

**Tema II:** Reforma del código penal. Proyectos en la República Argentina y en los países del MERCOSUR. Simetrías y asimetrías en la legislación y proyectos de reforma.

**Título:** “Sobre la necesidad de debatir la validez constitucional y doctrinaria de los paradigmas que guíen las reformas de los códigos penales en los países del MERCOSUR. Un ejemplo concreto: la supresión de la pena de ejecución condicional”

**Autor:** **Marcelo Esteban Mónaco**

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

**E-mail:** marcelomonaco@ciudad.com.ar

**Teléfono:** (011) 4522-5302

**Dirección:** calle Dr. Pedro Ignacio Rivera 4822, 8° “B”, ciudad autónoma de Buenos Aires.

(C1431BVH)

## **Síntesis**

### **Introducción**

En mi entender, deberían tenerse en cuenta al menos una serie de tópicos de tratamiento ineludible para encarar las reformas de los códigos penales de la región, no solamente por la gran producción teórica y jurisprudencial con que contamos a la fecha, sino porque el enorme grado de deterioro de nuestros sistemas penales y de las personas atrapadas en él nos exige una actitud de responsabilidad:

Puesto a sistematizar esas cuestiones, serían las siguientes:  
a.- Una definición precisa de los conflictos que impida su remisión sin más al sistema penal junto con un diseño de alternativas de abordaje -y deseable solución- fuera del marco punitivo ;

b.- Una paralela disminución drástica de los conflictos que son abordados actualmente por el aparato judicial penal, mediante una regulación políticamente sensata del régimen de la acción penal.;

c.- La vigencia plena de las garantías procesales y penales de fondo -consagradas en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos- en todos los países de la región;

d.- Perseguir la consecución de un “Primer Consenso en Materia Penal” para renunciar decididamente a los encarcelamientos preventivos masivos como principal -y a veces única- herramienta de política criminal en la mayoría de los países de latinoamericana (por no decir en todos);

e.- Desarrollar paulatinamente un “Segundo Consenso en Materia Penal” con los mismos actores para renunciar a los incrementos ilimitados de la pena de prisión en las sucesivas reformas legislativas y en las sentencias de los casos concretos

f.- Un variado y amplio catálogo de sanciones punitivas legisladas expresamente en las partes generales de los códigos penales

g.- Categorías doctrinarias y previsiones legislativas expresas que establezcan el principio de legalidad respecto al método que deben seguir los magistrados al dictar condenas

El disparador –y la excusa- del análisis que sigue será el proyecto elaborado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal”<sup>[11]</sup> en la República Argentina que mediante diversos mecanismos previstos en su parte especial, suprime la ejecución condicional de la pena de prisión tal como se la conoce actualmente y establece -en ciertos casos- que la misma debe ser de cumplimiento inexcusable.

### **¿Es constitucionalmente válido suprimir la alternativa de la ejecución condicional de la pena de prisión?**

Podemos responder de inmediato a ese interrogante: la supresión de la ejecución condicional podría ser una regresión desde el punto de vista de los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos, principios que se resumen mediante la idea de que cuando el sistema jurídico republicano alcanza un determinado nivel de positivización de derechos y garantías, ese nivel tiene carácter de irreversible. Partiendo de la evidencia de que la constitución argentina impide la absoluta discrecionalidad legislativa -tal como surge de los artículos 1, 24 y 33 del texto constitucional argentino mediante los cuales el soberano encomendó al poder legislativo ejercer su función con racionalidad republicana - la tesis sobre la realización progresiva del principio de legalidad ha sido desarrollada por diversos constitucionalistas de nuestro país, sostenidas a través del tiempo y a los cuales me remito.

Podemos intentar un enfoque que combine al paradigma jurídico constitucional de reinserción y readaptación social establecido en el Art. 5º punto 6 de la CADH (es decir, de la tesis que asigna a la pena la función preventivo especial positiva) y a las notorias demostraciones empíricas sobre el carácter despersonalizante, deteriorante o como mínimo estigmatizante para los individuos que la pena de prisión efectiva –aún las de corta duración- traería aparejada para quienes no tengan antecedentes de institucionalización previos. En realidad, habida cuenta que ello efectivamente es así para cualquier condenado, nunca debería aplicarse la pena de prisión a nadie.

La resultante de esa combinación permite afirmar que la ejecución condicional de la condena de prisión sería un mecanismo más apto para realizar el cometido que fija la norma constitucional aludida y por ello mismo no debe ser suprimida. Antes bien, debería extenderse su aplicación a supuestos no contemplados en la actualidad, lo cual debe ser motivo de un pormenorizado y responsable análisis político-criminal.<sup>[12]</sup>

El derecho a que la pena no resulte deteriorante, enunciado en el plano constitucional como “facilitación de la reinserción social” (Art. 5.6 CADH citado) y “eliminación de

las penas aflictivas e inhumanas” (Art. 18 C.N) para aquellos individuos que cometieron un injusto menor –viabilizado mediante el mecanismo de la ejecución condicional de la condena de prisión- no podría ser “restado” para el futuro acudiendo a nuevas clases de penas que traigan aparejados el mismo efecto. Ejemplificando por el absurdo, no podría negarse el derecho al “no deterioro” o a la “no estigmatización” -que en la actualidad la ejecución condicional intenta garantizar- si se reinstalarán los azotes o el destierro como “nuevas penas”.

## **Conclusiones.**

El único marco teórico –que consideramos contrario a los preceptos constitucionales enumerados- que justificaría la supresión de la condicionalidad en la ejecución de las penas, lo constituye la tesis que afirma su validez como estabilizadora de las expectativas normativas de la comunidad y/o reafirmadora de la vigencia de la norma jurídica, idea cuyo prestigio académico es el resultado de una adhesión acrítica a sus presupuestos teóricos-sociológicos que, por cierto no resultan pacíficamente aceptados en ese ámbito del conocimiento y ni siquiera dentro de la propia corriente funcionalista

En suma, el recorrido efectuado solamente sobre un ítem del proyecto de reforma del código penal argentino (relacionado con la idea de que la pena de prisión deba cumplirse efectivamente como último recurso del sistema para garantizar el cumplimiento de otras alternativas de punición) demuestra la viabilidad de varias de las premisas con la que fue iniciado este trabajo, a saber:

1°.- que en relación al instituto de la ejecución condicional se incurriría en sustracción inconstitucional de derechos por afectación al principio de legalidad en sus facetas dinámicas representadas por los principios de realización progresiva e irreversibilidad de los derechos;

2°.- que no pueden programarse reformas en la legislación penal, sin un minucioso y profundo debate sobre las facetas constitucionales y las relativas a los principios y efectos de la legislación penal, del marco procesal en el cual las mismas se canalizarán y fundamentalmente, de ejecución y control judicial de la penal;

3°.- que existen principios constitucionales que –afortunadamente- limitan el marco posible de opciones, tanto para llevar a cabo los debates en el ámbito académico, como para las reformas que pretenda realizar el legislador real el cual -no debemos olvidar en especial esto último- nunca es racional.

## **Introducción**

En el presente trabajo se abordarán –de modo general- una serie de tópicos que quizás, debido a su insistente reiteración en estos encuentros anuales<sup>[1]</sup> o por una simple imposición de las circunstancias políticas e históricas, podrían estar incluidos en dos de los tres temas bajo los cuales nos hemos vuelto a convocar en esta oportunidad es decir, en “Reformas del código Penal...” y en “Cuestiones de Política Criminal”.

De todos modos, elegir incluir esta ponencia en el primero de ellos para que una vez más y dispuestos como estamos al debate en este ámbito inédito de la intelectualidad argentina que son los encuentros anuales de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal –felizmente abierta a la incorporación de los hermanos colegas del MERCOSUR- podamos reflexionar, pensar, debatir y proponer los ejes bajo los cuales deberían desarrollarse los presentes y futuros proyectos de reforma de la legislación penal tanto en Argentina como en el resto de los países que integran el MERCOSUR -y en los que eventualmente lo integren en el futuro-.

En mi entender, deberían tenerse en cuenta al menos una serie de tópicos de tratamiento ineludible, no solamente por la gran producción teórica y jurisprudencial con que contamos a la fecha, sino porque el enorme grado de deterioro de nuestros sistemas penales y de las personas atrapadas en él nos exige una actitud de responsabilidad:

Puesto a sistematizar esas cuestiones, serían las siguientes:

a.- Una definición precisa de los conflictos que impida su remisión sin más al sistema penal junto con un diseño de alternativas de abordaje -y deseable solución- fuera del marco punitivo. Esto es, una diversidad de reacciones estatales y sociales, programadas para impedir la actuación exclusiva y excluyente del aparato punitivo;

b.- Una paralela disminución drástica de los conflictos que son abordados actualmente por el aparato judicial penal, mediante una regulación políticamente sensata del régimen de la acción penal. Esta problemática comprende desde el otorgamiento de independencia funcional al ministerio público hasta la correlativa instauración de criterios explícitos de oportunidad para que puedan ser ejercidos por esos funcionarios;

c.- La vigencia plena de las garantías procesales y penales de fondo -consagradas en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos- en todos los países de la región. En particular, la asignación de recursos humanos y materiales indispensables para asegurar un adecuado sistema de investigación preliminar, la defensa en juicio de los imputados –reformulando los sistemas de defensores oficiales para dotarlos de

mayor dinamismo- y la especialización, imparcialidad e imparcialidad de los jueces en todas sus instancias, priorizando la persecución –en lo inmediato- de por la erradicación definitiva de los jueces denominados “de instrucción” y por supuesto, de la investigación preliminar a cargo de la policía, esta última tanto en su forma legislada como por la mera repetición de prácticas cotidianas de funcionamiento del poder judicial y/o del ministerio público;

d.- Perseguir la consecución de un “Primer Consenso en Materia Penal” que comprenda a los actores políticos, académicos y judiciales para renunciar decididamente a los encarcelamientos preventivos masivos como principal -y a veces única- herramienta de política criminal en la mayoría de los países de latinoamericana (por no decir en todos);

e.- Desarrollar paulatinamente un “Segundo Consenso en Materia Penal” con los mismos actores para renunciar a los incrementos ilimitados de la pena de prisión en las sucesivas reformas legislativas y en las sentencias de los casos concretos, ya que ambos afectan a los principios de humanidad y reinserción social de los condenados – presentes tanto en las legislaciones positivas de los países como en la Convención Americana de DD HH- y que le restan validez jurídico-constitucional a las penas de prisión de duración desmesurada que solo buscan convertir a las cárceles en depósitos de seres humanos en espera del día y hora de su muerte o dicho de modo más específico, que buscan reinstaurar la pena de muerte por el transcurso del tiempo (contradiendo claramente al Art. 4.3 de la CADH);

f.- Un variado y amplio catálogo de sanciones punitivas legisladas expresamente en las partes generales de los códigos penales –con su correspondiente correlato en las partes especiales- para que los condenados ingresen en la etapa de ejecución de las sentencias condenatorias conociendo cuál es su pena y cuanto tiempo y/o esfuerzo le insumirá agotar la misma, ya sea en detención, régimen de semilibertad o por mero transcurso del tiempo o cumplimiento de determinadas reglas de conducta en los casos de penas en suspenso.

g.- Categorías doctrinarias y previsiones legislativas expresas que establezcan el principio de legalidad respecto al método que deben seguir los magistrados al dictar condenas esto es: si deben o no partir del mínimo de la escala penal; cuales son las condiciones atenuantes o agravantes de ese “piso punitivo” como ser: el sufrimiento del autor a consecuencia del hecho (la denominada “pena natural”); la duración del proceso; su vulnerabilidad a la acción del sistema penal –ya sea personal, social e incluso fisiológica y/o psíquica y hasta psicológica- ; la competencia de la víctima en determinados delitos; la extensión del daño causado; el comportamiento del autor con posterioridad al hecho. Todo ello, acompañado de previsiones expresas en los códigos de procedimiento para obligar a que en los procesos judiciales exista una etapa diferenciada del debate sobre el hecho en la cual se analicen los distintos argumentos

sobre el sentido y quantum de la pena (la denominada “cesura de juicio”) como así también un adecuado sistema de recursos (de apelación, revisión, inconstitucionalidad) para el control de la decisión adoptada.

Trazado de este modo el panorama y con el único objeto de demostrar la imperiosa necesidad de debatir y analizar lineamientos para las reformas y armonizaciones regionales que nos convocan -antes que el diseño o revisión de textos legales- me concentraré en un tópico de arraigada vigencia en las legislaciones penales del MERCOSUR<sup>121</sup>, cual es la denominada “pena de ejecución condicional”.

Básicamente, se desarrollará un rápido recorrido de su significado desde la óptica de las teorías de la pena, de la necesidad y/o posibilidad de mantenerla como alternativa dentro de nuestras legislaciones y finalmente, de las vallas constitucionales que deslegitimarían su supresión en aquellos códigos en donde la misma rige.

El disparador –y la excusa- del análisis que sigue será el proyecto elaborado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma y actualización integral del código penal”<sup>131</sup> en la República Argentina que mediante diversos mecanismos previstos en su parte especial, suprime la ejecución condicional de la pena de prisión tal como se la conoce actualmente y establece -en ciertos casos- que la misma debe ser de cumplimiento inexcusable.

Las técnicas adoptadas se reflejan respectivamente en los Art. 26 y 14 de dicho proyecto los cuales prevèn –respectivamente-: a.- un sistema de reemplazo de la pena de prisión que no exceda de tres años por detención de fin de semana, trabajos para la comunidad, prohibición de residencia, sometimiento a instrucciones o multa reparatoria y b) la conversión de la pena de días-multa en pena de prisión a razón de un (1) día de prisión por cada día-multa.

Resulta imprescindible detenerse a analizar el modo en que -por aplicación de ambas técnicas punitivas- se podría arribar a una pena de prisión efectiva para delitos que en la actualidad no recibirían esa sanción. Por ejemplo: en el caso de que no fuera satisfecha la multa fijada mediante el mecanismo previsto en el Art. 13 del proyecto, el Art. 14 establece taxativamente que “...la prisión sustitutiva de la multa se cumplirá en forma efectiva...” y ello, aunque su campo de aplicación resulte limitado por otras disposiciones contenidas en el mismo artículo relativas a la imposibilidad de fijar la pena de días multa a quien no tenga capacidad de pago y su reemplazo por trabajos a favor de la comunidad.

En cuanto al Art. 26 establece que “...el reemplazo podrá ser cancelado y se cumplirá la prisión si el penado... ..desobediecase las penas sustitutivas...”, previendo asimismo el otorgamiento de un nuevo reemplazo de acuerdo a la evolución del penado.

Ambas disposiciones, cuya técnica legislativa no es motivo de análisis en el presente trabajo, serán objeto de un análisis como el que se intenta a continuación.

### **La condena de ejecución condicional: ¿es pena?**

Como se ha enumerado previamente –ver nota “2”- la mayoría de nuestras legislaciones regionales prevén, en forma paralela con los catálogos punitivos, una modalidad mediante la cual frente a determinados delitos y a determinados sujetos, se puede dejar en suspenso la aplicación de la pena.

Si bien debo confesar que siempre me costó distinguir entre fundamentos, funciones y finalidades de la pena en las distintas teorizaciones sobre la pena -y también debo confesar que suelo transmitir esa perplejidad a los estudiantes-, podríamos afirmar que vista a la luz de esos debates doctrinarios una “pena que no se aplica” –es decir, la pena de ejecución condicional- no respondería a ningún encuadre teórico puesto que **a.**- no serviría para retribuir el mal causado por el delito; **b.**- ni tampoco como “ejemplo”, ya sea en forma de prevención general negativa o positiva y **c.**- no podría afirmarse que frente a todos los individuos resulte una herramienta eficaz de la prevención especial resocializadora, a modo de espada de Damocles sobre el infractor.

A su vez, si relevamos el dato de la reacción social, el instituto es pasible de severas críticas respecto a su supuesto efecto alentador de reiteraciones delictivas, inspiradas en una suerte de sentimiento de “impunidad” que experimenta el condenado al cual la ley no le toca un pelo.

También puede deducirse que la condena de ejecución condicional no podría encontrar justificación para su existencia dentro de aquellas orientaciones teóricas basadas en el efecto pacificador que suscita algún grado de respuesta punitiva por parte del Estado frente a los delitos.

Dentro de esta visión, podríamos enrolar tanto el funcionalismo sistémico como el minimalismo penal puesto que ambos legitiman la reacción estatal frente a la violencia, aunque con fundamentos que conducen en el caso de la primera corriente mencionada a una exacerbación de la respuesta punitiva –cuanto más desconfianza en

la vigencia de la norma, suscitada por la inevitable reiteración de delitos, más debería incrementarse la respuesta punitiva- y en el segundo a una contención de las reacciones informales y descontroladas que suscitaría la no intervención punitiva.

Sentado ello, podemos resumir el cuadro de las críticas respecto a la condena “en suspenso” del siguiente modo:

a) ex ante delictum, el instituto implicaría renunciar a la función preventiva general negativa que la prohibición penal tiene respecto de la comisión de delitos. Ferrajoli destaca que por debajo de un umbral mínimo, la pena no desalienta la comisión de delitos porque se convierte en una especie de tasa que el autor del hecho toma en cuenta al momento de correr el riesgo de fracasar en su empresa criminal. Con mayor razón ello podría predicarse de una pena que “a priori” se sabe que directamente no se aplicará.<sup>[4]</sup>

b) ex post delictum la no aplicación de ninguna pena implicaría olvidar que una de las esenciales funciones políticas –y hasta de índole cultural- que el derecho penal asume es proteger al autor del hecho de las reacciones ilimitadas y/o informales aunque en América Latina este parámetro justificador puede sonar a quimera debido a las penosísimas condiciones en que se viabiliza la privación de libertad (desde calabozos en comisarías de barrio hasta contenedores de metal habitualmente utilizados para el comercio internacional marítimo, amén de las deterioradas infraestructuras carcelarias, etc.)<sup>[5]</sup>

c) desde la perspectiva de la pena como reparación e incluso desde aquellos que propugnan su sustitución para determinados delitos por mecanismos como la reparación, las tareas comunitarias, como lo hace el proyecto de código penal comentado previamente, podría afirmarse que el mantenimiento del instituto de la ejecución condicional cancelaría toda posibilidad de que el autor realice el menor esfuerzo por reparar en alguna medida el daño que causó, cualquiera fuera la medida de ese daño y su correspondiente reparación. Es decir, que ocurrido el hecho, ni siquiera cumple la función de “tasa” a la que se aludió más arriba y mucho menos de motivación para cumplir con otras alternativas menos punitivas que la prisión que el sistema le podría ofrecer al infractor.

**Funciones o finalidades que cumpliría en los sistemas que la receptan.**



Continuando con lo afirmado precedentemente: la amenaza de efectiva punición en casos donde actualmente se deja en suspenso la ejecución de la condena (en el código penal argentino vigente: por hechos cuya previsión legislativa de pena no supere los 6 años de prisión) o su aplicación por defecto en aquellos supuestos para los cuales se establecieran en el futuro otras modalidades punitivas, la supresión de la condicionalidad solo encontraría como finalidad (o función) legítima y principal la de compeler -o decidir- a los infractores o desviados a refugiarse sin hesitar en el instituto de la reparación, ya sea en el marco de la mediación o de la suspensión del juicio a prueba.

Si ese fuera el fin perseguido o esa la función asignada: ¡alerta! porque podría incurrirse en violación del principio de igualdad ante la ley ya que difícilmente se puedan reparar del mismo modo delitos que solo en el plano de su tipicidad pueden resultar similares pero que en su significado social y personal naturalmente son disímiles por las características de los autores, de las víctimas, etc. También se renunciaría a la posibilidad de que se restablezca el lazo dañado con la víctima individual y/o colectiva mediante un esfuerzo de “autoresocialización” adoptado sin amenaza punitiva de por medio o sea, respetuoso de la autonomía individual del infractor.

Finalmente, a todo ello debe incorporarse el dato relativo a la ineliminable selectividad estructural del sistema penal, que en caso de supresión de la condicionalidad de la ejecución de la pena relegitaría a **todas las penas de cumplimiento efectivo** que seguirían recayendo en su mayoría sobre la habitual lista de candidatos social o personalmente vulnerables, frente a un reducido grupo de infractores con mayores o mejores herramientas de defensa ante al sistema punitivo. Estos últimos seguramente podrían satisfacer medianamente bien los requisitos de la alternativa no punitiva reparatoria, tal como ocurre con la suspensión del juicio a prueba en la actualidad.

Dicho de otro modo, si en la actualidad la mera amenaza de una pena de ejecución condicional influye de manera decisiva para derivar a estos últimos “infractores” hacia el instituto de la probation es porque aún una condena de esas características resulta perjudicial para esos individuos que conservan aspiraciones de movilidad social. Tan perjudicial es esa amenaza para esos sujetos como lo es la condena de prisión de cumplimiento efectivo para quienes ya han padecido institucionalizaciones previas o para aquellos que son condenados a penas de excesiva duración temporal. Siendo ello así no se observa la necesidad de incrementar la amenaza suprimiendo la condicionalidad en la ejecución de la pena de prisión.

Por otro lado, no es menor la represivización sin sentido -y sin destino- del sistema punitivo que esa supresión traería aparejada puesto que, al margen de todo intento racionalizador, debemos partir del hecho incontestable de que en la actualidad -y

quizás de un modo que se ha tornado estructural y definitivo- el sistema penal ha dejado de aplicar “penas” en el sentido jurídico-constitucional del término.

En efecto, es sabido que la mayoría de las privaciones de libertad se enmarcan en un contexto de mera cautela que antecede –y predomina- sobre el formato jurídico “pena”. Esa operatividad real del control social punitivo, demuestra que la suspensión condicional de la pena de prisión no es la peor de sus aporías y en todo caso, es una constatación más de que la oferta esencial del sistema penal –es decir, sancionar mediante penas- es totalmente falsa, sobre todo en un contexto donde las sucesivas autorizaciones legislativas de mayor poder punitivo tienen como único fin de política criminal asegurar el encerramiento de los individuos a título de “cautela de custodia” desde el comienzo del proceso.

Dicho de otro modo, el recurso continuo -y hasta desesperado- a la prisión preventiva por parte del legislador y su aceptación generalmente acrítica por parte de los jueces de instrucción y aún de los denominados “de garantía” en los sistemas procesales que los han instituido, nos plantea que hoy, aquí y ahora estamos frente a una reducción significativa del espacio de maniobra –académico, judicial y en definitiva, político- para deslegitimar constitucionalmente a un instituto que siendo materialmente parecido a la pena se aplica sin esperar a la declaración de culpabilidad mediante una sentencia definitiva que debe dictarse en otro nivel de decisión del aparato judicial. Simplificando: se encierra solo con la notitia criminis.

Por todo ello, si a través de cualquiera de los caminos lógicos que se puedan recorrer, queda demostrado que el sistema penal se asienta sobre bases predominantemente ideológicas –en el sentido negativo del término- la supresión del instituto de la condicionalidad de la pena, sería agregar un nuevo eslabón a la cadena de ilusiones sobre las que opera el sistema y eso, sin contar con los límites constitucionales que deslegitimarían esa opción.

### **¿Es constitucionalmente válido suprimir la alternativa de la ejecución condicional de la pena de prisión?**

Podemos responder de inmediato a ese interrogante: la supresión de la ejecución condicional podría ser una regresión desde el punto de vista de los principios de progresividad e irreversibilidad de los derechos, principios que se resumen mediante la idea de que cuando el sistema jurídico republicano alcanza un determinado nivel de positivización de derechos y garantías, ese nivel tiene carácter de irreversible. Partiendo de la evidencia de que la constitución argentina impide la absoluta discrecionalidad legislativa -tal como surge de los artículos 1, 24 y 33 del texto constitucional argentino mediante los cuales el soberano encomendó al poder legislativo ejercer su función con racionalidad republicana - la tesis sobre la realización progresiva del principio de legalidad ha sido desarrollada por diversos constitucionalistas de nuestro país, sostenidas a través del tiempo y a los cuales me remito.<sup>[6]</sup>

Esa matriz interpretativa dinámica del principio de legalidad encuentra mayor respaldo aún en la positivización realizada por la asamblea constituyente del año 1994 de específicos derechos relacionados con las personas privadas de su libertad como también determinados objetivos en relación a la ejecución de la pena. De tal modo, la ampliación de derechos complementa y amplía el pionero principio de humanidad que contenía (y contiene) el texto histórico de la Constitución Nacional Argentina en el último párrafo de su Art. 18 ya que la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el Art. 75 inciso 22° de la C.N. fue hecha sin reserva alguna respecto a ese tipo de cláusulas.

De tal modo, podemos intentar un enfoque que combine al paradigma jurídico constitucional de reinserción y readaptación social establecido en el Art. 5° punto 6 de la CADH (es decir, de la tesis que asigna a la pena la función preventivo especial positiva) y a las notorias demostraciones empíricas sobre el carácter despersonalizante, deteriorante o como mínimo estigmatizante para los individuos que la pena de prisión efectiva –aún las de corta duración- traería aparejada para quienes no tengan antecedentes de institucionalización previos. En realidad, habida cuenta que ello efectivamente es así para cualquier condenado, nunca debería aplicarse la pena de prisión a nadie.

La resultante de esa combinación permite afirmar que la ejecución condicional de la condena de prisión sería un mecanismo más apto para realizar el cometido que fija la norma constitucional aludida y por ello mismo no debe ser suprimida. Antes bien, debería extenderse su aplicación a supuestos no contemplados en la actualidad, lo cual debe ser motivo de un pormenorizado y responsable análisis político-criminal.<sup>[7]</sup>

En cuanto a los posibles reemplazos de la pena de prisión, su viabilidad debería ser motivo de análisis y pormenorizado debate teniendo en cuenta para ello el marco que proveen las respectivas leyes de ejecución de la pena privativa de libertad. En el caso de la República Argentina<sup>[8]</sup>, observamos que la legislación respectiva recepta – al igual que la norma constitucional citada- el denominado “fin resocializador” de la pena. Por ende, toda modificación legislativa respecto al catálogo punitivo no puede fijar un estándar más grave para quienes en la actualidad no serían pasibles de una pena de prisión de cumplimiento efectivo (por imperio del Art. 26 del código penal) puesto que estarían en peores condiciones –es, decir, sujetos a una “nueva” alternativa deteriorante y estigmatizante- asimilándolos de ese modo a quienes resultan condenados a penas de prisión efectivas por la escala punitiva más elevada que se aplica a determinada clase de hechos. Pero fundamentalmente no puede operarse una reforma en sentido ampliatorio de la pena de prisión por a hechos que hoy son amenazados con la simple ejecución condicional, porque se incurriría en violación al principio de legalidad en su aspecto de realización progresiva como se dijera precedentemente.

En síntesis, el derecho a que la pena no resulte deteriorante, enunciado en el plano constitucional como “facilitación de la reinserción social” (Art. 5.6 CADH citado) y “eliminación de las penas aflictivas e inhumanas” (Art. 18 C.N) para aquellos individuos que cometieron un injusto menor –viabilizado mediante el mecanismo de la ejecución condicional de la condena de prisión- no podría ser “restado” para el futuro acudiendo a nuevas clases de penas que traigan aparejados el mismo efecto. Ejemplificando por el absurdo, no podría negarse el derecho al “no deterioro” o a la “no estigmatización” -que en la actualidad la ejecución condicional intenta garantizar- si se reinstalarán los azotes o el destierro como “nuevas penas”.

## Conclusiones

El único marco teórico –que consideramos contrario a los preceptos constitucionales enumerados- que justificaría la supresión de la condicionalidad en la ejecución de las penas, lo constituye la tesis que afirma su validez como estabilizadora de las expectativas normativas de la comunidad y/o reafirmadora de la vigencia de la norma jurídica, idea cuyo prestigio académico es el resultado de una adhesión acrítica a sus presupuestos teóricos-sociológicos que, por cierto no resultan pacíficamente aceptados en ese ámbito del conocimiento y ni siquiera dentro de la propia corriente funcionalista

[9]

En suma, el recorrido efectuado solamente sobre un ítem del proyecto de reforma del código penal argentino (relacionado con la idea de que la pena de prisión deba cumplirse efectivamente como último recurso del sistema para garantizar el cumplimiento de otras alternativas de punición) demuestra la viabilidad de varias de las premisas con la que fue iniciado este trabajo, a saber:

1°.- que en relación al instituto de la ejecución condicional se incurriría en sustracción inconstitucional de derechos por afectación al principio de legalidad en sus facetas dinámicas representadas por los principios de realización progresiva e irreversibilidad de los derechos;

2°.- que no pueden programarse reformas en la legislación penal, sin un minucioso y profundo debate sobre las facetas constitucionales y las relativas a los principios y efectos de la legislación penal, del marco procesal en el cual las mismas se canalizarán y fundamentalmente, de ejecución y control judicial de la penal;

3°.- que existen principios constitucionales que –afortunadamente- limitan el marco posible de opciones, tanto para llevar a cabo los debates en el ámbito académico, como para las reformas que pretenda realizar el legislador real el cual -no debemos olvidar en especial esto último- nunca es racional.

### Notas al pie:

[1] Elbert, Carlos Alberto en “El sistema penal ante las exigencias del presente- Algunas ideas para la elaboración de planes alternativos”, Pág. 39 y ss, Editorial Rubinzal Culzoni presentado en el “I ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL”, celebrado en Santa Fé, septiembre de 2001. En similar sentido “Propuesta para un programa de limitación del poder punitivo del Estado” trabajo colectivo de docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, presentado en el “IV ENCUENTRO ARGENTINO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL” celebrado en Rosario, octubre de 2004.

[2] Código penal de Argentina, Art.26; código penal de Uruguay, arts. 126 y 127; código penal de Venezuela, Art.57 (aunque bajo el formato de “conmutación”); Código penal de Paraguay, Art. 61 (limitando el instituto a la pena de multa)-; código penal de Brasil, Art.77 y ss. Base de datos: [www.alfonsozambrano.com](http://www.alfonsozambrano.com)

[3] Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos números 303/04 y 136/05

[4] Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón- Teoría del garantismo penal”, página 400.

[5] Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón- Teoría del garantismo penal”, Págs. 261 y 332 y ss.

[6] Florentino González, “Lecciones de Derecho Constitucional”, quinta edición, librería de la Vda. de Ch. Bouret, París/México, 1909; Germán Bidart Campos, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino” -tomo VI Pág. 579-, segunda reimpresión, editorial Ediar Buenos Aires, 1997; Germán Bidart Campos “Casos de Derechos Humanos”, Pág. 27, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997

[7] Zaffaroni Raúl, Alagia Alejandro y Slokar Alejandro “Tratado de Derecho Penal- Parte General” segunda edición., Pág. 55

[8] Ley 24. 660, Art.1

[9] Al respecto basta comparar a Jürgen Habermas y su “Teoría de la acción comunicativa” en donde plantea paradigmas sistémicos claramente divergentes de los establecidos por Niklas Luhmann en su “Sociedad y sistema”.