

*Alternativas a la pena y alternativas a la prisión**

Por Jorge De la Rúa

1. Como cuestión teórica, las alternativas a la pena y alternativas a la prisión, propuestas como tema, pueden ser objeto de un estudio dogmático, en un sistema jurídico dado; pueden serlo, también, en un plano de pura política criminal; por fin, pueden constituir una suerte de combinación –con esos controvertidos límites entre ambos órdenes de conocimiento¹– entre dogmática y política criminal, entendida ésta como estudio de los principios que la dogmática recepta y como crítica sobre los que debiera receptor. Nuestro objeto de exposición comprenderá un análisis relacionado con esta última alternativa. Todo ello, en un marco en el que no pueden excluirse desarrollos sobre la esencia del sistema penal, incluida la finalidad de la pena, que si bien no es el tema puntual del relato, condiciona tanto el estudio dogmático como el estudio político crítico que pueda hacerse.

2. Estamos persuadidos del sentido prevalecientemente garantista de un sistema penal basado en una organización político-estatal de esencia democrática y republicana. Ello, que se traduce nítidamente en relación con los desarrollos del fundamento de la responsabilidad penal (en general, teoría del delito)², subsiste también en orden a los otros aspectos del sistema (estructuración de tipos delictivos, consecuencias del delito). Sin embargo, en éstos el garantismo ocupa una menor parte del espacio (legalidad, dignidad, proporcionalidad, humanidad), porque caben en ellos mayores opciones de política criminal (qué castigar, por qué castigar, cómo castigar, para qué castigar) que no se agotan únicamente en presupuestos garantistas, sino que incorporan conceptos de eficiencia y eficacia³.

Va de suyo, pues, y lo reiteramos, que el sentido político-criminal que pueda asignársele al castigo, en particular en cuanto a la finalidad de la pena, estará presente en todos los desarrollos. Al respecto, nuestra posición es definida. Admitimos, como instrumento necesario aunque no deseable en una sociedad que no alcanza parámetros de autocontrol o de control externo sin el uso de la pena, que el sistema está edificado sobre el castigo de hechos gravemente atentatorios contra bienes o intereses significativos de esa sociedad, definidos por el legislador en el marco de valores reconocidos y consagrados por la carta constitucional. La procedencia del

* Congreso Internacional de Derecho Penal, Bs. As., 1997. Extraído de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar. [Bibliografía recomendada](#).

¹ Ver, Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Jaén, 1979; Núñez Barbero, Ruperto, *Derecho penal y política criminal*, "Doctrina Penal", n° 15, 1981, p. 479 y siguientes.

² Los desarrollos de la teoría de la responsabilidad penal, muestran su esencia garantista en razón de su fundamentación constitucional (necesidad de una conducta exterior –hecho– que excluye pensamientos y acciones privadas, derivada del principio de privacidad, de un encuadramiento lógico-conceptual en el tipo derivado del principio de legalidad, de la ilicitud del acto derivada del principio de la libertad civil que permite hacer todo lo que no está prohibido, y de la culpabilidad como derivación del propio sistema democrático que, dirigido a personas libres, sólo puede castigarlas en la medida que hayan podido ejercer esa libertad) (De La Rúa, Jorge, *El derecho penal como sistema de garantías*, Cuadernos, n° 1, Universidad Nacional de Córdoba, 1995).

³ Sobre los excesos funcionalistas que derivan de una fundamentación sociotecnológica del derecho penal, ver, Hassemer, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, "Doxa", n° 8, Alicante, 1990, p. 173 y siguientes.

castigo sólo deriva de las estrictas condiciones de la responsabilidad penal, básicamente garantista.

Pero esto constituye un límite de base –no puede haber castigo si no se dan las condiciones de la responsabilidad penal– pero no determinante de una consecuencia necesaria –todo hecho debe ser castigado si se dan tales condiciones– falsa utopía de un sistema de legalidad rígida. Por ello, un sistema legal debe condicionar y estructurar el castigo conforme a principios expresos o implícitos. Desde la hipótesis máxima que excluye toda consecuencia sobre la base de determinadas pautas valorativas (perdón judicial, eximiciones, conminaciones, etc.)⁴, hasta aplicar la pena, adosando finalidades que pueden comprender opciones o alternativas.

Naturalmente, aquí surge el debate entre culpabilidad y peligrosidad⁵ o prevención, en sus roles sobre la pena⁶. En este Congreso se ha expuesto extensamente sobre el tema, que cobra sentido en el marco de una concepción normativa de la culpabilidad. Si la culpabilidad constituye un juicio de reprochabilidad sobre la base de la exigibilidad, los parámetros generadores de la exigencia (deber de actuar de otro modo), se pretende sean utilizados, también, como parámetros de medición del grado de culpabilidad para mensurar la pena que, desde un punto de vista garantista, se consideran como límites a la pena. En suma, la culpabilidad se traslada a la pena, como límite a su medida. En concepciones más recientes, se sigue el proceso inverso, desde la pena hacia la culpabilidad, integrando ésta con elementos de prevención, propios de la pena.

A nuestro criterio la traslación de la culpabilidad como elemento integrador de la aplicación de las penas, ofrece dos dificultades. De una parte, no hay pautas que permitan reglar en concreto un grado de culpabilidad que permita al juez tener una regla de determinación de una pena o de su medida claramente delimitado. Los intentos realizados no llegan sino a expresar pautas tendenciales que abren fuertemente la compuerta a las valoraciones o prejuicios éticos o semiéticos del juzgador.

Y esto se relaciona con nuestra segunda objeción: admitir un rol determinante cuantitativo de la culpabilidad sobre la pena, si bien asignándole una función limitadora (la pena no puede exceder la culpabilidad), abre una instancia de necesaria vinculación de la culpabilidad con la pena, con los riesgos de que el supuesto límite no cumpla funciones de tal, sino por el contrario determine la ampliación de una responsabilidad concreta con la evaluación de pautas de deber o de exigibilidad en las que, quiérase o no, juega un rol preponderante la situación existencial del autor, lo

⁴ La cuestión no debe confundirse con aquellas valoraciones que inciden, según algunos, en la responsabilidad penal misma, como falta de adecuación social.

⁵ Hablamos de peligrosidad siguiendo la terminología del Código de 1922, en su art. 41. No debe confundirse con la peligrosidad fundamentadora de las medidas de seguridad, pues en ella la peligrosidad es el concepto excluyente y ajeno a la pena, sin perjuicio de zonas difusas, como la medida de seguridad para multireincidentes (De La Rúa, Jorge, *Medidas de seguridad*, Caracas, 1980, y *Código Penal argentino*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, art. 34, inc. 1°).

⁶ O, revirtiendo la secuencia, acotar la culpabilidad sobre la base de los fines de la pena, como Roxin (Núñez Barbero, *Derecho penal y política criminal*, p. 495 y siguientes). En cuanto sostener que la culpabilidad es el límite de la pena, la cuestión es propia de concepciones normativas que no encuentran, de todos modos, procedimientos realistas para establecer tal límite (ver una crítica a la reprochabilidad en Hassemmer, Winfried, *¿Alternativas al principio de culpabilidad?*, "Doctrina Penal", n° 18, 1982, p. 233 y siguientes). La cuestión atañe a la teoría de la pena, no a la de la responsabilidad, y reconoce sus propios principios (legalidad, humanidad, dignidad, proporcionalidad).

que puede derivar, en una mala interpretación, a mirar más a su existencia o a su alma, que al hecho cometido, y ya sabemos el peligro que esto significa en el derecho penal, cuando de aplicar penas se trata.

Pero, al margen de este peligro, inexistente en juristas liberales, el criterio puede derivar en una extensión indebida de la pena. En efecto, el razonamiento se formula como que la culpabilidad es inferior a la necesidad de prevención, de donde el concepto de “límite” tiene sentido. Pero es claramente posible la situación inversa, especialmente en aquellos casos en que la necesidad de prevención es inexistente, como el del autor que ha quedado cuadrapléjico, o el de quien sufre enfermedad terminal. Verdad es que se acude a la “pena natural” (con fuerte contenido providencialista) o, como se ha dicho acá, a factores “destructivos” de la culpabilidad, difícilmente explicables, por su acaecimiento ulterior, en el marco de una culpabilidad por el hecho. Es posible, en tales casos, decir que el límite lo establece la prevención, no la culpabilidad, pero entonces se debilita el principio del rol garantizador o limitador de la culpabilidad, al aceptar, en un pie de igualdad, al rol de la prevención, también como garantizador o limitador de la pena.

Pareciera, y eso pensamos, que aun en concepciones normativas no resulta adecuado apartarse del rol garantista de los elementos del delito, pero en un garantismo limitado en orden a su función de impedir, ante su no concurrencia, toda pena al sujeto. No hay pena sin culpabilidad, y ello es obvio. Pero la pena en sí, superado ese obstáculo, se rige por sus reglas, fundamentalmente la proporcionalidad con el hecho (donde está incluida la culpabilidad), la razonabilidad, humanidad, etc., y está esencialmente limitada por la naturaleza y gravedad objetiva y subjetiva del hecho, en el marco de una prevención especial acotada por pautas de mínima suficiencia.

Formuladas estas apreciaciones, y aproximándonos a nuestro tema, advertimos que la fundamentación teórica de los sistemas penales modernos de base democrática no se limita, en general, al castigo como pura retribución (esto es, prevención general o prevención especial negativa), sino que procura acotarlo, con diverso éxito, con finalidades mejoradoras y reformistas en un marco de prevención especial positiva.

3. En nuestro derecho positivo existen algunas pautas sobre finalidad de la pena. Así, en orden a las penas privativas de libertad, ellas surgen actualmente de la Constitución nacional, al receptar ésta, con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), tratados internacionales que fijan la finalidad de la pena privativa de libertad, y de la ley penitenciaria, en el mismo sentido (y desde mucho antes), a más del controvertido art. 18 sobre las cárceles⁷; la finalidad es más difusa en relación con otras penas, como la multa⁸ y la inhabilitación⁹, y resulta inexistente, salvo como segregación o puro castigo, en las penas fijas, especialmente en las perpetuas.

⁷ Los pactos de San José de Costa Rica, art. 5°, inc. 6°, y de Nueva York, art. 10, inc. 3°, con jerarquía constitucional desde 1994 (art. 75, inc. 22), aluden a “la reforma y la readaptación social”. La ley penitenciaria 24.660, art. 1°, se refiere a “readaptación social del condenado”. La regla del art. 19 de la Const. nacional, sobre las cárceles, al señalar que son para seguridad y no para castigo, permite inferir una regla de humanidad, aunque se discute si está limitada a los procesados (De La Rúa, *Código Penal argentino*, art. 6° y ss., n° 96).

⁸ Quizás la pena más retributiva del sistema, pues se limita a guardar la proporcionalidad material (situación económica del penado) y, más aún, en su forma complementaria (art. 22 bis), buscando asignar un plus retributivo al mal ánimo (lucro), sin que en lugar alguno se aluda a su finalidad (las

Sin embargo, en el examen de una realidad legislativa como la nuestra, es dable advertir que ella no siempre se corresponde con la fundamentación teórica, pues la sola mención a la existencia de penas fijas, penas perpetuas, y en general penas de necesaria imposición aún frente a pronósticos ineludibles de falta de necesidad de prevención¹⁰, muestran una faz exclusivamente retributiva en el sistema.

Por otra parte, debe señalarse que si bien las finalidades preventivas teóricas de la pena fundamentan racionalmente el examen de las alternativas a la pena o a la prisión, entre nosotros la alternatividad, en la limitada medida en que es admitida, parece derivarse, también, de razones utilitarias colectivas y no preventivas, particularmente económicas o funcionales¹¹.

4. Previo al examen de nuestra legislación, en orden al tema que nos ocupa, debemos formular distinciones.

Cuando hablamos de *alternativas a las penas*, nos estamos refiriendo conceptualmente a hipótesis en las cuáles se dan las condiciones de la responsabilidad penal (obviamente, sobre la base de una sentencia judicial firme)¹², pero la ley permite no aplicar la sanción o aplicar una medida no penal.

Pero acotar de tal modo el tema no parece ser el contenido que la problemática actual del derecho penal asigna, por cuanto, fuera de ciertas medidas alternativas o de conminaciones o advertencias, lo que hoy se presenta como alternativas son también penas, aunque de menor entidad (multa¹³, trabajo comunitario¹⁴, prestaciones económicas¹⁵, etcétera). Por ello, consideraremos también como alternativas a la pena, la posibilidad legal de aplicar una pena de naturaleza más leve.

Resta por fin el caso en que, sin darse los presupuestos de responsabilidad penal por falta de sentencia judicial firme, se posibilita al acusado un medio alternativo que, por la vía de la extinción de la acción, le evita una pena “conjetural”.

formas alternativas miran a la forma de pago o sustitución, no de corrección; ello es válido incluso para el trabajo no remunerado, que no debe confundirse con formas modernas alternativas, esencialmente correctivas.

⁹ En la inhabilitación puede derivarse algún sentido de las reglas de rehabilitación (remediar la incompetencia, art. 20 ter, parr. 2°).

¹⁰ Ningún juez argentino podría dejar de aplicar pena al autor responsable de un delito que, después de cometido, ha quedado cuadrupléjico. Distinta es la cuestión de la ejecución de la pena.

¹¹ Como la tendencia a invocar la saturación del sistema o la superpoblación carcelaria, argumento esencial –junto a la evitación de la condena– en los fundamentos del proyecto que concluyó en el sistema de *probation* de la ley 24.316 (De La Rúa, *Código Penal argentino*, art. 76 bis y ss., n° 4). Tampoco el argumento es ajeno en el plano universal (Huber, Bárbara, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Madrid, 1994, p. 155, especialmente la referencia al informe del Consejo de Europa de 1986, p. 158).

¹² Por ello no pueden comprenderse en la hipótesis a las excusas absolutorias, pues éstas excluyen la responsabilidad penal.

¹³ Sobre la difusión de la multa como alternativa a la pena privativa de libertad, ver sobre el derecho alemán Roxin, Claus, *La reforma del derecho penal en la República Federal Alemana*, “Doctrina Penal”, 1977, p. 61 y ss.; y Tiedemann, Klaus, *Las sanciones y el sistema correccional*, “Doctrina Penal”, 1981, p. 511 y siguientes.

¹⁴ Huber, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, p. 163 y siguientes (la califica como “el auténtico sustitutivo de las penas cortas de prisión”).

¹⁵ Ver el tema de reparación y composición, en las tendencias modernas, en Huber, *Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad*, p. 167 y siguientes.

Tal es la *probation*, en la forma que ha sido regulada por nuestro derecho, en el que, a diferencia de otros, no hay condena de culpabilidad. No es una alternativa a la pena en sentido estricto, pues, justamente, no hay pena. Es, de todos modos, una alternativa evitadora de un proceso penal que puede conducir a una pena, y en tal sentido debe comprenderse en el tema.

La cuestión expuesta es distinta al examinar las alternativas del legislador, en cuanto a los criterios político-criminales de escogencia de determinadas especies y alternativas de pena como integradoras del tipo delictivo. Aquí la cuestión es íntegramente de política criminal, y su examen resulta válido para cualificar la mayor o menor flexibilidad del sistema, por lo que lo examinaremos en último término.

Más sencillo resulta deslindar el tema de las *alternativas a la pena privativa de libertad*, pues comprende todos los casos en que la ley permite, al condenado por sentencia firme por hecho al que corresponda pena privativa de libertad¹⁶, eximirlo de ella, o aplicarle, como alternativa, una pena de naturaleza menor (multa, inhabilitación), o incluso una medida de seguridad y prevención (tratamiento curativo). En un enfoque abarcativo, puede extenderse el tema a las modalidades evitadoras del “encierro”, como la condena de ejecución condicional o libertad condicional, o las diversas alternativas de la ley penitenciaria, algunas que lo atemperan (detención domiciliaria, prisión discontinua, semidetención) y otras que lo sustituyen (trabajo para la comunidad).

5. Con tales deslindes, en nuestro Código, salvo limitadísimas excepciones, puede afirmarse que no existe alternativa a la pena en general, por cuanto la condena de responsabilidad por delito previsto en dicho cuerpo normativo, implica necesariamente la imposición de la pena prevista en el respectivo tipo de la parte especial. No hay reglas en la parte general del Código que permitan una alternativa penal, fuera del caso de la eximición facultativa de pena al autor de delito imposible por falta de peligrosidad (art. 44). En la legislación especial, a su vez, es alternativa a la pena la opción judicial respecto del condenado o procesado por tenencia personal de estupefacientes, de sustituir la pena privativa de libertad por el sometimiento a una medida de curación (ley 23.737, arts. 17 y 18). La incorporación de la *probation*, en cambio, abre un panorama alternativo que puede constituir un cauce firme para la reforma del sistema.

De modo específico y en orden a la alternativa de eximir de pena privativa de libertad o sustituirla por una medida no penal, existen, tan solo, los casos del delito imposible y de los estupefacientes, analizados ya como alternativa a toda pena, por lo que admiten hipótesis de pena privativa de libertad.

Es mayor, en cambio, en el Código, la previsión de modalidades reductoras o evitadoras del encierro¹⁷, tanto en la forma de la libertad condicional (incluso para la medida de seguridad para multireincidentes), como la condenación condicional, que a partir de la última reforma incluye entre las condiciones compromisorias un elenco de imposiciones que muchas de ellas se corresponden con los sustitutivos que se plantean en la legislación universal. Sin embargo estas reglas, al estar enmarcadas

¹⁶ Distinto es el caso en que el legislador, al estructurar el tipo delictivo, establece una pena no privativa de libertad, o lo hace en forma alternativa.

¹⁷ La detención domiciliaria del art. 10 del Código es sólo modalidad de cumplimiento del encierro (lugar).

en una institución base, como es la suspensión condicional de la ejecución de una condena a pena privativa de libertad, aparecen como mayores exigencias para un beneficio legal que ya existía en el Código, y no como apertura a verdaderas modalidades alternativas.

En este plano, por fin, se ha introducido, por la nueva ley penitenciaria 24.660, la posibilidad de establecer, después de impuesta pena privativa de libertad que no excediere de seis meses de cumplimiento efectivo al tiempo de la sentencia, las modalidades alternativas de la prisión discontinua o semidetención, y éstas, a su vez, ser sustituidas por trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios laborales. Se establece un cómputo de seis horas por un día, con un tope de dieciocho meses. A su vez, amplía la detención domiciliaria, extendiéndola de pequeñas penas (seis meses) a toda pena privativa de libertad, para mayores de setenta años o pacientes de enfermedad terminal incurable (art. 33). Trátase de reglas que se corresponden con las tendencias de legislación comparada, aunque advirtiendo que no es facultad del juez del hecho, sino del juez de ejecución, en relación con un “condenado” a pena privativa de libertad, y en forma optativa y consentida.

En nuestro Código Penal, por fin, valiéndose de un sistema de penas privativas de libertad en forma prevaeciente, la multa no aparece como alternativa de la pena privativa de libertad, salvo en excepcionalísimos casos en que el tipo penal las prevé de tal modo (arts. 94, 110, 245, Cód. Penal). Por otra parte, y como criterios político-criminales del legislador, la multa sólo se prevé en poco más de treinta tipos delictivos, la mayoría de los cuales de escasa o nula aplicación (como duelo –arts. 99 y 103–, omisión de auxilio –art. 108–, exhibiciones obscenas –art. 129–, matrimonios ilegales –art. 136–, secretos –arts. 155 y 156–, concurrencia desleal –art. 159–, etcétera). La multa no ha sido mirada con convicción en el ámbito del derecho penal común, a lo que ha contribuido una subyacente desconfianza de desigualdades materiales, y una inestabilidad monetaria y económica que dificulta su justa mensuración.

Del examen precedente se concluye que las alternativas reales derivan al evitamiento de la imposición de pena “conjetural” por vía de la restringida *probation*, o del evitamiento total o parcial del encierro que corresponde a una pena privativa de libertad efectivamente impuesta como tal (condena condicional, libertad condicional, ley penitenciaria, que admite incluso, como hemos visto, la sustitución por trabajos para la comunidad) o, por fin, del evitamiento del régimen carcelario por la vía de la detención preventiva, que absorbe gran parte del cumplimiento de las penas privativas de libertad breves, acentuado por sistemas procesales excesivamente rígidos.

6. Como una apreciación de política criminal en relación con nuestro derecho, pensamos que la problemática del sistema penal debe reconocer, como punto de partida, el fuerte descreimiento de la sociedad en el funcionamiento de las instituciones penales, al que se le atribuye una profunda ineficiencia. A ello contribuye, e interactúa, una aculturalización en la sociedad que todavía asocia fuertemente delito y pena –concebida ésta como cárcel–, y que restringe severamente el debate sobre alternativas¹⁸. Con tal base, se produce una huída hacia adelante del legislador, que

¹⁸ Aunque en algunos intentos legislativos ha estado presente el tema. Así, los proyectos de Perl y Fappiano (1987), Zaffaroni (1991), Comisión Especial del Senado (creada en 1988), centran la reforma de la parte general en un amplio sistema de sanciones.

en los últimos tiempos se ha dedicado a crear multiplicidad de tipos delictivos, y cuando ha procurado establecer mecanismos alternativos, como la *probation*, la ha acotado a un nivel tal que es válido considerarla un parto de los montes. Más aún: ha extendido sus severas reglas de conducta a la condena condicional.

Todo ello demuestra que, desde 1922, nuestra legislación común no ha procurado establecer de modo efectivo en el Código Penal sistemas alternativos, como lo muestran las diversas reformas a la parte general (leyes 17.567, 20.509, 21.338, 23.077). La pena privativa de libertad es su herramienta esencial, sólo atemperada recientemente por modalidades alternativas en la nueva legislación penitenciaria, que atenúan el encierro carcelario (prisión domiciliaria, prisión discontinua, semide-tención), o que, incluso, pueden sustituirlo por trabajos para la comunidad. En suma estas normas, si bien imbuidas de espíritu modernizador, no escapan al ámbito regulatorio de la pena privativa de libertad, de donde resultan alternativas claramente condicionadas.

La saturación del sistema penal, que impide la aplicación de la legalidad vigente y genera escepticismo, y la saturación carcelaria –fuente de cíclicos conflictos– que impide la aplicación de un adecuado régimen penitenciario, priorizando el mero encierro, merecen hoy un examen prioritario en el que la alternatividad constituye sólo uno de los elementos del problema penal.

Así, en primer lugar, cabe asumir el problema de la saturación del sistema, derivado de una estructura de legalidad rígida, que puede atemperarse por la adopción de procedimientos abreviados, ya manifestada legislativamente con un componente de disponibilidad en el acuerdo sobre la pena (ley 24.825). Pero en tanto no se estructure un Ministerio Público con la autonomía que le impone la última reforma constitucional de 1994, difícilmente pueda transitarse un camino de disponibilidad de mayor amplitud¹⁹, que abriría un vasto campo de alternativas.

No presenta dificultades, en cambio, y resultaría una modificación clave en el sistema, una ampliación del régimen de la *probation*²⁰ y, correlativamente, de la condena condicional que, como hemos visto, implican el sometimiento a reglas equivalentes a las que la legislación comparada presenta como alternativas a la pena o a la privación de libertad. Tales reglas pueden ser muy simples (residencia, presentación periódica), y la aproximan en tal caso a la conminación o advertencia, en tanto que el compromiso de trabajo, formación, curación, conducta, etc., admite una gama muy amplia de alternativas. Parece más razonable, pues, mejorar una institución existente que caer en catálogos muy complejos de penas y alternativas. La *probation* presenta como ventajas adicionales frente a la condena condicional, la suspensión del procedimiento, que a la par de contribuir a descongestionar el sistema, ofrece una alternativa evitadora de la condena, fuertemente estigmatizadora. Por otra parte, la referencia a la reparación del daño permite examinar en ella la posibilidad de formas mediadoras o compositivas. De todos modos, urge desarrollar adecuadas estructuras administrativas de controles que viabilicen la difusión de estas alternativas.

¹⁹ De La Rúa, Jorge, *Disponibilidad de la acción penal*, “Revista del Colegio de Abogados”, Córdoba, 1995.

²⁰ Fundamentalmente, estableciendo el tope de tres años como pena “probable”, y no como el máximo de la escala del delito.

Con respecto a la situación crítica de la superpoblación carcelaria, ésta deriva de un sistema penal que, como vimos, usa la prisión como pena casi excluyente, y cuyos mecanismos alternativos son particularmente restringidos (condena condicional, *probation*). No existe flexibilidad en la duración de la privación de libertad, donde la libertad condicional aparece como la principal alternativa²¹ recién a los dos tercios de cumplimiento. Quedan sólo las diversas variantes de cumplimiento o sustitución de la ley penitenciaria, ya examinadas (detención domiciliaria, prisión discontinua, semidetención, trabajo para la comunidad, libertad asistida), en general para períodos breves, salvo el caso de la detención domiciliaria de mayores de setenta años o enfermos incurables terminales. Resultaría razonable pues, agregar una regla que habilitara a examinar, a partir del primer tercio de cumplimiento de la condena, y con la intervención de un organismo técnico, la conveniencia o no de su continuación, por cuanto, en la amplia categoría de primarios, es de toda evidencia que la pena privativa de libertad suele ir más allá de lo necesario. La multa sustitutiva, ante la realidad de grandes franjas de población empobrecida, en las que el sistema recluta a sus condenados, pareciera constituirse sólo en una alternativa patética y desigualadora.

Por fin, es importante la cuestión de la detención preventiva, quizás la “pena” más difundida del sistema. Si bien en virtud del principio de inocencia no cabe asignarle coactivamente modalidades de cumplimiento penal, es posible en cambio ir más allá del mero cómputo del art. 24, y admitir que el sometimiento voluntario a determinadas alternativas (trabajo, educación, tratamiento, etc.) tenga un efecto mino- rante de la futura sanción penal.

Avanzar demasiado afanosamente en el plano de las alternativas penales o no penales, ofrece el riesgo, en el estado actual de nuestra administración de justicia, de un crecimiento inadecuado del sistema de sanciones, de difícil aplicación y consecuente desprestigio, y que puede poner en juego el derecho a la pena, que tiene el delincuente, sustituyéndolo por complejos mecanismos modificadores de la personalidad. Por ello, en lo que a nuestro derecho y nuestra realidad atañen, la descompresión del sistema judicial, especialmente por vía de la disponibilidad, asentada en un Ministerio Público independiente, y la significativa ampliación de la *probation*, aparecen como los avances ciertos para permitir, hoy, un sistema penal más realista y humano...

© Editorial Astrea, 2010. Todos los derechos reservados.

²¹ Obviamente, no es el caso de la *probation* o de la condena condicional, que suponen el no ingreso del condenado a un régimen penitenciario.