

*Penas privativas de la libertad**

Por Marco A. Terragni

1. Concepto

La pena consiste siempre en un mal que se traduce en la afección de un bien jurídico del condenado. En este caso el bien jurídico en cuestión es la libertad ambulatoria, con una serie de matices y aclaraciones que es preciso formular, no está en cuestión la libertad de movimientos corporales; lo contrario implicaría un tormento y como tal sería inconstitucional a la luz de lo prescripto por el art. 18 de la Const. nacional. Aunque básicamente se trata de un encierro, tampoco ésta es una verdad total, ya que muchas veces la pena no se cumple siempre entre las paredes de la cárcel. Piénsese en los regímenes de semilibertad. Es que la pena ha evolucionado extraordinariamente y hoy no es el concepto de encierro el que prima, como era en los tiempos en que la prisión procuraba, además de impedir el deambular, hacer sufrir. La moderna penología procura fundamentalmente obtener con la ejecución la “readaptación social del condenado”, como lo expresa textualmente el art. 1° de la ley penitenciaria nacional.

El propósito de hacer del condenado un individuo socialmente apto tenía enunciación expresa en el art. 29 de la Const. nacional de 1949 y estuvo presente en los Proyectos de reforma del Código Penal, el de 1960 cuyo art. 34 decía: “las penas de reclusión y prisión deben ser ejecutadas de manera que ejerzan sobre el condenado una acción educadora, preparándolo gradualmente para la vuelta a la vida libre”. El de 1973/74 establecía, en el art. 19, parte 1ª, “las penas que establece este Código persiguen principalmente la reeducación social del condenado”. Y el art. 21 agregaba: “la ley de ejecución penal determinará, con relación a la pena de prisión, las características de un tratamiento individualizado, las modalidades de un régimen progresivo, el trabajo, el pago de los gastos ocasionados al establecimiento, la disciplina y régimen educacional de los condenados, procurándoles la asistencia y la orientación que les permita alcanzar su plena reeducación social. La misma ley instituirá un sistema de asistencia social a la familia de los detenidos, de los condenados y los liberados y reglamentará la intervención de la autoridad judicial y administrativa en la ejecución de la pena”.

Quiere decir que se peca por exceso cuando se afirma sin reservas que hay privación de la libertad ambulatoria. En realidad se debe hablar de restricciones a esa libertad, que paulatinamente se van haciendo menos rígidas a medida que se advierten los problemas que la misma existencia de la pena acarrea y la necesidad de usar formas eficaces para lograr la reinserción del condenado al medio social. No hay duda, empero, que todo sigue girando en torno al hecho de la prisión, sinónimo de encierro. Pero la prisión entendida en un sentido moderno, que es el que le dan las normas antes citadas, que tienen su origen en el art. 18 de la Const. nacional y que en ordenamientos particulares tienen mayor precisión. Así, el art. 9°, párr. 4°, de la Const. de Santa Fe expresa: “queda proscripta toda forma de violencia física o

* Artículo publicado en el sitio web del doctor Marco A. Terragni.

moral sobre las personas sometidas a privación o restricción de su libertad corporal”; mientras que el párr. 8° agrega: “las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la readaptación social de los internados en ellas”.

Sin perjuicio de que hayan influido en la general aceptación y desarrollo de estas penas otros factores, es notorio que ello es consecuencia de una concepción de la vida que ha elevado la libertad individual a valor supremo. Han seguido una carrera inversa a la de la pena de muerte y a la de otras penas corporales, y receptan la evidencia de que tienen el poder de adaptarse a los diferentes grados de injusto y de culpabilidad. Estas ventajas, unidas a la posibilidad de obtener la resocialización han hecho exclamar a Sauer, “aquí está el porvenir del derecho penal. Han pasado varias décadas desde entonces y hoy no podría nadie estar tan seguro. A mi juicio el porvenir del derecho penal, en lo que al sistema de sanciones respecta, está en usar un catálogo de respuestas ante el crimen que resulte eficaz. Hoy la pena privativa de libertad como eje de la represión está en crisis por lo que se impone ampliar el espectro usando la imaginación y concediendo la importancia que el tema merece como garantizador de una convivencia pacífica”.

2. Evolución

Contra lo que es dable suponer la prisión en un sentido moderno no es de antigua data. Porque el encierro no se utilizaba como pena sino para impedir la huída del procesado durante la tramitación de la causa.

En las prisiones medievales la permanencia del recluso durante el proceso era prácticamente insoportable, por las condiciones infrahumanas a las que estaba sometido. Así, la comunicación entre el palacio Ducal de Venecia y una de esas cárceles fue llamada “el puente de los suspiros” porque a través de sus ventanas el reo veía, quizás por última vez, la hermosa ciudad e incluso la luz del sol. Luego vendría el veredicto y la pena, habitualmente la de muerte u otra corporal. Hasta en un imperio distante geográfica y culturalmente como el de los Incas, el encierro tenía el mismo sentido de lo que hoy llamamos “prisión preventiva” y las penas venían después de la condena.

Como antecedentes de las modernas prisiones se citan establecimientos ingleses, holandeses y alemanes. Especialmente conocidas son las casas de trabajo que se habilitaron en Amsterdam hacia 1595, en las que se utilizó la labor de los condenados como herramienta para la corrección y se comenzó a retribuir ese trabajo penitenciario. En otro sentido, no tan humanitario, los Estados fueron tomando conciencia de que podían utilizar utilitariamente a los penados, sobre todo en servicios y obras públicas. Con el advenimiento del industrialismo la cárcel asume las características de una fábrica y hasta compite con la producción libre, originándose conflictos y enfrentamientos que tienen expresión concreta en Francia a mediados del siglo pasado. Las obras de Michel Foucault abundan en referencias sobre esas alternativas.

Pero lo cierto es que la prisión nunca satisfizo las aspiraciones de justicia ni tampoco logró, en la mayoría de los casos, la resocialización de los penados. Es que el establecimiento tradicional cambia radicalmente las condiciones de vida. De decidir el hombre su propia forma de actuar y distribuir su tiempo, pasa a un sistema en

el cual todo está regimentado; hasta las funciones fisiológicas, que deben tener lugar en determinado momento del día y no en otro. La prisión altera los pensamientos, unifica las actitudes de seres que naturalmente son distintos. Obliga a una convivencia no deseada, coarta toda iniciativa individual. Anula los vínculos con el mundo exterior, con la familia, con los amigos, hace perder el empleo o la ocupación, privando de los ingresos del jefe al grupo familiar. Crea un submundo interno en el que hay dominadores y dominados, incrementa las tendencias delictivas constituyéndose en un factor criminógeno de primer orden. Y en definitiva el rencor en un momento estalla en sublevaciones cruentas. Las crónicas periodísticas abundan en detalles de los frecuentes hechos de violencia ocurridos en los establecimientos penitenciarios argentinos.

Las penas privativas de libertad se encuentran cuestionadas desde hace más de un siglo. Hoy se habla directamente de “crisis de la prisión”, pero hasta ahora siguen siendo el eje en torno del cual gira la represión en todo el mundo. Lo que sí se ha impuesto es el criterio de evitar las de corta duración, empleando otros medios más eficaces. Aunque también prestigiosos penalistas contemporáneos se muestran partidarios de una pena corta que conmueva al infractor, que lo golpee, haciendo recapacitar sobre su comportamiento.

Las tendencias modernas de la política criminal surgen del desencanto ante la escasa eficacia de los programas resocializadores que lleva aparejada la privación de libertad. Así lo señala Jescheck quien advierte que este movimiento exige la más extremada cautela en las intervenciones coactivas que realiza la justicia penal en la libertad y personalidad del inculpado, exigencia resumida en la frase *radical non intervention* en los Estados Unidos, que coincide con la nueva *défense sociale* en el pesimismo que actualmente se advierte frente a las posibilidades de rehabilitación que se dan con la ejecución de la pena privativa de libertad. Se propone que, excepto en casos graves y de multirreincidencia, se excluya al inculpado del proceso penal, corrigiéndolo por medio de carácter no penal. Estas soluciones a medio camino entre el proceso penal y la total *non intervention* pueden consistir en la reparación del daño causado, en cierta clase de *probation*, en convenios informales entre las partes, en un tratamiento psiquiátrico, en el sometimiento a una cura de deshabitación, en logoterapia, en terapia de grupo, en procurar puestos de trabajo o vivienda, en un *community service*, etcétera.

No obstante estos aportes, los países que marchan a la cabeza en materia de política criminal y que sirven de fuente de inspiración a nuestros juristas (es el caso de la República Federal de Alemania) siguen utilizando a la pena como prevención general y rechazan las tendencias radicales en pro de la desincriminación. Por lo que es dable suponer que la prisión seguirá siendo por un período, cuyo fin no se avizora, el destino final de quienes cometan delitos graves, sin perjuicio de que se implanten otras penas que satisfagan mejor las aspiraciones de una resocialización positiva. Mientras la libertad sea uno de los bienes jurídicos más preciados esta idea prevalecerá. Si la libertad es desplazada de su sitio por otras apetencias, hacia allí se dirigirá la represión. A la captación de los cambios posibles se orientan algunas políticas, como aquellas que auspician penas que tiendan a disminuir el nivel de vida del condenado sin privarle de la libertad.

3. Antecedentes nacionales

a) El Proyecto Tejedor abrevaba en el Código de Baviera y de él tomó las ideas referidas a estas penas que, en definitiva, no pudieron ser llevadas a la práctica en nuestro medio porque las circunstancias del país eran distintas y no lo permitían.

Enumeraba cuatro penas de encierro: presidio, penitenciaría, prisión y arresto. Además instituía el confinamiento y el destierro, que eran más que privativas, limitativas de la libertad. Los sentenciados a presidio trabajarían públicamente en beneficio del Estado, con una cadena al pie, pendiente de la cintura o asida a la de otro penado; serían empleados en trabajos exteriores, duros y penosos, como construcciones de canales, obras de fortificación, caminos, y no recibirían auxilio alguno fuera del establecimiento. En el Código Penal imperial de Alemania ello equivalía a la reclusión, como pena grave infamante con trabajo forzado. Era la pena de los crímenes mientras que la prisión lo era de los delitos. Esto tiene trascendencia en nuestro país, a la luz de lo dispuesto por el art. 61 de la Const. nacional, cuestión que examinaré más adelante.

Lo cierto es que Tejedor partía de dos criterios que no necesariamente debían coincidir; uno era el lugar y otro el modo de ejecución. Llama *presidio* a la pena más grave señalando en la nota explicativa: “en España, los presidios eran ciertas ciudades o fortalezas guarnecidas de soldados. De allí vino a llamarse con el mismo nombre el castigo que se imponía a los reos de servir en los trabajos a que en ellos se los destinaba”. Como advierte la falta total de tales establecimientos en nuestra tierra, la diferencia con las otras penas estaría dada por el modo de ejecución. Y así la señala como una pena ejemplar e infamante a raíz del empleo de los condenados en los trabajos públicos (en la publicidad está la infamia, decía con razón Bentham). Agregaba Tejedor: “no sólo intimida, sino que inspira horror y la opinión pública encuentra en ella una expiación suficiente para los más grandes crímenes”.

Con respecto a la pena de *penitenciaría* del Proyecto, dice: “los sentenciados a penitenciaría la sufrirán en las penitenciarías donde las hubiese, o en establecimientos distintos de los presidios, con sujeción a trabajos forzados dentro de ellos mismos y sin cadena, exceptuando el caso de temerse seriamente la evasión”. Nuevamente se advierte la duplicidad de criterios: el del edificio del penal en sí y el del modo de ejecución. Como establecimientos distintos no había, la diferencia estaría dada en la práctica por el modo de ejecución.

La pena de *prisión* se sufrirá, decía el Proyecto, en cárceles que no eran los presidios ni penitenciarías. Y aquí aparecía nuevamente la dificultad propia de la ausencia de establecimientos distintos. Lo mismo puede decirse de la pena del *arresto*, que debía cumplirse en cárcel, policía o cuerpo de guardia, según los casos; pero esta prisión será siempre diferente de la de los acusados o procesados, pudiendo ser arrestados en sus propias casas las mujeres honestas, las personas ancianas o valetudinarias, y las que vivan de algún arte, profesión u oficio doméstico. Añadía una disposición interesante: “esta pena no podrá bajar de quince días ni exceder de tres meses”. Su breve duración coincide con el arresto de los códigos de faltas argentinos vigentes.

Con este esquema Tejedor implícitamente imponía que en cada jurisdicción hubiese cinco clases de establecimientos carcelarios: para alojar a los que sufrían prisión preventiva, a los condenados a presidio, penitenciaría, prisión y arresto.

Si aún hoy tal abundancia de establecimientos es impensable, en la sexta década del siglo XIX no existía la mínima posibilidad de que se construyesen.

b) El Código Penal de 1886 adoptó el mismo sistema, los condenados a presidio serían empleados en trabajos duros y penosos, los condenados a penitenciaría, en trabajos forzosos, los condenados a prisión sufrirían la pena en otras cárceles, y los condenados a arresto en cárcel, policía o cuerpo de guardia. Sólo se eliminó la mención a la cadena. Sobre la realidad del régimen dice Moreno (h.): “esas penas no se cumplían en ninguna parte, ni siquiera en la capital de la República, donde a causa de los mayores recursos y más grande cultura, pudo haberse hecho el ensayo”.

“Los condenados a presidio y a penitenciaría estaban sometidos al mismo régimen. En muchos casos se encontraban junto con los condenados a prisión y a arresto, y aún con los procesados sujetos a prisión preventiva. En las provincias las deficiencias eran más generales, a causa de la falta de elementos, siendo la exigencia del trabajo un enunciado que no se practicaba generalmente”.

c) El Proyecto de 1891 redujo a dos las penas de encierro: presidio y penitenciaría. La primera debía cumplirse con trabajos forzados en un establecimiento destinado especialmente al efecto y situado a la mayor distancia posible de los centros poblados. Preveía que el gobierno de la Nación fundase en alguna de las islas del sur de la República un presidio. Así como en la isla De los Estados u otra que se destinase al efecto debía cumplirse la pena de deportación, relegándose allí por tiempo indeterminado al condenado. La pena de penitenciaría se debía cumplir en establecimientos distintos de los presidios y cada penado podía elegir el género de trabajos a realizar.

d) El Código Penal de 1921 “teniendo en cuenta los antecedentes propios, las características del país, su sistema de gobierno, sus recursos, sus posibilidades y condiciones en general, ha creado un sistema penal práctico susceptible de ser aplicado y conveniente bajo todo punto de vista”, dice Moreno (h.) a quien, por haber introducido el Proyecto que luego fue ley, algunos llamaron “el codificador”.

Así se redujo a dos el número de estas penas: reclusión y prisión, con diferencias a las que me referiré más adelante y unificadas luego en su ejecución por la ley penitenciaria nacional.

e) Los diversos proyectos de reforma mantienen, en general, las dos penas. Constituyen excepción el de 1951 y el de 1953, que dejan solamente la prisión. El último repite el concepto de la Const. nacional vigente en su momento, diciendo: “la pena de prisión se ejecutará con la finalidad de obtener la reeducación social del condenado” (art. 45, párr. 1°).

Por su parte el Proyecto de 1973/74 coincidía en mantener solamente la prisión y le fijaba reglas especiales en su art. 20. Entre ellas que la ejecución no deberá menoscabar la dignidad de las personas (inc. 1°). Los derechos del condenado no deberán restringirse más allá de lo que resulta necesario para el tratamiento (inc. 2°). El tratamiento estimulará el sentido de responsabilidad del condenado. La vida en la

prisión se regirán por reglas análogas a las vigentes en la sociedad libre (inc. 3º). El condenado gozará también del derecho de administrar su patrimonio y sus ingresos, sin perjuicio de las limitaciones que los jueces de sentencia y de ejecución pudieran determinar por ciertas razones (inc. 5º).

Como el Proyecto de 1979 vuelve a las dos penas: reclusión y prisión, en su art. 38, no se puede notar una tendencia. Además no hay coincidencia doctrinaria sobre la conveniencia de mantener la distinción o establecer una pena única privativa de libertad, por lo que es difícil vislumbrar el futuro de ese tema en la legislación argentina.

4. Reclusión y prisión. Diferencias. Reclusión accesoria por tiempo indeterminado

a) No resulta muy fácil discernir en qué consiste una y otra pena y sus diferencias, sobre todo ahora que legalmente se ha unificado la ejecución. Hay diversas disposiciones del Código que se refieren a una u otra, pero la dificultad existe en determinar con exactitud el origen de esas diferencias. Ya he señalado algunos antecedentes históricos. Cabe agregar que la Exposición de motivos del Proyecto de 1906, que sirvió de base al que en 1917 presentó Moreno (h.), fincaba la diferencia entre la pena más grave y la otra en el trabajo forzado para una y el trabajo común para la otra.

Esa pauta se siguió en el Código que en su art. 6º dispone: “la pena de reclusión, perpetua o temporal se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier tipo con tal que no fueren contratadas por particulares”.

A su vez el art. 9º dice: “la pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos”. La diferencia está, entonces, en que los establecimientos deben ser distintos y que los condenados a reclusión pueden ser empleados en obras públicas. Lo de los establecimientos distintos no marca nada diferencial sino sólo una separación, por lo que la distinción está en el empleo de los reclusos en obras públicas. Allí, y fundamentalmente en la publicidad, estaría la infamia, a la que se refirió Bentham, como lo he recordado precedentemente. Esto al mismo tiempo permitiría distinguir la hipótesis prevista por el art. 61 de la Const. nacional. Pero que la distinción es sutil lo demuestra la intervención del senador Rojas en el proceso de discusión del Proyecto: “¿qué diferencia legal existe entre la reclusión y la prisión?” A su juicio la clase de trabajo no da a cada pena su fisonomía propia, por lo que al Código le correspondía establecer claramente los caracteres peculiares de cada pena y las diferencias con las demás.

A la luz del hecho de que la ley penitenciaria nacional ha unificado la ejecución, las diferencias son las que surgen de los diversos preceptos del Código Penal y sirven a los efectos de una mejor individualización de la sanción.

b) El art. 5º enuncia las penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación. Y que esta ubicación se refiere a la gravedad relativa de las penas está explícitamente dicho en el art. 57. Con lo que no queda duda que la reclusión es más grave que la

prisión. Pese a las no muy claras correlaciones con los precedentes, así se entendió desde el origen. Moreno (h.), entre otras reflexiones, lo expresa: “la reclusión y la prisión clasifican a los delincuentes, desde que los autores de crímenes más graves serán condenados a la primera, mientras que recaerá la segunda sobre los autores de delitos de menor gravedad”.

“Los tribunales, con sus sentencias, harán así una diferenciación entre los distintos tipos, dividiéndolos en dos grupos: los más peligrosos y más inadaptables, frente a los que han demostrado no tener esos inconvenientes en medida tan grande”.

“Cada grupo deberá ir a un establecimiento especial, donde dominará un régimen determinado. Es indudable que no se dicta la ley carcelaria, si no se construyen establecimientos adecuados o no se adaptan los existentes a las nuevas prescripciones legales, continuaremos como hemos estado hasta hoy, teniendo un Código con disposiciones determinadas y una práctica contraria a las mismas”.

Esto último es lo que ha ocurrido, por lo que, en lugar de construir establecimientos se modificó la ley. Pero ello no significa la eliminación de las diferencias entre ambas penas. La reclusión es más grave que la prisión, y ello resulta no sólo de los arts. 5° y 57 ya citados, sino de otras varias disposiciones.

c) El art. 7° establece que “los hombres débiles o enfermos y los mayores de setenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento”. El antecedente está en el art. 62 del Cód. Penal de 1886. Recuérdese que los sentenciados a presidio debían ser empleados en trabajos “duros y penosos” (art. 60) y se explica entonces que, como dice Pacheco, el beneficio se acuerde en virtud de reglas de decencia y de humanidad y su concepción es tan natural y sencilla que no hay un código moderno que no las haya consagrado.

d) El art. 10 concede un beneficio a los condenados a prisión, que le es negado a los que lo son a reclusión: “cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias”.

e) El lapso de cumplimiento de la condena, a los efectos de obtener la libertad condicional y cuando la pena es de tres años o menor, es más breve cuando se trata de prisión (ocho meses) que en el caso de reclusión (un año), según lo dispone el art. 13.

f) En el cómputo de la prisión preventiva (art. 24) se destaca asimismo la diferencia pues dos días de prisión preventiva equivalen a uno de reclusión; mientras que la relación es de uno a uno en el caso de la pena de prisión.

g) La condena de ejecución condicional, se concede sólo en relación a la pena de prisión (art. 16) siendo ésta una de las consecuencias más importantes de elegir una u otra pena, cuando son alternativas, y una demostración de la utilidad de la existencia de ambas a los fines de una mejor individualización de la sanción.

h) La disminución de la pena de la tentativa (art. 44) y de la complicidad secundaria (art. 46) es distinta cuando las penas son perpetuas; la de reclusión será de quince a veinte años y la de prisión de diez a quince años.

i) El Código no ha establecido en la parte general cuáles son los límites mínimo y máximo de cada pena. El tema fue objeto de debate durante el proceso de sanción del Código de 1921. La Comisión de Códigos del Senado redactó los arts. 6° y 8° de manera que según el primero la reclusión temporal no sería inferior a un año ni superior a veinticinco años, y conforme al segundo la prisión temporal no podía ser menor de cuatro días ni superior a veinticinco años. Invocaba el anteproyecto de Código Penal para Suecia, preparado por Thyrén orientado en el mismo sentido. Pero la Cámara de Diputados de nuestro país rechazó las enmiendas entendiendo que el mínimo y el máximo de cada pena debía surgir de las normas de la parte especial.

Los Proyectos de 1960 y 1979 fijan los mínimos y máximos. En la nota al art. 41, el primero dice: “fijamos el límite mínimo y máximo de esta pena, según lo hacen en general los códigos, a diferencia del nuestro. Fijamos el límite de la reclusión temporal en veinte años, salvo el caso de concurso de delitos, pues no nos parece lógico llevarla hasta una duración que prácticamente la confunda con la reclusión perpetua. El límite mínimo queda determinado en tres años, con lo cual excluimos, en principio, penas de reclusión de corta duración, incompatibles con la naturaleza de aquélla”.

Se trata en definitiva, de una cuestión de técnica legislativa. Quizás más interesante que poner o no las pautas en la parte general y las concretas escalas en la parte especial, sería analizar la conveniencia de seguir el modelo del actual Código Penal de la República Federal de Alemania. Éste establece en el § 38, n° 2: “el máximo de la pena privativa de libertad es de quince años y el mínimo de un mes”. Y en muchas de las disposiciones de la parte especial establece el máximo de la pena, no el mínimo. Con lo cual deja al juez la posibilidad de individualizar con mayor eficacia la condena. Nuestro legislador no deposita la misma confianza en la sabiduría de los jueces y con mínimos altos determina a veces condenas injustas, o que se evada el rígido resultado mediante recursos no totalmente ortodoxos.

j) Las diferencias entre reclusión y prisión tienen importancia en relación a lo dispuesto por el art. 69 de la Const. nacional: “ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho”. La norma tiene su origen en el art. 36 de la Constitución de 1826; Soler interpreta que la pena de reclusión ha venido a asumir el carácter de pena aflictiva o infamante. Siendo así, su mantenimiento sería necesario para poder efectuar las distinciones previstas por el precepto constitucional, que de otro modo no podría aplicarse. Zaffaroni opina lo contrario, según él la pena de reclusión no es propiamente una pena infamante, aunque conserva su resabio de tal condición. El art. 69, a su criterio, no impone la distinción pues con las mismas razones habría que separar los crímenes de los delitos y las penas aflictivas de las que no lo son. Por mi parte creo que no existe obstáculo constitucional para que haya una sola pena privativa de libertad. Si así lo dispusiese la ley el art. 69 debería interpretarse de manera que el legislador pudiese ser arrestado en el caso de que el crimen que estuviese ejecutando mereciese pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo o pena de inhabilitación absoluta. Ello a la luz de los antecedentes históricos del precepto, y principalmente porque las leyes españolas de la primera mitad del

siglo pasado traían una clasificación de las penas y entre las aflictivas se encontraban, además de otras hoy desaparecidas, las de privación de libertad más duras y las de inhabilitación. Esa gravedad y la manera que la pena repercute sobre la fama o el sufrimiento del encierro seguiría sirviendo a los fines de la interpretación.

k) Cuando examine el tema de las medidas de seguridad será el momento de comentar la cuestión de la reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52 del Cód. Penal. No obstante conviene adelantar que este encierro no se diferencia, en cuanto a la ejecución respecta, de la pena. Sí en su duración y en los requisitos para obtener la libertad condicional. En cuanto a los fundamentos de la institución y los objetivos que se persiguen, juegan los antecedentes históricos que permiten hacer derivar su existencia de las primitivas medidas de seguridad eliminatorias. No obstante su naturaleza jurídica está controvertida, precisamente por su indiferencia práctica con las penas privativas de libertad, y es justamente a este tema a lo que me referiré en su momento.

5. Duración. Cómputo

a) Según el art. 77 del Cód. Penal los plazos a que se refiere serán contados con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Rigen en consecuencia las normas del Título II de los preliminares de este cuerpo legal. Sin embargo hay una diferencia, introducida por la ley 21.931, según la cual la liberación de los condenados se efectuará al mediodía del día correspondiente. La Exposición de motivos dice: “la norma propiciada tiende a lograr la eliminación de un factor criminógeno de importancia, pues en la actualidad los presos recuperan su libertad a medianoche, con todos los inconvenientes que ello acarrea: desorientación, dificultoso traslado hasta el domicilio, problemas para conseguir alojamiento transitorio, considerable distancia de los establecimientos penales a las poblaciones civiles y escasez de medios de transporte, más los inconvenientes que se producen por falta de documentación correcta o por la insuficiencia de dinero”.

La remisión a las normas del Código Civil hubiese sido suficiente como para evitar cualquier discusión al respecto. En el proceso legislativo que llevó a la sanción del Código de 1921 aparece por primera vez en el Proyecto de 1891 y figura sin cambios en los de 1906 y 1917. Incluso pareció innecesario decirlo expresamente y el senador Rojas se manifestó partidario de la supresión del artículo expresando respecto de los plazos: “este inciso es inútil desde el momento en que los arts. 23 al 19 del Código Civil establecen que las disposiciones contenidas en ellos se aplican en todos los plazos señalados por las leyes”.

Los textos son claros y sin embargo se producen casos en que, en virtud de ciertas disminuciones como la de la tentativa o la participación secundaria, quedan fracciones de días. Por imperio de la ley se debe computar el día entero (art. 27, Cód. Civil). Esto hace decir a Zaffaroni que las horas transcurridas entre el momento de la detención y la medianoche de ese día, que no se cuentan a raíz de que los plazos fenecen a la medianoche del día de su fecha, constituyen una verdadera prolongación de la pena. Sostiene que ello obliga a computar el día del comienzo de ejecución como día completo. Como puede observarse se trata de una interpretación contraria al texto expresado de la ley.

b) Como ya he recordado, no hay en la parte general una indicación sobre el mínimo y máximo de cada pena, por lo que tales topes hay que buscarlos en las normas de la parte especial. Tiene importancia tal indagación porque en el art. 44, en el caso de delito imposible, la pena puede ser reducida “al mínimo legal”. Y en el art. 55 se dispone que la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos, en el concurso real, “no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”. Por ello si se advierte que la pena de las lesiones leves en riña tiene un mínimo de cuatro días (art. 96) y que en el caso de la tentativa o de la participación secundaria puede disminuirse, según una de las interpretaciones corrientes de esta pauta de deducción, la pena mínima de prisión sería de dos días. En cuanto al máximo, el de la reclusión y prisión temporales es de veinticinco años según lo disponen varios artículos comenzando por el art. 79 correspondiente al homicidio simple.

Tampoco existen en nuestro derecho penas perpetuas, pese a las expresiones que en distintas normas usa el Código. El art. 13 fija límites a las penas reclusión o prisión perpetua, por lo que sólo no tienen tope cuando se trata de un individuo a quienes no le corresponde el beneficio de la libertad condicional. Así es en el caso de los reincidentes (art. 14) y respecto de quien la libertad condicional ha sido revocada (art. 17) y está condenado a reclusión o prisión perpetua.

6. La locura del condenado

Si durante la condena el penado se volviese loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena, dice el art. 25, parte 1ª, del Cód. Penal. Agrega: “sin que ello obste a lo dispuesto en el ap. 3º del inc. 1º del art. 34”. Éste dispone la reclusión de un establecimiento adecuado hasta que se compruebe la desaparición de las condiciones que lo hicieren peligroso. A su vez la ley penitenciaria ordena la separación del régimen común del interno que presentase alguna de las formas de alineación mental.

El proceso legislativo que llevó a la sanción del actual art. 25 se inicia con el Proyecto Tejedor que dispone que quienes cayesen en estado de demencia después del fallo, no sufrirán castigo alguno mientras permanezcan en ese estado, a la vez que el Código de 1886 incorpora la fórmula actual. Hay una inversión del criterio porque en el primer caso se podía interpretar que suspendido el castigo no se computaría el tiempo de la locura para las finalidades del cumplimiento de la pena. Sin embargo, leyendo las notas de Tejedor a su Proyecto se advierte que en realidad lo que repudia el codificador es la posibilidad de que se condene a alguien que no puede defenderse, o que se ejecute la pena sobre aquél en quien no puede producir efectos, “porque sería inhumano y aún absurdo hacer subir al cadalso o cargar cadenas a un insensato”. La solución del Código es correcta, pues si bien durante la locura el interno no sufre los efectos de la ejecución penal propiamente dicha, tampoco recupera la libertad. Y esa privación es consecuencia de la condena, por lo que el período debe computarse. La situación de salud mental a que ha llegado no cambia la naturaleza jurídica de la internación; tanto es así que ésta no puede prolongarse más allá del tiempo de la pena, no obstante que la peligrosidad no haya desaparecido. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la posible aplicación de las normas del Código Civil sobre la internación de los enfermos mentales peligrosos (art. 482).

Zaffaroni sostiene, por el contrario, que la aclaración del art. 25, párr. final, impide que el juez pueda ordenar la libertad de un enfermo peligroso, porque haya cumplido su condena.

7. La libertad condicional

La última etapa del período de prueba comienza con el otorgamiento de la libertad condicional, institución regulada por los arts. 13 a 17 del Cód. Penal. Sus antecedentes nacionales parten del Proyecto Tejedor que preveía la posibilidad de conceder la gracia, luego de un período de cumplimiento de la pena y habiendo observado buena conducta. La idea estaba tomada del Código de Baviera, impulsada por razones de humanidad y como un estímulo al buen comportamiento. Sin embargo, no era un derecho adquirido por el condenado, sino una posibilidad de obtener la remisión de parte del tiempo de la pena. Lo mismo resultaba de las disposiciones del Código de 1886. En consecuencia no se la diferenciaba del indulto o conmutación, que son facultades constitucionales del Poder Ejecutivo; aunque hubo opiniones que consideraban que el derecho de gracia se lo atribuía el Código Penal al Poder Judicial.

El Proyecto de 1891, inspirado en las ideas y legislaciones extranjeras de la época, es el primero que trata acerca de la libertad condicional, sentando las bases de la redacción que las disposiciones respectivas tomaron en el Código de 1921. Esas reglas tuvieron expresión más precisa en el Proyecto de 1906. La Comisión Redactora, que integraron Diego Saavedra, Francisco J. Beazley, Rodolfo Rivarola, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero y José María Ramos Mejía, fundamenta así la iniciativa: “otra institución adoptada hoy casi universalmente y que también proponemos es la libertad condicional de los penados que hayan dado prueba de una positiva reforma. Nada más justo, en efecto, si el objeto principal de la pena es la reforma, que suspender sus efectos, cuando ella ha dado los resultados buscados”. Se adhiere a las palabras del informe presentado a la Cámara de representantes de Bélgica en 1888: “durante la excarcelación del condenado, ella es un estímulo de buena conducta, un germen de enmienda, una prima ofrecida al detenido arrepentido. Después de obtenida la libertad, ella contribuye eficazmente a mantener al favorecido en la vía del bien, a prevenir su caída”.

Al tratarse el Proyecto que condujo a la sanción del nuevo Código en 1921 se produjo un intenso debate, con la intervención activa del senador Rojas, que perfeccionó el texto aprobado inicialmente por la Cámara de Diputados. Y así se llega al régimen actual en el que se establecen los plazos de condena que se deben haber cumplido para pedir el beneficio, así como la necesidad de haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios y las condiciones que imponen el auto de soltura (art. 13), y cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esas condiciones (arts. 15 y 17) así como la extinción de la pena al término de la condena o cumplido el plazo de cinco años señalado en el art. 13, si la libertad condicional no ha sido revocada (art. 16).

Por su parte el art. 14 establece que la libertad condicional no se concederá a los reincidentes. La regla se introdujo en el Proyecto de 1906 y se mantuvo en el de 1917. Moreno (h.) lo fundamenta así: “la libertad condicional supone la corrección

del penado y la conducta de los reincidentes supone lo contrario. La sociedad tiene interés en estos casos, en defenderse, y no en colocar a los sujetos peligrosos en condiciones de dañarla”.

El alcance del precepto se ha puesto sobre el tapete a raíz de pronunciamientos judiciales, que tuvieron mucha repercusión pública. La Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional concedió la libertad a reincidentes sosteniendo que el instituto de la reincidencia viola el principio *non bis in idem*, y en consecuencia declaró inconstitucional el art. 14 del Cód. Penal en cuanto veda la libertad condicional al reincidente. En su voto Zaffaroni dijo que “la negación de toda posibilidad de libertad condicional se traduce realmente en una pena de mayor entidad, toda vez que la ejecución total de la misma resulta más gravosa por la completa privación de libertad del condenado por todo el tiempo de la misma”.

La Corte Suprema de la Nación se expidió en sentido contrario, pues aquél pronunciamiento no demuestra adecuadamente “de qué modo la norma en examen, al tornar más riguroso el cumplimiento de la pena impuesta en la condena que motiva la reincidencia, conculca la autoridad de cosa juzgada de la anterior sentencia condenatoria. Al margen de tal objeción el principio constitucional enunciado, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena, entendida como un dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal (ver en sentido concordante ‘Pace v. Alabama’, 106 U.S. 583, ‘Leeper v. Texas’, 139 U.S. 462 y ‘Moore v. Missouri’, 159 U.S. 673 de la Suprema Corte de los Estados Unidos)”.

Resulta incuestionable que la decisión de la Corte es acertada, no sólo por lo dicho en el párrafo precedente sino porque en definitiva, cuando el Código no admite la concesión de la libertad condicional a los reincidentes no agrava la situación de ello sino que los priva de un beneficio. No hay violación a precepto constitucional alguno, más allá de que resulte aconsejable o no una reforma legislativa.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.