sean consideradas castigos -sanciones principales- en sí mismos; y que se desarrollen principios que guíen la aplicación de las alternativas en función de su severidad, sin que sea necesario configurarlas en comparación con la cárcel."¹⁰

Ello constituye una evidente ventaja para obtener los resultados que se pretende, esto es, que las penas se cumplan de manera efectiva.

Este modelo proporcionalista plantea la idea de que la prisión sólo es adecuada para los comportamientos criminales de máxima gravedad, mientras que para los comportamientos delictivos de mediana o baja gravedad, deben utilizarse alternativas, cuya gravedad debe ser proporcional a la gravedad de la ofensa realizada.

En este orden de ideas, las Reglas de Tokio de Naciones Unidas¹¹, promueven, como objetivo fundamental, la aplicación de medidas no privativas de libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.

De la lectura de este Documento, claramente se advierte que las alternativas que el Anteproyecto consagra, poseen aptitud suficiente para constituirse en herramientas que pueden cumplir eficazmente el papel que se pretende, dado que se compadecen en un todo con los objetivos consagrados en el mismo; así las alternativas introducidas permiten reducir la aplicación de la pena de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente (art. 1.5 Reglas de Tokio).

Así, se clasifica las alternativas conforme a la etapa procesal en la que vayan a ser aplicadas, distribuyéndolas en distintas fases:

- a) Fase anterior al juicio (vgr. retiro de los cargos contra el delincuente);
- b) Fase de juicio y sentencia (penas privativas de derechos e inhabilitaciones, sanciones económicas, multas, suspensión de la sentencia, mandamiento de restitución a la víctima

¹⁰ Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, **Penas alternativas a la prisión**, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 20 y 21.

¹¹ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) en **Documentos de Naciones Unidas sobre protección de personas detenidas o en prisión**, Publicación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Oficina de Derechos Humanos y Justicia 1.

o de indemnización, imposición de servicios a la comunidad, arresto domiciliario, obligación de recurrir regularmente a un centro determinado, etc.), y

- c) Fase posterior a la sentencia (permisos y centros de transición, liberación con fines laborales o educativos, distintas formas de libertad condicional, remisión, indulto).

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Europa, el que ya en el informe elaborado en el año 1986 por la Conferencia de Directores de Administración Penitenciaria de los países miembros, las introdujo, conforme a la clasificación que efectuara, entre las medidas que constituyen sanciones distintas de la prisión, clasificando las alternativas en:

- a) Medidas que constituyen una forma de ejecución diferente de la pena de prisión (semidetención, arresto domiciliario, arrestos de fin de semana, cumplimiento en instituciones de régimen abierto);
- b) Medidas que constituyen sanciones distintas de la prisión (multas, penas privativas o restrictivas de derechos, diferentes formas de libertad a prueba, el trabajo en interés social), y
- c) Medidas que evitan el pronunciamiento de la pena (suspensión, no pronunciamiento de la condena, etc.)¹².

Es decir, que las alternativas consagradas en el Anteproyecto son absolutamente aptas para constituirse en alternativas de sanción a la pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento conforme a los parámetros internacionales en la materia.

Por lo que, y más allá que se trate de un sistema perfectible que supondrá el análisis exhaustivo de cada uno de las alternativas consagradas, lo que, excede el objeto de este trabajo, resta solamente enunciar brevemente las ventajas sistemáticas y prácticas que pueden señalarse sobre las mismas, que no son ni más ni menos la suma de razones por las que en este trabajo se sostiene que pueden constituirse, en el sistema penal argentino, en herramientas más eficaces:

- Se encuentra reguladas como penas principales (de aplicación alternativa).
- Se adecuan completamente a las garantías y principios básicos derivados de la Constitución Nacional.
- Están acordes con el principio constitucional de Derecho Penal de última ratio, permitiéndole al juzgador elegir entre las distintas reacciones punitivas legalmente

¹² Serrano Pascual; op. cit. pág. 51.

establecidas, aquella que sea la menos lesiva posible, por lo tanto, la menos excluyente, adecuándose también a la moderna interpretación de la resocialización como principio de garantía de "no exclusión innecesaria", conforme al cual la aplicación de una pena debe estar justificada desde una doble dimensión, por un lado con el objeto de prevenir la comisión de conductas que ponen en peligro bienes jurídicos básicos, pero también deberá justificarse con "el fin de evitar otras reacciones más graves y arbitrarias, es decir, como garantía de evitación de males innecesarios y desproporcionados"¹³.

- No obstante tratarse de penas que suponen encierro parcial, constituyen penas, que siempre resultarán de menor gravedad que la pena de prisión, por lo que son óptimas para los delitos de mediana y baja gravedad.
- Tratándose penas principales y no meramente de una modalidad de ejecución de una pena privativa de libertad o de un sustituto de ésta, constituyen sanciones que permiten dar respuesta al reclamo de la comunidad en orden a la exigencia de seguridad,
- Atienden a los fines de prevención general y prevención especial, inclusive los resocializadores, particularmente en el sentido de que no tienen un carácter desocializador que en definitiva impida la resocialización del condenado.
- Permite la resocialización entendida como el ofrecimiento al condenado de medios y alternativas a su comportamiento criminal, en la medida que no se encuentra privado de su libertad (principio de no exclusión social innecesaria).
- Por último, y desde un punto de vista estrictamente de Política Criminal, la aplicación de estas sanciones permite sortear el grave problema de financiamiento que conllevan las penas privativas de libertad con relación a los altos costos de los establecimientos carcelarios.

2) ELIMINACIÓN DE LOS CRITERIOS PELIGROSISTAS A LOS FINES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

De singular importancia aparece el art. 8 del Anteproyecto el que, en 5 incisos, establece taxativamente los fundamentos para la determinación de la pena, muchos de ellos contemplados en nuestro CP, así, entre otros, la naturaleza y gravedad del hecho y la magnitud del peligro o daño causados; la calidad de los motivos que impulsaron al responsable a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos; la participación en el hecho, etc..

¹³ Serrano Pascual, Mariano; op. cit. pág. 88.

Es clara la orientación ideológica del mismo en torno a excluir cualquier elemento que introduzca criterios peligrosistas en pos de justificar la aplicación de la sanción al momento de su individualización, estableciendo expresamente que, y lejos de ello, se tendrá en cuenta la mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho y la capacidad de decisión, esto es, y como se sostiene en el art. 1, el único fundamento y límite de la pena es la culpabilidad.

Sin embargo, actualmente, art. 41 CP, prevé como uno de los elementos de valoración que habrá de apreciar el juez para la individualización de la pena que impondrá, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren la mayor o menor peligrosidad del autor del hecho.

Basta con observar algunas de las reformas introducidas en los últimos años en el ordenamiento penal para afirmar que las tendencias peligrosistas no constituyen solamente un resabio de una ideología reinante al momento de la sanción de nuestro Código, es así, que puede verse claramente en estas reformas introducidas que existe una tendencia hacia la consagración de un Derecho Penal de autor o peligrosista y con ello de las teorías de la defensa social, presentadas como la única solución posible a la inseguridad creciente en nuestro país.

Esta tendencia se ha venido acrecentando en los últimos años, encontrando eco en el Congreso de la Nación, que introduce reformas en institutos como la libertad condicional o concurso real, conforme a los cuales se terminan consagrando penas efectivamente perpetuas en nuestro sistema o de larga duración que vulneran derechos fundamentales de la persona, como ya hemos explicitado más arriba.

Tal criterio ha sido permanentemente objetado tanto en el ámbito interno como en el internacional, por contrariar principios básicos del Estado de Derecho, como lo es, la dignidad de la persona y el Derecho Penal de acto que prevalece, en los Estados democráticos de derecho, por sobre el Derecho Penal de autor.

En este orden de ideas no resulta un dato menor que la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresamente sostuvo que “96. ... *la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención* (se refiere específicamente a la contradicción con el art. 9 en relación con el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); definiendo previamente la valoración de la peligrosidad

como “95 ... la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictivos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. ... En fin de cuentas, se sancionaría al individuo –con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es.”¹⁴

La doctrina también claramente viene sentado su posición con este mismo criterio, así se ha sostenido que el reproche al agente, basado en el principio de culpabilidad, proscribire “toda evaluación sobre su carácter, idiosincrasia, hábito de vida y pronóstico de futuras conductas antijurídicas como criterio de agravamiento de la pena, sea en la conminación de la escala en abstracto por el legislador, como en su individualización judicial», concluyendo que «a la luz de la incorporación, con jerarquía constitucional de los nuevos tratados internacionales, el grado de reproche de culpabilidad en el hecho concreto objeto de persecución penal, se constituye en límite infranqueable a toda consideración de la “peligrosidad”, entendido como pronóstico de futuras conductas delictivas, para agravar la pena”¹⁵;

Por ello, también en esta materia, se presenta la reforma introducida como sumamente auspiciosa, toda vez que no deja duda respecto del modelo que se adopta, en el cual el único fundamento y límite de la pena es la culpabilidad.

3) INCOPORACIÓN DE PENA NATURAL Y REDUCCIÓN O EXIMICIÓN DE PENA PARA CASOS DE INSIGNIFICANCIA

La posibilidad de establecer pena por debajo del mínimo así como eximir de ella en casos de pena natural o insignificancia, ha sido contemplada en el Anteproyecto de reforma del Código Penal recientemente elaborado, al establecer que “*El juez podrá determinar la pena por debajo de los mínimos previstos e inclusive eximir de pena, cuando el peligro o daño causados sea de escasa significación.*

Del mismo modo se podrá eximir de pena, o reducirla, cuando las consecuencias del hecho hayan afectado gravemente al autor o partícipe.”

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos – Sentencia 20/06/05 “Fermín Ramírez vs. Guatemala” Actualidad Jurídica - Derecho Penal Vol. 53, pág. 3391.

¹⁵ Buteler, José Antonio; *Trascendente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal Vol. 53, págs. 3399 y 3400.

Entendemos que la justificación para la no aplicación de una pena estatal en determinados casos se encuentra en que ello afectaría garantías constitucionales tales como el de legalidad, proporcionalidad, racionalidad, prohibición de aplicación de penas crueles e inhumanas¹⁶, resocialización –a contrario–, culpabilidad y lesividad o mínima suficiencia.

Asimismo, podría interpretarse que la aplicación de sanción en estos casos, violaría el principio de estricta necesidad de la pena¹⁷, además de importar un modo ilegítimo de desconocer el principio de racionalidad de los actos de gobierno y razonabilidad de las decisiones judiciales¹⁸.

Por último, y no por ello menos relevante, constituye una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de “reinserción social” que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución¹⁹.

4) CONCLUSIONES

Si bien el análisis efectuado dista mucho de agotar el total contenido del Título cuyo estudio se ha abordado, dada la exhaustividad con la que se ha planteado la reforma en materia de penas, lo hasta aquí examinado nos permite afirmar sin hesitación, que el Anteproyecto constituye un excelente exponente de lo que se entiende como un sistema de penas acorde con el deber primario de seguridad que compete al Estado proveer a la ciudadanos y con el respeto a los principios y garantías fundamentales consagrados en nuestro ordenamiento interno y también a nivel internacional.

Esto no resulta un dato menor si se tiene en cuenta que el Anteproyecto aparece como contrapeso frente a una creciente tendencia legislativa a incrementar las penas -consagrándolas de naturaleza más graves y de mayor cantidad- que se presenta frente a la comunidad como la única alternativa para resolver la problemática de la seguridad, creando así la ilusión de que ello solucionará el problema y, cuando esto no sucede, el indeseable efecto de descreimiento en el sistema, en las instituciones, en la ley y en los gobernantes.

¹⁶ Cfr. Iribarren, Pablo; *La poena naturales y su aplicación en la provincia de Río Negro*, L.L. Sup. Penal y Procesal Penal, 28 de febrero de 2006, pág. 54, en igual sentido Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; **Derecho Penal - Parte General**, Ediar, Buenos Aires, 2002; pág. 996 y JInstrucCrimyCorrecBariloche, N° II – 09/09/2005 “O., S. del C. p.s.a. homicidio culposo”, Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal - Año III Vol. 63, pág. 4107.

¹⁷ Cfr. Choclán Montalvo; José A.; **Individualización judicial de la pena**, Cóllex, Madrid, 1997, pág. 191. En igual sentido Jescheck, Hans-Heinrich; **Tratado de Derecho Penal – Parte General**, Comares, Granada, 1993, pág. 780.

¹⁸ Vitale, Gustavo citado por Iribarren, Pablo; op. cit. pág. 54.

¹⁹ Idem nota anterior.

Tampoco constituye un dato menor la adopción de un sistema de penas que, por fin, busca involucrar a la comunidad en una problemática que, lejos de ser ajena a los ciudadanos que no cometen delitos, sólo podrá ser resuelta con su intervención y aceptación de que se trata de conflictos que nos involucran a todos y, por tanto, todos debemos contribuir a su resolución.

Ya en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), se consagra como uno de sus objetivos fundamentales fomentar una **mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en el tratamiento del delincuente**, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (art. 1.2)²⁰ (el resaltado me pertenece).

En este sentido, nunca más actuales las palabras de Enrique Bacigalupo, al expresar que la imposición de alternativas a las penas privativas de libertad debe ir "acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad no resuelve el conflicto social"²¹, más aún, se podría decir, en muchos casos lo multiplica.

Esto significa que la sociedad debe dejar de ver a los delincuentes como seres ajenos a ella, o como sujetos respecto de los que, lo mejor que se puede hacer, es alejarlos de la comunidad encerrándolos en la cárcel (en definitiva, inocuizándolos), y debe comenzar a involucrarse para que el Estado (que somos todos) cumpla con sus objetivos en beneficio de la población toda.

Puede destacarse en el Anteproyecto el ánimo puesto en intentar absorber y contemplar todas las objeciones que han surgido a lo largo de la vigencia del actual CP, recogidas no sólo de los aportes doctrinarios sino también, de los anteriores Proyectos de reforma que fueron resultado, en cada época, del esfuerzo, estudio y trabajo de muchos de nuestros juristas y operadores del sistema, y de la jurisprudencia nacional e internacional en la materia.

Como ejemplo, basta citar los conceptos vertidos por la Comisión integrada por los Dres. Eduardo Aguirre Obarrio, José Antonio Buteler, Andrés José D'Alessio y Edgardo Donna, quienes, ya en diciembre de 1999, fundaban el conjunto de sugerencias proyectadas en el Anteproyecto de reforma presentado como propuesta al Ministerio de Justicia, afirmando que el "orden jurídico debe dar claras señales de que **no es la severidad de la penas lo realmente importante**, sino que el

²⁰ Publicación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Oficina de Derechos Humanos y Justicia 1, pág. 250.

²¹ Bacigalupo, Enrique, citado por Sanz Mulas, Nieves; op. cit, pág. 415.

ciudadano sepa que la violación de las normas lleva a que inexorablemente debe haber consecuencias. En ese sentido, **la comisión ha previsto en que todas las penas deben ser cumplidas.**²² (el resaltado me pertenece)

No nos olvidemos que las normas transitan de la potencia al acto cuando un juez las aplica, y esto (su aplicación), más que ninguna otra cosa, es lo que pone en evidencia las falencias del sistema, en particular en esta materia en la que el destinatario de los desatinos legislativos es ni más ni menos la persona humana cuyo respeto por su dignidad y demás Derechos Fundamentales deben constituirse en el centro y fin último de la actividad del Estado para que su intervención se encuentre legitimada.

Que el modelo presentado es perfectible, nadie lo discute; pero tampoco puede discutirse que se trata de una propuesta integral²³, esforzada y progresista que busca subsanar una larga historia de parches, marchas y contramarchas que, en el mejor de los casos, lo único que ha logrado es un denodado esfuerzo interpretativo por parte de los jueces para intentar resguardar, o, al menos lesionar en la menor medida posible, los principios fundamentales rectores en materia penal.

Nadie niega que los cambios generan resistencia, máxime cuando la realidad demuestra que existe una criminalidad (no toda) que puede caracterizarse, en muchos casos, como muy violenta, a lo que se suma también la crisis en otros ámbitos como lo son la familia, la escuela e, inclusive, las instituciones mismas, todo lo que contribuye a que la discusión se sustancie en el seno de una comunidad que, por sufrir día a día los embates de la delincuencia, se encuentra atemorizada y predisposta hacia los discursos de “mano dura”.

Por ello, reiteradamente a lo largo del presente trabajo hemos destacado aquello que consideramos como aciertos del Anteproyecto, entendiendo que el debate debe continuar y propender a la amplitud y multiplicación de la discusión, para que finalmente resulte en un enfoque del fenómeno criminal basado fundamentalmente en la satisfacción real de las necesidades de seguridad de toda la ciudadanía.

²² Cfr. *Sugerencias para la Reforma del Código Penal*, en *El Derecho*, T. 186 - 981.

²³ Sobre la necesidad y bondades de proyectar una propuesta integral de reforma del Código Penal ya se había pronunciado la Comisión integrada por los Dres. Eduardo Aguirre Obarrio, José Antonio Buteler, Andrés José D'Alessio y Edgardo Donna, quienes, ya en diciembre de 1999, fundaban el conjunto de sugerencias proyectadas en el Anteproyecto de reforma presentado como propuesta al Ministerio de Justicia, sosteniendo que "... no hay reforma posible del derecho de fondo que no vaya acompañada de modificaciones de todo el sistema penal, para que se cumplan estos principios básicos. La sensación de impunidad, de vacío de ley, se debe principalmente a la mala instrumentación de las leyes de fondo"; *idem* nota anterior.

BIBLIOGRAFÍA:

- Aguirre Obarrio, Eduardo; Buteler, José Antonio, D'Alessio, Andrés José y Donna, Edgardo; *Sugerencias para la Reforma del Código Penal*, en *El Derecho*, T. 186 - 981.
- Buteler, José Antonio; *Trascendente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*; Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal Vol. 53.
- Cid Moliné, José y Larrauri Pijoan, Elena, **Penas alternativas a la prisión**, Bosch, Barcelona, 1997.
- Choclán Montalvo; José A.; **Individualización judicial de la pena**, Cóllex, Madrid, 1997.
- De La Rúa, Jorge; **Código Penal argentino – Parte General**, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- Donna, Edgardo Alberto; **El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia, Tomo I**, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003.
- Fortete, César; *¿Cuánta punición necesitamos? Sobre el efecto disuasivo del agravamiento de las penas* en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal – , Año I, Vol. 20.
- Gimbernat Ordeig, Enrique; *Crítica ideológica al nuevo Código Penal*, en **Ensayos Penales**, Tecnos, 1999.
- Iribarren, Pablo; *La poena naturales y su aplicación en la provincia de Río Negro*, L.L. Sup. Penal y Procesal Penal, 28 de febrero de 2006.
- Jescheck, Hans-Heinrich; **Tratado de Derecho Penal – Parte General**, Comares, Granada, 1993.
- Mir Puig, Santiago; **El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho**, Ariel Derecho S.A., Barcelona, 1994.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes; **Derecho Penal - Parte General**, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993.
- Sanz Mulas, Nieves; **Alternativas a la pena privativa de libertad - Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana**, Colex, Madrid, 2000.
- Serrano Pascual, Mariano; **Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal español**, Trivium, Madrid, 1999.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro; **Derecho Penal - Parte General**, Ediar, Buenos Aires, 2002.

OTROS:

- *Una decisión razonable*, Editorial del Diario La Voz del Interior del domingo 13 de agosto de 2006, pág. 14 A.
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) en **Documentos de Naciones Unidas sobre protección de personas detenidas o en prisión**, Publicación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Colección de Derechos Humanos y Justicia, Oficina de Derechos Humanos y Justicia 1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos – Sentencia 20/06/05 “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, fallo publicado en Actualidad Jurídica de Córdoba - Derecho Penal Vol. 53.
- CSJN – 22/02/05 “Recurso de hecho de deducido por el defensor oficial de Nancy Noemí Méndez en la causa Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado Causa N° 862C, Fallo publicado en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal - N° 38.

- InstrucCrimyCorrecBariloche, N° II – 09/09/2005 “O. S. del C. p.s.a. homicidio culposo”, fallo publicado en Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal - Año III Vol. 63.