

## **Virtualidad, derogaciones y otras yerbas**

**Ernesto E. Domenech**

Profesor de la Especialización en

Derecho Penal y Criminología

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales - UNLP

En un reciente pronunciamiento la CSJN<sup>1</sup> ha resuelto que el cómputo de la prisión preventiva de la reclusión debe ser idéntico al de la prisión. Es decir, por un día de prisión preventiva debe computarse un día de reclusión.

Para justificar esta conclusión que contradice al art. 24 del C.P. ha concluido que la ley 24.660 ha derogado en forma virtual las diferencias entre la prisión y la reclusión por haber unificado su forma de ejecución.

El pronunciamiento suscita una serie de cuestiones de elevado interés:

¿Es un buen fundamento sostener que la equiparación del modo de ejecución de las penas de prisión y reclusión previsto por la ley 24.660 implica la derogación virtual de las diferencias que el C.P. ha mantenido entre la reclusión y la prisión?. ¿Es lo mismo igualar la ejecución de las penas que igualar el cómputo de una pena?.

¿Si la prisión y la reclusión se equiparan, se introducen dificultades o inconsistencias en el resto del C.P.?.

¿Qué implica revisar de este modo un cómputo de pena?.

### **1. Las diferencias, en el C.P., entre la prisión y la reclusión.**

Analizaré estas preguntas por separado, pero para profundizar más su estudio es necesario tener en cuenta –primero– las diferencias que existen en el C.P. entre la prisión y la reclusión. Veamos el catálogo de la Parte General primero y luego emprendemos una búsqueda en la segunda parte del C.P.

La prisión y la reclusión poseen diferencias en cuanto a la ejecución de las restricciones de libertad que comparten:

1. La reclusión no admite la condena de ejecución condicional. La prisión menor a tres años sí. C.P. art. 26

---

<sup>1</sup> El fallo se incluye en Intercambios 9, y en realidad, son tres de los miembros del Tribunal los que han realizado esta afirmación Zaffaroni, Petracchi y Maqueda. Otros votos invalidaron el pronunciamiento del Tribunal de Casación sobre la base de considerar que un planteo de inconstitucionalidad del art. 24 del C.P. era oportuno si se hacía al momento de decidir el cómputo de una pena de reclusión impuesta por sentencia firme, contrariando lo decidido por la Casación.

2. La reclusión requiere (en las penas temporarias menores a tres años) que se cumpla un año de reclusión para poder pedirse la libertad condicional. La prisión, ocho meses. C.P. art. 13
3. La prisión menor a 6 meses admite, en ciertos casos, su cumplimiento domiciliario vedado para la reclusión. C.P. art. 10<sup>2</sup>
4. Por otra parte si se incumple una pena de multa se ha previsto su conversión en pena de prisión, pero no de reclusión. C.P. art. 21<sup>3</sup>

Otras diferencias no se refieren ya al cumplimiento. Involucran otras instituciones. Veamos:

1. En la tentativa, la reclusión perpetua se disminuye de modo diferente a la prisión perpetua. C.P. art. 44.
2. Lo mismo ocurre en la participación secundaria. C.P. art. 46.
3. En el concurso real cuando concurren prisión perpetua y reclusión temporal se aplica reclusión perpetua. C.P. art. 56
4. La prisión se considera pena menos grave que la reclusión a los efectos del concurso real. C.P. art. 57.

En la parte especial del C.P., si bien en numerosas ocasiones las diversas figuras delictivas se vinculan con la aplicación de penas de reclusión o prisión, existen muchas que no prevén la aplicación de la reclusión y otras que establecen distancias entre una y otra especie de pena, tal el caso del art. 81 del C.P. que contempla la aplicación para el homicidio en estado de emoción violenta, y el homicidio preterintencional, de reclusión de tres a seis años o prisión de uno a tres.

## 2. Los argumentos

No existe en el fallo otro fundamento relevante que la derogación virtual, por parte de la ley 24.660, de las diferencias entre la reclusión y la prisión. Tampoco se ha dado una definición precisa de lo que se puede entender por derogación virtual<sup>4</sup>.

Ahora bien. En efecto es cierto que la ley 24.660 eliminó, en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, diferencias entre la reclusión y la prisión.

---

<sup>2</sup> La ley 24.660 establece, para ambas especies de pena, la posibilidad de la ejecución domiciliaria de las penas de reclusión y prisión, pero para supuestos de hechos diferentes a los del art. 10. El propio C.P., por otra parte, "transformaba la reclusión en prisión cuando se debía aplicar a hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años. C.P. art. 7.

<sup>3</sup> El quebrantamiento de la inhabilitación también es castigado con prisión y no con reclusión. C.P. art. 281 bis.

<sup>4</sup> Podría quizás aludirse a la derogación tácita, aquella que no se prevé en forma expresa por el texto legal pero que puede derivarse de la incompatibilidad de las nuevas disposiciones con las anteriores, sea porque autorizan acciones antes interdichas o facultativas, o a la inversa. Sin embargo es claro que la ley 24.660 en muchas reglas que se citan en el texto de este artículo se remite a las disposiciones del C.P., sin incompatibilidad alguna. Un análisis minucioso y detallado de los problemas de las contradicciones entre normas jurídicas puede verse en Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea Buenos Aires, 1980. Pág. 273.

Pero, ¿implica ello que borró todas las diferencias entre ambas penas cuyo inventario se ha realizado?

Si las hubiese borrado efectivamente, si las hubiese derogado en forma concreta y no virtual, ¿por qué no aludir lisa y llanamente a una sola especie de pena privativa de libertad y modificar en concreto el C.P. en esta dirección?. O ¿por qué remitir expresamente el articulado del C.P. que diferencia la reclusión de la prisión como ocurre con los arts. 28 y 35 inc. a) de la ley 24.660?. Y en todo caso, ¿por qué la ley 25.892, posterior a la 24.660, mantuvo las diferencias en la libertad condicional para penas inferiores a tres años entre la reclusión y la prisión?. ¿Por qué motivos declarar en el art. 229 de la ley 24.660 que es complementaria del C.P. y no modificatoria de un gran número de disposiciones?. Y sobre todo ¿por qué emplear una fórmula precisa de derogación como la regulada en el art. 229, en vez de declarar que todo lo que se oponga al contenido de la ley 24.660 debe considerarse derogado?. Finalmente, si ya no hubiese diferencias entre la reclusión y la prisión por qué motivos la reclusión se ha mantenido en leyes posteriores a la ley 24.660?<sup>5</sup>.

La pregunta no es irrelevante, porque muchas de las diferencias entre la prisión y la reclusión no están referidas al modo de cumplir o computar las penas. Si no, por ejemplo, al modo de reducirlas en sus formas más graves: la prisión y la reclusión perpetua, o de agravarlas cuando alguna de ellas concurre con otras en el concurso real de penas no divisibles.

El criterio sentado por la CSJN no parece hacerse cargo de estas dificultades, y quien se disponga a tomar este argumento deberá reflexionar si se limitará exclusivamente al cómputo o si por el contrario lo hará extensivo a las restantes diferencias que existen entre la prisión y la reclusión. En consecuencia la singular sentencia de CSJN instala más incertidumbres que certezas.

Claro que otras preguntas permiten explorar más en detalle el razonamiento que se esboza en este pronunciamiento.

Haber igualado la forma de cumplir las penas privativas de libertad, ¿es un buen punto de partida para concluir que se han virtualmente derogado todas sus diferencias?. No lo parece. Que la ley 24.660 legisle la ejecución tanto de la prisión como de la reclusión, no implica que no existan otras diferencias vinculadas con la gravedad misma de las penas. Una gravedad que se refleja, no sólo en la especie de pena, sino también en los montos penales. Y son los montos penales los que en la propia ley 24.660 establecen diversos modos de ejecución atenuados: como la prisión discontinua y la semidetención con sus distintas variantes. Ley 24.660, art. 35.

---

<sup>5</sup> Tal el caso de las leyes 24.760, 25.087, 25.188, 25.825, 25.886 y 25.890, un inventario que agradezco a Eduardo Eskenazi.

Más allá entonces de que el argumento utilizado crea más dificultades que las que resuelve, y que no encuentra adecuado sustento porque la propia ley 24.660 establece diversos modos de cumplimiento teniendo en cuenta la severidad de la pena impuesta, otra línea de análisis puede esbozarse.

### 3. Otras yerbas

¿Es el procedimiento seguido el adecuado para efectuar la conclusión a que arriba la CSJN?

No lo parece. Una vez impuesta una pena por una sentencia firme sólo cabe revisarla por el recurso extraordinario de revisión, o por medio de una conmutación o indulto. Pero emplear el cómputo para revisarla no parece una camino adecuado. Claro que podría objetarse que en el caso, la CSJN no ha alterado la pena impuesta. Sin embargo al igualar la reclusión con la prisión ha, de alguna manera, alterado el pronunciamiento de base, que al elegir la reclusión, eligió una pena más grave que la de prisión. La elección hecha por el juzgador debió basarse en una estimación de la gravedad del acontecimiento juzgado y de la responsabilidad del culpable, que por la vía del cómputo no se vuelve a valorar. Cuando mediante un recurso extraordinario de revisión se altera la cosa juzgada, se lo hace por la existencia de nuevas pruebas que o bien implican la absolución del acusado o una limitación de la gravedad del hecho por el que se lo ha juzgado o de su responsabilidad penal. También porque una nueva ley ha valorado de modo más favorable la pena impuesta. Y el indulto y la conmutación toman en cuenta motivaciones de índole diversa que los sustentan. Pero cuando la pena resulta alterada por el cómputo, ninguna de estas circunstancias se somete a debate. Y la gravedad estimada por sentencia firme del hecho se altera sin razones.

Quedan, claro, por resolver no sólo las cuestiones que he señalado antes, sino otras que quizás deban ahora ser repensadas.

La forma del cómputo de la prisión preventiva es una de ellas. ¿Es justa esta forma de cómputo diferenciada por especie de pena?. ¿Afecta otros derechos constitucionalmente reconocidos, como la garantía de una doble instancia para recurrir?. ¿Es correcto que el ejercicio de un derecho pueda agravar el cómputo de la pena, o en sus antípodas licuarlas?. ¿Es razonable mantener dos especies de penas privativas de libertad cuando contextualmente se han unificado el modo de ejecutarlas?. ¿No es más razonable modificar las escalas penales para obtener estos efectos indirectos?.