

Pena de reclusión: inconstitucionalidad del cómputo de la prisión preventiva*

Por Carlos P. Pagliere (h.) y Damián P. Cini

1. Introducción

El art. 24 del Cód. Penal establece que cada dos días de prisión preventiva debe computarse un solo día de reclusión. Es justamente este anómalo cómputo al cual nos abocaremos en el presente artículo y al que tacharemos –con ajustados fundamentos– de inconstitucional.

Decimos que el cómputo de la prisión preventiva en la pena de reclusión es anómalo, dado que la ley crea una ficción que acaba perjudicando injustamente al reo. ¿Cómo explicarle a una persona que cumplió dos años privado de su libertad, que en realidad cumplió sólo uno? ¿Acaso esto suena lógico? Claro que no, pues no lo es.

Si el legislador considera que determinadas conductas deben ser punidas con mayor severidad, la vía correcta es la de elevar las escalas de la pena privativa de libertad, sin pretender que la realidad se adapte a los caprichos de la ley. La ley debe adaptarse a la realidad, y no la realidad a la ley, así como el zapato debe adaptarse al pie, y no el pie al zapato.

Creemos, al igual que José Peco, que la prisión preventiva debe descontarse por entero de toda pena privativa de libertad –sea de prisión o reclusión– y no en la forma prescripta por el art. 24 del Cód. Penal, “haciendo una comparación caprichosa, arbitraria, ilógica, pretendiendo establecer una equivalencia imposible”¹.

La técnica legislativa seguida en este punto es claramente inconveniente, y además, inconstitucional. Pero desgraciadamente, y como triste demostración de nuestra ineficiencia legislativa, este aspecto del art. 24 del Cód. Penal aún no ha sido derogado.

2. Razones históricas

El Código Penal, al establecer dos penas privativas de la libertad, reclusión y prisión, pretendía sin duda alguna, crear una diferencia que debía traducirse en la forma de ejecución de la pena y hasta en los establecimientos en que debían ser cumplidas.

Respecto de la forma de ejecución, las dos penas deben cumplirse con “trabajo obligatorio” (arts. 6° y 9°, Cód. Penal), pero en cuanto al régimen del trabajo, se establecía una marcada diferencia, ya que los condenados a reclusión podían “ser em-

* [Bibliografía recomendada](#). Publicado en *DJ*, 31/3/04.

¹ Federick, Julio A., en Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio R. (dirs.), “Código Penal y normas complementarias”, t. 1, Bs. As., Hammurabi, 1997, p. 324 y 325.

pleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares”.

En lo referido a los establecimientos destinados al cumplimiento de la reclusión y la prisión, la diferencia fue consignada en el decreto del Poder Ejecutivo de fecha 29 de noviembre de 1922, por el cual se disponía que los condenados a reclusión por los tribunales nacionales y de la capital y territorios, cumplirían esa pena en la cárcel de Tierra del Fuego².

De esta forma, en sus orígenes, la pena de reclusión resultaba ser mucho más severa que la pena de prisión. La reclusión cargaba con el resabio de la pena aflictiva o infamante, hoy expresamente prohibida en la Constitución (inc. 22, art. 75, Const. nacional; art. XXVI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). El carácter infamante era manifiesto en la posibilidad de trabajos públicos, por lo cual, el castigo que recibía el reo, era –indudablemente– mucho mayor.

Teniendo en cuenta que la pena de reclusión era más severa que la de prisión, se justificaba que el cómputo de la prisión preventiva fuera distinto. Ello así, dado que la pena de prisión priva al reo del bien jurídico de la libertad ambulatoria (pena restrictiva), en cambio, la reclusión no sólo privaba al reo de su libertad ambulatoria, sino también de su libertad física (pena aflictiva), ya que se le imponían trabajos forzosos, pudiendo ser empleado en obras públicas, y se lo confinaba en establecimientos australes. Como la prisión sólo priva de la libertad ambulatoria, se pretendía que con dos días de prisión preventiva se infligía al reo un padecimiento similar a un día de reclusión, originándose de esta forma, el anómalo cómputo del art. 24 del Cód. Penal.

No obstante, esta diferencia de régimen entre la pena de reclusión y de prisión fue suprimida por la ex ley penitenciaria nacional (decr. ley 412 del 14/1/58, ratificado por la ley 14.467), que suprimió el trabajo forzado y el confinamiento, decretando –por ende– la unidad del régimen para todo el país. En efecto, la antigua ley penitenciaria estableció una ejecución penal indiferenciada (ni más gravosa ni infamante, sino igual a la de prisión), que mantiene la vigente ley de ejecución de la pena privativa de libertad (ley 24.660), que incluso reemplazaron las calificaciones de recluso y preso por la de interno (art. 15, ley 14.467 y art. 57, ley 24.660), disponiendo la última que el trabajo obligatorio no será aflictivo, denigrante, infamante ni forzado (art. 107, inc. b), lo que constituye la partida de defunción de la reclusión como pena. Por estas disposiciones, es claro que han quedado derogados los arts. 6°, 7° y 9° del Cód. Penal³.

Asimismo, la necesidad de un régimen único de pena privativa de libertad, surge en forma explícita del art. 18 de la Const. nacional. En efecto, este artículo prescribe que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”. Como consecuencia de la letra de nuestra Ley Suprema, sólo es lícito privar al reo de su libertad ambulatoria. Toda severidad que se imponga al interno, más allá de la privación misma de la libertad (p.ej., trabajo forzoso) deviene inconstitucional.

² Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. III, Bs. As., Tea, 1992, § 66, p. 429 y 430.

³ Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 898.

En conclusión, dado que la diferencia en el cómputo de la prisión preventiva se explicaba porque la reclusión importaba un régimen más aflictivo que el de la prisión, habiendo sido derogadas tales diferencias, el cómputo anómalo –actualmente– carece de razón de ser.

3. La inconstitucionalidad del cómputo

La aplicación del art. 24 del Cód. Penal en lo referido al cómputo de la prisión preventiva en caso de pena de reclusión, está completamente reñida con la letra y el espíritu de nuestra Constitución nacional.

Lisa y llanamente arrasa con varios de sus principios y garantías fundamentales: a) viola el principio de celeridad procesal del art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el principio de culpabilidad que surge implícito del art. 19 de la Ley Fundamental, conforme el cual sólo pueden ser reprochadas penalmente las acciones propias, y no las ajenas; b) viola la garantía de la defensa en juicio, cuyo ejercicio deviene castigado; c) viola el principio de “juez natural”, otorgando participación al fiscal en la privativa atribución de castigar conferida con exclusividad al competente órgano jurisdiccional; d) viola el principio de legalidad del art. 18 de la Const. nacional, sino el de “afianzamiento de la justicia” contenido en el Preámbulo, pues coloca en un dilema al juez constriñéndolo a aplicar parámetros meta legales a la hora de individualizar la pena, o a resignarse a la palmaria arbitrariedad, y e) finalmente, viola el principio de igualdad del art. 16 de nuestra Const. nacional, ya que somete a dispares regímenes jurídicos a los reos privados de su libertad.

a) En primer lugar, como es obvio, el término de la prisión preventiva no lo determina el encausado, sino que lo hacen los órganos instructores, de forma tal que con la aplicación del mentado anómalo cómputo del art. 24 del Cód. Penal, el imputado infundadamente padecerá de la indolencia y morosidad de la justicia. En este sentido, es un derecho universal que asiste a todo imputado el de tener un juicio rápido, de forma tal de que su situación adquiera certeza lo antes posible. Derecho que además ha sido consagrado constitucionalmente mediante los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Cuanto más se viola este derecho en cabeza del encausado, más redundante en su perjuicio. De modo tal que al imputado, además del delito, también se le imputa la ineptitud o impotencia de la justicia, la cual inexplicablemente redundante en desmedro suyo. ¿Acaso es lícito imputarle al reo la mayor o menor duración de la instrucción judicial que no depende de su voluntad? Con evidente injusticia al encausado se le reprocha no sólo su conducta delictiva, sino también las acciones de terceros, que le son completamente ajenas.

b) En segundo lugar, la aplicación del anómalo cómputo del art. 24 del Cód. Penal, afecta el acceso a la defensa, por dos razones:

1) Cada vez que el imputado ejerce su derecho de defensa durante la instrucción recurriendo las resoluciones que considera que son lesivas a sus derechos, se extiende la duración de la misma, y por ende, se extiende el término durante el cual la prisión que sufre el imputado se computa a la mitad. De esta forma, el sólo hecho de ejercer el derecho de defensa, expresamente protegido por la Constitución, redundante en perjuicio del encausado.

2) Asimismo, si el imputado apela la sentencia que lo condena con pena de reclusión, al no quedar ésta firme, la detención se le sigue computando a la mitad. Por lo cual éste se encuentra de pronto ante un dilema: o acepta una condena que cree injusta (e incluso debemos admitir que tal vez lo sea) y de esa forma tener mayores perspectivas de poder obtener la libertad con mayor prontitud, o apela la condena con el peligro de que sea ratificada, y mientras tanto cada día que cumpla detenido se le compute a la mitad. Es decir, que el encausado se encuentra coaccionado a resignarse a la injusticia a fin de evitar una pena más gravosa. La garantía de revisión que tiene todo procesado y que surge de los pactos con jerarquía constitucional se halla aquí palmariamente violada, pues jamás el ejercicio de una garantía puede redundar en perjuicio del titular. Esto así, dado que las garantías son simultáneamente un derecho del individuo y una obligación hacia el Estado. Las garantías tienden a proteger el eventual ejercicio de un derecho. Y poco importa si es atendible o no la revisión exigida por el encausado, ya que la garantía es un derecho a acceder al ejercicio de los derechos.

c) Además, y para agravar aun más la situación del imputado, puede que quien apele no sea él, sino el agente fiscal. Siempre que el Ministerio Público apela, el imputado sabe que su situación puede agravarse, producto de la convalidación de los argumentos de la fiscalía por parte del competente superior órgano jurisdiccional. No obstante, esto ocurrirá, teóricamente, siempre y cuando le asista el derecho al fiscal, pues si esto no es así, su situación no debiera por qué empeorar.

Ahora bien, cuando el agente fiscal apela una pena de reclusión que el imputado ha consentido, no importa cual sea la decisión del órgano superior, siempre el imputado saldrá perjudicado, pues hasta tanto su condena quede firme, el cómputo de la pena será de la mitad. Esto otorga al Ministerio Público una prerrogativa que no le corresponde, ya que se ve facultado a agravar por su sola actividad la pena recaída sobre el encausado.

De este modo, aún cuando la defensa considere justa la sentencia condenatoria impuesta al encausado, de todos modos se producirá la siguiente anomalía procesal: la defensa se verá obligada a confeccionar un recurso de alzada, y esperar al fiscal si recurre o no la sentencia. Si el fiscal no recurre, el recurso de la defensa no se presenta, ya que se traduciría en la dilación de la sentencia firme, y por consiguiente, en un aumento de pena que la defensa no desea. Pero si el fiscal recurre, entonces sí la defensa presentará también el recurso para mejorar sus posibilidades en alzada, ya que de todos modos esa mera acción del fiscal ya perjudica de por sí al reo, pues se traduce en dilación de la sentencia firme, y por ende, en el incremento de la pena privativa de libertad.

d) Por otro lado, el órgano juzgador verá adulterada su labor juzgatoria. Efectivamente, cuando el juez aplica pena al reo lo que hace es realizar una desvaloración de su conducta conforme los parámetros de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal. Pero en este caso, la situación es distinta. El juez está investido de la facultad de escoger entre prisión o reclusión quedando a su exclusivo arbitrio la mayor o menor duración de la pena atento al distinto cómputo de la prisión preventiva.

Supongamos idealmente que existen dos imputados “A” y “B” que cometieron exactamente la misma conducta, y que sus condiciones personales son exactamente equivalentes. En teoría, les correspondería exactamente la misma pena. Pero si

resulta, por ejemplo, que el instructor del sujeto “A” es menos eficiente que el instructor del sujeto “B”, su pena va resultar finalmente más gravosa. Entonces, ¿acaso debe el juzgador tomar la duración de la instrucción como parámetro a la hora de fijar la pena, es decir, y a modo de ejemplo, la mayor o menor eficiencia del instructor judicial? ¿Se trataría éste de un parámetro meta legal, el cual no surgiría ni de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, ni de ningún otro?

e) Finalmente, partiendo de la base de que ya no hay razones jurídicas que permitan distinguir entre las penas de reclusión y prisión, afecta la garantía de igualdad el impartirle un desigual tratamiento con consecuencias jurídicas a dos personas que se hallan privadas de su libertad. En efecto, cualquier privación de libertad sufrida durante la substanciación del proceso y antes de la condena, es una pena, lo que hace que deba imputarse a la pena impuesta en la sentencia todo el tiempo cronológico de duración de la pena anticipada. En el caso de esta ley, debe agregarse –además– que la diferenciación en el cómputo cuando el delito estuviere conminado con reclusión o prisión alternativamente, es inviable, pues nunca una decisión posterior (sentencia) puede alterar el régimen cronológico de la pena anticipada en prisión preventiva, dado que antes de la sentencia el encierro no puede ser imputado a la mera posibilidad de imposición de una pena más grave no impuesta⁴.

Entonces, ¿qué diferencia existe entre una persona privada de su libertad por sentencia judicial, respecto de otra privada de su libertad a los efectos de asegurar el proceso? Simplemente, que a esta última privación de la libertad, que es sólo una medida cautelar, es más severa que la mismísima condena. Es decir, se estaría dando un tratamiento más riguroso al procesado que al condenado, cuando –en realidad– debería ser al revés.

4. ¿Qué ocurre con la pena de reclusión prevista por el Código Penal?

Cuando el juez se encuentra ante la posibilidad de aplicar pena de reclusión, porque el delito así lo prevé, debe decidir cuál es el alcance de la inconstitucionalidad. A este respecto, se plantean dos posibles posturas:

a) La primera, considera que todas las penas de reclusión devienen inconstitucionales, y por ende, el juez no podrá aplicarlas en ningún caso.

b) La segunda, afirma que las penas de reclusión están previstas por el Código, y por ende, no puede borrarlas de un plumazo, simplemente debe declararse la inconstitucionalidad del cómputo anómalo, y de esa forma, aplicar la reclusión computando la prisión preventiva como si se tratara de una pena de prisión; es decir, realizando un cómputo normal de la prisión preventiva.

5. Conclusión

Con los avances de la ciencia penal, las antiguas distinciones entre las penas de prisión y reclusión han quedado casi eliminadas. Solamente subsisten unas pocas, que si no inconvenientes, devienen palmariamente inconstitucionales. El anó-

⁴ Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, p. 901.

malo cómputo de la prisión preventiva en la pena de reclusión es un claro ejemplo de esto último, por lo cual, hasta tanto los legisladores no corrijan esta evidente agresión a la Constitución nacional, corresponde a los jueces asumir dicha responsabilidad.

© Editorial Astrea, 2004. Todos los derechos reservados.

