

**Ejecución de penas privativas de la libertad y
culpabilidad-responsabilidad en clave dinámica.**

Autor: Ricardo Carlos María Alvarez

Director: Dr. Carlos Julio Lascano

Indice

	Introducción.....4
El hecho punible. Modelos posibles de su articulación categorial.....5	
	Breve noticia evolutiva de la culpabilidad.....8
Una apuesta en favor de la reconversión del ámbito de ejecución de las penas privativas de la libertad.....12	
	I.Ejecucion Penal.....12
II.La distancia termportal entre el hecho y su reacción institucional.....14	
	III.Los elementos a considerar.....19
	¿Nullum culpa sine pena?.....21
	Racionalidad o comunicación de sentido.....28
	¿Ejecucion de la pena como tautología?.....30
Dimension aflictiva y expresividad de la pena.....31	
	El interés de la víctima y (en?) la pena.....34
	El Derecho penal en acto.....38

	Responsabilidad del culpable.....	41
	El desdoblamiento jurisdiccional.....	47
I.	La necesidad de reconocer la naturaleza jurídica -categoría- de tal momento.....	49
II.	La delimitación de cuanto constituye el objeto del nuevo enjuiciamiento	52
	La selección de condenas susceptibles de re enjuiciamiento parcial.....	57
	La necesidad de dotar de contenido a la ejecución de la pena para un modelo	
	integral.....	59
	¿Una orientación a las consecuencias de las consecuencias?	60
	El juicio complementario en sede de ejecución.....	62
	Instituciones próximas.....	65
	Regulación legal que se propone.....	72
	Recapitulación.....	75
	Conclusiones.....	76

Ejecución de penas privativas de la libertad y culpabilidad-responsabilidad en clave dinámica.

Introducción

Nadie que rehusara una fundamentación exclusivamente retributiva debería dudar seriamente, no solo de mantener, sino -mejor- de estilizar y profundizar el quehacer orientado a explicar en clave conceptual las razones por las cuales se impone la pena, como aquella reacción que tributa identidad al Derecho que, por su merced, adopta su nombre.¹

Ciertamente, la posibilidad de que ella tenga lugar no tolera en un Estado democrático de Derecho apelación alguna a ocurrencias desligadas de -al menos- dos propiedades que desde hace ya un tiempo se predicán a su respecto: merecimiento y necesidad².

Solo quizá el merecimiento, dado su carácter deontológico, podría convivir junto a concepciones no preventivas. Y ello siempre que la necesidad no fuese vinculada con el hecho de retribuir³.

Así entonces, el sistema del hecho punible puede entreverse como el soporte distributivo de aquellas condiciones o propiedades, en cuanto salvoconducto del castigo legítimo.

También es verdad que dicho sistema de conceptos ha sido propuesto de una manera secuencial, progresiva y escalonada, mediante adscripciones valorativas a dos de sus

¹ Ello no obstante, optando por un concepto retributivo de pena en razón de su condición "expresiva", Pérez Barberá, Gabriel, "Problemas y Perspectivas de las Teorías Expresivas de la Pena", Indret, nro. 4/2014, Barcelona.

² Luzón Peña, Diego Manuel, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, 1995, pág. 199/213. Por el contrario, escéptico con la idea de merecimiento y reconcentrando criterios de validez categorial sólo en la necesidad de pena, conf. Freund Georg, "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal", en "El sistema integral del Derecho Penal. Delito, Determinación de la pena y proceso penal", Jürgen Wolter/Georg Freund (eds.), Marcial Pons, 2004, pág. 102 y sgtes.

³ En cuyo caso, permutando su objeto, se privaría de todo sentido al principio de necesidad.

grandes bloques teóricos: el ilícito y la culpabilidad, y desde cuyo reconocimiento se enlazan consecuencias sistemáticas legitimadoras de la diferenciación, a la que mayoritariamente se menciona como una de las conquistas de la ciencia moderna del derecho penal⁴.

Sin embargo y más allá de ello, existe cierta constancia histórica en el modo, en verdad rígido, mediante el cual la ciencia jurídico penal presenta las categorías a cuya concurrencia subordina el castigo. No me refiero, naturalmente, al contenido material de cada una de ellas, sino al esquema lógico que los sucesivos planteamientos hubieran de seguir para proponerlos, cualesquiera sean éstos.

El hecho punible. Modelos posibles de su articulación categorial.

Así, constituye un método de extendida tradición el empleo de cuanto se ha denominado con acierto, modelo binario⁵. Bien asegurado el espacio conceptual de un nivel, las exigencias del rigor metodológico permiten vetar toda posible promiscuidad con los siguientes, de un modo que garantice la pureza del conjunto y, supuestamente, la claridad y concisión de los enunciados a que conduzca su aplicación práctica. Esta posibilidad, sin embargo, difícilmente hubiera encontrado acomodo dentro de la estrechez plástica de conceptos que, dada su indiscutible carga valorativa, en ocasiones desbordan parte de su contenido en otros, o bien ya constituyen el desarrollo de cuanto anticipara el que lógicamente le precediera. Los límites entre

⁴ “Piedra angular de la teoría del delito” según expresión de Jeschek-Weigend, “Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I”, pág. 625, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Instituto Pacífico, Perú, 2014. Sin embargo, con menos optimismo acerca de la pureza de la distinción, Molina Fernández, Francisco “El concepto de Injusto en la evolución de la Teoría jurídica del Delito”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 Nº 2, pp. 265-296, 1995.

⁵ Silva Sánchez, Jesús María, “Introducción: dimensiones de la sistematicidad en la teoría del delito”, en *El sistema integral...cit.*, págs. 16 y sgtes.

riesgo reprobado y antijuridicidad, entre dolo eventual e imprudencia consciente, entre distintas modalidades de ilícito comisivos u omisivos, el desarrollo expansivo de la injerencia, la configuración y el exceso de causas de justificación, por citar solo algunos ejemplos, dan cuenta suficiente del tratamiento sistemáticamente dispar con que se abordan los aspectos sustanciales de dichos tópicos, dentro de un esquema donde la exigencia sistemática reclama un “pertener” en cada categoría intenso, por así decir, sustraído de matizaciones o desenfocados de la precisión exigible⁶. Aquellas exigencias se entendían como parte de la científicidad dominante.

Si fuera posible emplearlos gráficamente como recurso descriptivo, podría señalar ahora que el modelo tradicional del hecho punible propone reglas de imputación, por oposición a quienes-dado el caso- prefieran servirse de principios. En cualquier caso, el tránsito de una propuesta binaria hacia otra difusa es lento y se encuentra necesitado de significativos desarrollos, aun cuando -según creo- debiera cifrarse en su evolución mucho del porvenir científico del derecho penal. Un esfuerzo por la reducción del “rigor entre alternativas conceptuales” como parte de la búsqueda de soluciones de mayor y mejor racionalidad comunicativa, se debe intentar aun al costo de la tacha de relativismo y pérdida de contornos⁷.

⁶ Silva Sánchez, op. cit, pág. 17 nota 7, transcribe a Smuts (*holism and Evolution*, 1926), citado por Kosko, *Pensamiento borroso* (trad. Campos), Barcelona, 1995, p. 138: “La ciencia del siglo XIX era como su filosofía, su moralidad y su civilización en general: al igual que éstas, la caracterizaban cierta dureza, nitidez y restricción y demarcación precisas de las ideas. La vaguedad, los perfiles indefinidos y sin nitidez, todo lo que pudiera dar un aire de misticismo se aborrecía en aquella gran era de la exactitud restringida. Las rígidas categorías de la física se aplicaban a los fenómenos indefinidos y nebulosos de la vida y el espíritu”.

⁷ Aunque no sea éste el lugar más adecuado para mayores desarrollos, merecen ser destacados quienes han intentado sortear aquella rigidez. Así, Hans-Ludwig Günther proponiendo uno de los, según creo, mejores esfuerzos analíticos diferenciando entre auténticas causas de exclusión del ilícito penal y causas de justificación sobre la idea de merecimiento, en “La clasificación de las causas de justificación en Derecho Penal”, en *Causas de Justificación y Atipicidad en Derecho Penal*, págs. 45-65, Aranzadi, 1995; también Enrique Gimbernat Ordeig y otros autores fundamentaron la exigencia del estado de necesidad justificante ante la colisión de bienes equivalentes a partir de la teoría -mal llamada- de la unidad, y quienes -como Maurach, Bacigalupo- se han esforzado, con relativo rendimiento, por

Si, al menos, muchas cuestiones son de grado, o al menos debieran serlo, la concierne a la culpabilidad representará aquella respecto de la que habrá de dedicarse un esbozo que, tratándose de penas privativas de la libertad, intente conjugar su contenido positivo con las consecuencias a que habrá de conducir. Se empleará en su breve desarrollo, una racionalidad pragmática, que partirá de reconocer en la culpabilidad, una consistencia conceptual atenta a su dimensión consecutiva, intentando desgravarla del exacerbado refinamiento ético propio de construcciones retribucionistas o expresivas de la pena, o ya bien aligerarla de cargas conceptuales ciegas o insensibles a sus consecuencias. Al menos cierto aspecto de la culpabilidad que merezca ser revisado y sometido al juicio experiencial pasado un tiempo, en términos tales que el veredicto inicial se muestre expuesto a posibles modificaciones, prescindiendo de dimensiones rígidas, conclusas, definitivas.

Se pretenden ofrecer -admito- rudimentos de una problemática apta para ser profundizada en otro lugar, como pertenecientes al momento de la culpabilidad, aun cuando también involucra aspectos de la medición judicial de la pena, renovando su marco posible luego de la condena y estableciendo como límite el monto impuesto en el veredicto de culpabilidad inicial. De todo ello se rendirá cuenta más adelante.

Un concepto de culpabilidad que sea capaz de prescindir de convertirse en fundamento exclusivo de la pena no constituye una novedad para quienes, como Roxin, acaban anexándole criterios de necesidad autónomos.

introducir momentos intermedios de valoración no individualizada, como los de atribuidad y responsabilidad por el hecho.

Breve noticia evolutiva de la culpabilidad:

No se propondrá en este lugar una recorrida por la ya conocida parábola de su devenir histórico social. O, al menos, ello solo sucederá en la medida suficiente para evocar ligeramente los contenidos del concepto desde su nacimiento en el marco del sistema de imputación del siglo XIX, exclusivamente descriptivo de ciertas tendencias psicológicas del autor, matizadamente valorativo luego, y con pretensiones de validez social o comunicativas en el extremo de su curso evolutivo.

Tan pronto como la decisión de castigar se conecta con la exigencia de reclamar al autor del hecho su compromiso personal con la ejecución, la culpabilidad aparece - desde entonces- erigida en razón del castigo, bajo la fórmula del *nulla pena sine culpa*. Es decir, por compromiso debe entenderse aquí, en retrospectiva, el involucramiento del autor en términos tales que permitan decir del suceso que constituye su obra o - acaso mejor- que debe serle atribuido por algún motivo. La historia de la configuración sustancial de la culpabilidad puede ser interpretada, según ello, como la de las razones (y su primacía histórica y contingente) bajo cuya concurrencia se estimó preferible para el orden jurídico, definir el conflicto castigando al autor y no a otros, o prescindiendo de valorarlo como un accidente o un evento mágico de consecuencias lesivas. O ya bien por la constatación -inferible- de un vínculo psíquico susceptible de asumirse como posible entre el autor y el hecho, tanto como luego por una desvaloración ético social sobre ese mismo vínculo que involucraba como aspecto, dentro del ámbito de una visión marcadamente descriptiva propia de las concepciones clásicas del sistema de imputación. Aun cuando, seguidamente, por la depuración de su objeto de componentes psíquicos, convirtiéndola en base valorativa, cuyo sustento material se enlazaba con una cosmovisión de la libertad de voluntad que suscitara,

durante la década de los años 60, un encendido debate. Cuanto sobrevino desde entonces parece descansar, si bien parcialmente, sobre una base de extendido consenso: el objeto del juicio de culpabilidad ya no se confunde con el juicio mismo, y abona la consabida distinción categorial. De este modo, la imputabilidad, junto a la conciencia de la antijuridicidad y la disposición -se llame libertad o no- para procurarse un motivo de cumplimiento de la norma, constituyen el desagregado de sus elementos constitutivos.

El repertorio de razones de la imputación siempre ha sido normativo. Inclusive durante la vigencia de periodos históricos en los cuales la responsabilidad fincaba en la propia existencia, el título para que ello tuviera lugar dependía, precisamente, de una configuración personal desgraciada o, acaso, del destino⁸. Aquello que hoy no dejaría ocultar su sentido mítico o exótico, pudo representar sin embargo en otro momento, una razón explicativa de la perturbación. Con relación a ésta, la sociedad se expresa, entonces, con el discurso de la culpabilidad, utilizando la lengua de cada tiempo. Su propio y expresivo tiempo.

Puede advertirse que, tanto la causalidad psíquica como la reprochabilidad, conformaron títulos de atribución inmediatamente próximos a las prestaciones de corrección jurídica -hoy diríamos de fidelidad- susceptibles de exigirse del autor del hecho. Mientras la culpabilidad se mantuvo cautiva de tales condiciones concurrentes en el individuo, a partir de enlazar empíricamente el suceso con la subjetividad, o - luego- considerándolo particularmente evitable mediante un “obrar en lugar de ello”,

⁸ “El principio de culpabilidad”, en Jakobs, Günther, “Culpabilidad y Prevención”, en “Estudios de Derecho Penal”. traducción al castellano y Estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos-Carlos J.Suarez Gonzalez-Manuel Cancio Meliá, UAM, Civitas, Madrid, 1997, pág. 365.; del mismo autor, “El lado subjetivo del hecho”.

las necesidades sociales de castigo se encontraban presupuestas en aquellas condiciones, cuando no relegadas al ámbito de la determinación de la pena.

Así, la (improbable) pregunta de un no retribucionista por la necesidad de castigar el ilícito se habría respondido, por sí, con la constatación del dolo, la imprudencia, o la posibilidad de un obrar alternativo.

Si algo caracteriza al movimiento “funcionalista”, cuyas expresiones son diversas, es precisamente en haber reparado en algo más que las prestaciones individuales así planteadas antes de construir la imputación personal, desagregando dentro del juicio mismo de culpabilidad -o en otro inmediato y próximo del que sería parte-, los componentes que permiten explicar el castigo como insumo necesario para la obtención de ciertos fines -teleologismo- o vehículo ratificadorio del sistema social a partir de su revalidación normativa, o -como se sostiene más recientemente- una posibilidad que solo recae en la persona deliberativa⁹.

De modo que, entre la representación del autor, su libertad, y las necesidades de castigo hay mucho más que un acervo de opciones teóricas. Es básicamente, según creo, un compendio que cifra el tránsito de una cosmovisión antropológica individual a otra social, de la mano de cuanto deba entenderse -en cada caso- por “culpabilidad” o “responsabilidad”¹⁰. En definitiva, la culpabilidad descansa, aun cuando solo

⁹ Conf. por todos, la colactánea “Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho”, Kindhäuser, Urs-Mañalich Juan Pablo, *Estudios y Debate en Derecho Penal*, nro. 5, BDF, 2011.

¹⁰ “El poder autónomo, la capacidad, no es en este contexto un objeto de valoración que deba constatarse previamente, sino una modalidad con que se describe el resultado de manejar, de un modo más o menos oculto, un instrumental de carácter normativo y de psicología social y, en todo caso, no primariamente de naturaleza psicológico-individual” JAKOBS, G. “Culpabilidad y Prevención”, en “Estudios...” pág. 97. El pensamiento transcripto no es el que luego sostendría el autor, aun cuando en todo caso coincidente con la prescindencia de toda perspectiva cognitiva, o subjetivo individual en exclusiva.

parcialmente, por fuera de la cabeza del autor¹¹. O acaso mejor, su afirmación no se limita a la simple comprobación del quien, adulto y sano, actúa con conocimiento de la antijuridicidad en circunstancias en que le fuera exigible su evitación, sino - presupuesto todo ello- y en una medida por determinar, la pena se convierta en indispensable como asistente de ciertas metas sociales insuceptibles de alcanzarse sin ella.

Lo que en Jakobs constituye un mensaje implícito -no hay culpabilidad sin prevención general positiva- en Roxin reclama una cesura distintiva, desligando el juicio acerca de la necesidad, de los elementos tradicionales de la culpabilidad.

Sin embargo, durante todo el desarrollo de los vaivenes del concepto, su definición siempre se ha concentrado en el momento del veredicto de condena. Vale decir, la culpabilidad se ha reputado una dimensión inescindible, y con vocación de clausura del conflicto comunicada de una vez y por el tiempo de la condena. La culpabilidad o responsabilidad, tan pronto resuelta, no permite renovar toda discusión posible acerca de la pervivencia de su sentido. Por delante suyo solo existe la objetivación en términos de pena ejecutable, junto a contingencias instrumentales específicas de su desarrollo empírico, presuponiéndose la plena vigencia de su mensaje.

¹¹ “La culpabilidad recae sobre personas como “unidades de imputación” en términos de filosofía social. No constituye un problema en absoluto metafísico de libertad de voluntad, sino de reconocimiento social y normativo de la libertad de actuación, de donde se deriva la responsabilidad por los resultados de dicha concesión”, Conf. Feijóo Sánchez, Bernardo, “El futuro de la dogmática jurídico-penal: Del paradigma de la motivación al paradigma de la comunicación”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo I, Edisofer SL, Madrid, 2008, pág. 263/289

Una apuesta en favor de la reconversión del ámbito de ejecución de las penas privativas de la libertad:

La propuesta de cuyo detalle y características habrán de ocupar las páginas que siguen, podría abreviarse así: *La condena a pena privativa de libertad superior a diez años habrá ser objeto de un procedimiento de revisión transcurrida la mitad de su cumplimiento, con intervención del Ministerio Público y -voluntaria- de la víctima del delito, ante el correspondiente Tribunal de ejecución, cuyo debate versará sobre la necesidad de mantener el saldo remanente de aquella, ajustarlo por debajo, o reputarlo innecesario en función de los requerimientos preventivo generales y especiales sobrevinientes al primer veredicto de culpabilidad.*

Las breves notas que seguirán intentarán, *cum grano salis*, aportar elementos básicos que permitan discutir los argumentos en favor de una instancia que toma decidida distancia de la extendida tradición jurídica circunscripta a reconocer sólo contingencias graduales suscitadas en el marco del régimen progresivo.

I.Ejecución penal:

Constituye un lugar común señalar que, una vez establecida mediante el procedimiento legal la culpabilidad del autor, la ejecución de pena por su merced impuesta se confía a un magistrado en quien se deposita el deber de vigilar su desarrollo. También, que no se concede durante su transcurso, posibilidad alguna de renovar discusiones que la sentencia firme hubiera ya resuelto. Dentro de este conocido esquema, la encomienda a un magistrado, en tanto Juez, viene propuesta de un modo ciertamente limitado: se trataría de quien debe decidir y vigilar la evolución del trance de cumplimiento de la pena con arreglo a cuanto la ley define, al menos

para las privativas de la libertad, según un modelo progresivo, y del respeto de los derechos del condenado.

En verdad, no tiene ninguna capacidad para controvertir el estatus de condenado ni modificar la consecuencia de serlo como no fuese una de aquellas de las etapas del régimen penitenciario, de un modo parcialmente similar a cuanto sucede con los jueces de garantía en el ámbito del proceso penal. Ninguno de ellos decide ni define situaciones materiales de atribución de conflictos, sino -antes bien- en exclusiva acerca del debido respeto a las garantías constitucionales de quien se encuentra sometido a un procedimiento de esclarecimiento del hecho que se sospecha ejecutara (investigación penal preparatoria) en un caso, o de la ejecución de la condena que se le impusiera de modo estabilizado, en el otro.

Al menos para las penas privativas de la libertad, como se ha indicado, puede imaginarse otro posible escenario para dicha magistratura, confiándole de modo complementario a cuanto tradicionalmente se viene indicando como parte de su incumbencia burocrática, el asumir una tarea realmente jurisdiccional en sentido estricto, cognoscitivo y no meramente decisionista parafraseando a Luigi Ferrajoli¹², cuyo objeto lo constituya la pervivencia de las consecuencias del primer juicio mediante el cual se ha declarado formalmente la necesidad de pena con relación a quien la padece efectivamente. Dicha declaración formal puede llamarse culpabilidad o responsabilidad, y la necesidad de examinar su legitimidad residual no debería recusarse de ilegítima en la medida en que no implicase un quiebre del *ne bis in ídem*. Antes bien y por su merced, debería procurarse -en favor de los intereses del condenado- revistar la vigencia o cuanto de ella subsista al tiempo del procedimiento

¹² "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", págs. 36 y sgtes., Editorial Trotta, 1995.

propuesto, de aquella racionalidad pragmática que en su momento sostuviera el pronunciamiento de condena. Pues, aun cuando considero que se trata básicamente de complementar un juicio material de imputación personal de cara al sentido preventivo que debe asignarse al castigo de allí derivado, admito que la cuestión no deja ocultar -igualmente- aspectos relativos a una (nueva) sub-medición o precisión de la pena pendiente de ejecución, dentro de un escenario procedimental cuyos pormenores no pueden ser desarrollados exhaustivamente en este lugar pero que, a cambio, obligan a puntualizar algunas cuestiones preliminares.

II. La distancia temporal entre el hecho y su reacción institucional:

Una sincera perspectiva retributiva del castigo público, cualquiera sea la versión adoptada, rehusaría introducir variables de comprensión de un hecho criminal por fuera del contexto en que aquel tuviera lugar. Sin embargo, es el tiempo y su discurrir aquel fenómeno con el cual debe saber conjugar el derecho las soluciones que contempla¹³. Este vínculo no ha sido pacífico, según se sabe. El impacto de esta dimensión influye decisivamente en el carácter y alcance de las decisiones que el Derecho prevé para los conflictos de los que debe ocuparse. Todo *ocurre* en un tiempo, definitivamente. Pero también se lo *valora* en dicha dimensión¹⁴. De ello se sigue, entonces, la relevancia que posee para el Derecho, al menos en un doble aspecto que aquí interesa.

¹³ Conf. respecto del sistema penal, Pastor, Daniel R., "El plazo razonable en el Proceso del Estado de Derecho", Ad-hoc, 2002, págs. 81 y sgtes.

¹⁴ Con relación directa al sistema de imputación de resultados alejados del momento de creación arriesgada no permitida, conf., por todos Shikara Vasquez Shimajuko "La imputación de los resultados tardíos. Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva", BDF, Montevideo-Buenos Aires, 2013. Igualmente, la conferencia de Silva Sánchez, "Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado", en *Libro en memoria del profesor Fernández-Albor: Estudios Penales*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 677.

De un lado la constatación de la existencia misma de un evento presupone, en toda sociedad moderna, de reglas reconstructivas donde inevitablemente cabe contar con el tiempo que insume (y consume) rangos en ocasiones extendidos y susceptibles de alcanzar notas de intolerabilidad a partir del enjuiciamiento como “irrazonable” de cierto transcurrir. Entre la ocurrencia del *hecho* y su comprobación, mucho menos con el de la imposición de la *pena* a que diera lugar, no debería existir una brecha temporal que conlleve desnaturalizaciones tales que conspirasen contra la pureza o fidelidad de lo primero, como para con el “sentido” reactivo de la segunda.

Precisamente el otro aspecto se vincula con las modificaciones o transformaciones que, acaso, experimentasen la valoración del hecho *ya probado* o el propio autor.

En esta línea, la exigencia de aplicar retroactivamente una ley más benigna que aquella vigente al tiempo del hecho, recoge plenamente la necesidad de intervenir con la pena y exclusivamente dentro de su medida, allí donde la sociedad lo exija, pero siguiendo valoraciones actuales. En cambio, mediante la ultraactividad, el sistema normativo se muestra cautivo de un sentido social más benigno pero superado, en favor exclusivo del principio de legalidad. Es decir, el *límite* para ajustar la solución de un suceso a las representaciones valorativas que subyacen a un texto legal lo aporta la garantía de legalidad.

La prescripción, como institución que regula la ley material, constituye la versión jurídica del reconocimiento al olvido en cuanto sentimiento social¹⁵, y despliega sus efectos dentro del proceso penal, declarando extinta la respectiva acción como prueba

¹⁵ “...ciertamente que sería posible concebir la persecución y el castigo hasta de las más leves contravenciones, aun después de una generación; pero los efectos que la pena podría producir, aun en este caso, respecto del autor, del ofendido y de los demás, serían completamente desproporcionados con las dificultades e incertidumbres que ofrecería la constatación del hecho y con la perturbadora intromisión en las relaciones nuevamente creadas y ya consolidadas y extendidas.” , Von Liszt, Franz, “Tratado de Derecho Penal”, traducción de Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, t. III, pág. 403.

de que todo tiene un tiempo para ser realizado, superado el cual decae, junto a las chances de pacífico esclarecimiento, la necesidad de castigo¹⁶.

Desde un lugar parcialmente próximo a los fundamentos de la prescripción, la exigencia del “plazo razonable” concedido a los poderes públicos para el enjuiciamiento del hecho delictivo, descansa también en la necesidad de cuidar que un discurrir exagerado¹⁷ convierta un ilegítima su persecución, cancelándola, dando cuenta -entonces- de la relevancia del tiempo para con las definiciones que se aguardan del Derecho y de los efectos que de ciertos trances pueden derivarse. Del mismo modo, las dilaciones indebidas del proceso se inscriben dentro del mismo espacio crítico¹⁸.

La dimensión temporal, también se sabe, define ámbitos de aptitud de un modo presuntivo cancelando toda posible controversia como ocurre con la edad mínima requerida para soportar una imputación jurídico penal, tanto como en otros para cualificar la condición de víctima potencial de ciertos delitos al consagrar su umbral etario.

En todos estos supuestos claramente la dimensión de tiempo gravita sobre el sentido normativo de las correspondientes instituciones. Acaso como uno de los esfuerzos que puedan añadirse a la lista y que resultan -al menos explícitamente- novedosos, luce la

¹⁶ Aun cuando Roxin parece llevar la prescripción al ámbito de lo procedimental, expidiéndose en contra de su “doble naturaleza” (conf. su “Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito” . Traducción de Diego Manuel Luzón Peña-Miguel Díaz y García Conlledo-Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid 1997, pág. 990) en los resultados ello no debiera resultar relevante para un modelo integral del sistema penal; Álvarez, Ricardo Carlos María, “Apuntes mínimos para debatir acerca de una reconciliación indispensable”, *Edición Homenaje Dr. Jorge Eduardo Vazquez Rossi*, Ediciones UNL, Santa Fe, 2009, pág. 41. Ello no obstante, sobre la discusión, por todos, García Pérez, Octavio, “La punibilidad en el Derecho Penal”, Aranzadi, 1997, pág. 284.

¹⁷ Superado un límite que se define convencionalmente y pretende sustraerse de la pura arbitrariedad

¹⁸ De una manera adversa a su valoración como atenuante analógica para el Derecho español, y rechazando que las dilaciones aportasen contenido a una compensación destructiva de la culpabilidad, conf. Huerta Tolcido, Susana “La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa” en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, cit. pág.1056.

concepción de Silva Sánchez¹⁹, proponiendo concluir con la habitual consideración inescindible del autor del hecho, partiendo a cambio de una posible dicotomía conceptual entre la versión que le atañe en cuanto agente histórico de su ejecución, distinguible de la del sujeto procesal existente al momento de la condena. La cuestión no es menor, y casa de modo plástico con el discurrir del tiempo y su capacidad para reconvertir o al menos alterar o transformar cuanto se relaciona con lo que definimos como identidad personal²⁰

La investigación intenta, según creo, poner a prueba la consistencia del principio de personalidad de la pena, añadiendo también un enriquecimiento de la categoría de la atribución (responsabilidad) de *quien*, al momento de definir ésta, debería mantener esencialmente su “mismidad” con relación a *aquel* que, en su hora, ejecutara el hecho en cuestión. Naturalmente, no se trata de tomar en consideración trivialidades, sino - ya antes bien- transformaciones capaces de ser evaluadas, mediante un concurso multidisciplinar que ilustre adecuadamente el criterio jurisdiccional, como idóneas para concluir en que la posible condena al sujeto procesal que las experimentara, contradiría tan particularmente la persona de quien interviniera como agente histórico del hecho en cuestión, que lesionaría ya no solo el respeto al principio de personalidad de la pena sino -añado aquí- al de dignidad y de su mano a las consideraciones preventivo generales del caso.

¹⁹ Silva Sánchez, Jesús María, “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre agente y acusado”, en Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, citado, pág. 661.

²⁰ Lo relevante de esta aportación no lo conforma la situación, por lo demás reglada pacíficamente en los ordenamientos procesales, de la pérdida de capacidad procesal como consecuencia de patologías que produzcan alienación. Se trata del problema material consistente en procurar localizar las mejores razones para, constatada cierta ruptura que melle la identidad del sujeto histórico con relación a quien se encuentra próximo a recibir un pronunciamiento jurisdiccional, fundamentar una atenuación o exclusión de pena, con basamento en su innecesariedad.

El proceso de cualificación y medida de aquellas vicisitudes aptas para definir una mudanza identitaria no resultara seguramente sencillo²¹. Pero un Estado de Derecho democrático, fiel a sus puntos de partida, comprometido con la vigencia del respeto a la dignidad del individuo, no debería rehusarlo pese a ello. Si bien es verdad que la posibilidad de tales contingencias, en el sentido expuesto, no necesariamente reclaman del tiempo como dimensión existencial para su irrupción (verbigracia, fenómenos drásticos explicables patológicamente), el rendimiento que se destaca como apto para el mayor despegue conceptual de la problemática, si que sitúa precisamente al discurrir temporal en primera línea, cuando éste se muestra excesivo. En definitiva, el tiempo puede convertir en innecesaria la pena cuando se verifica una ruptura identitaria entre quien ejecutó el hecho en su hora, y aquel (otro) presente al momento de su enjuiciamiento. Una culpabilidad concebida en términos tradicionales centrada en las condiciones vigentes por el tiempo del hecho no alcanzaría, según ello, para legitimar la pena cuando pasado un tiempo, el sujeto procesal hubiere experimentado reconfiguraciones existenciales idóneas para considerarlo “otro”.

Sin embargo, no constituye mi objetivo puntualizar los pormenores y posibilidades de tan interesante desafío, como no fuera cuanto viene solo sugerido por su mentor, al finalizar su conferencia. Allí, se menciona la pérdida de identidad post condena, no solo declarada sino -esto es lo relevante para el presente planteamiento- inclusive aquella ya en curso de ejecución.

²¹ “El criterio rector del análisis normativo de la libertad concreta, propio del juicio histórico de culpabilidad, era el merecimiento y necesidad de pena de dicho sujeto histórico. El criterio rector del análisis normativo de la inidentidad concreta propio del juicio jurisdiccional de responsabilidad ha de ser, constatado que el sujeto histórico mostraba dichos merecimiento y necesidad de pena por el hecho histórico, si el sujeto actual también los muestra, en relación con tal hecho histórico” Silva Sánchez, Jesús María, “Identidad en el tiempo...”, cit, pág. 675.

De modo que, todo cuanto pueda validar un juicio de ausencia de responsabilidad jurisdiccional o su de reducción como consecuencia de la constatación de factores capaces de afectar cuanto deba entenderse por identidad personal, habrá de ser llevado junto a otros factores -esa es mi propuesta- al momento de cumplimiento de una condena a pena privativa de libertad de larga duración, siempre que en cuyo decurso el penitente se observe "...como mero objeto de una causación de daño y ya no como sujeto de la ejecución de la pena como proceso dotado de sentido"²², entre otras circunstancias.

III.Los elementos a considerar:

Dejando de lado aquí otras vicisitudes que igualmente lo explican, interesa ahora destacar que, si acaso fuera *el tiempo* transcurrido entre el hecho y su juzgamiento cuanto permitiría debatir aquel planteamiento, en el caso de las penas privativas de libertad de larga duración, semejante perspectiva siempre ofrecería ocasión para rediscutir no solo la identidad del condenado, sino también la persistencia de otras razones que en el momento de la condena se tuvieron por concurrentes.

En pocas palabras, por lo regular un procedimiento temporalmente contenido en su rango posible (a salvo factores de otra índole que no interesa analizar en este marco) no favorecería siquiera un planteamiento que tenga por objeto verificar el mantenimiento identitario del individuo. Sin embargo, cuando se trata de penas privativas de la libertad de duración media a larga, puede partirse de la *presunción* de la posible existencia de factores de tal índole, junto a otros que contribuyeran a la

²² "Identidad en el tiempo...." citado, pág. 690.

declaración de culpabilidad del agente, debiéndose favorecer el escenario procedimental apto para asegurarlo.

Los materiales susceptibles de ser objeto de reconsideración debieran ser todos aquellos que contribuyeron, en su momento, a definir la imputación personal e imposición de pena como vía preventiva y explicativa del suceso, de cara a su dimensión social.

Si se pretendiese rechazar este procedimiento bajo el argumento de su generalización o indeterminación, se estaría con ello admitiendo que dichas condiciones negativas concurrieron, solo que previamente, para sostener la imposición de pena, de manera entonces que la hipótesis ya resultaría por dicha razón carente de logicidad. Pues de cuanto se trata no es de introducir elementos nuevos sino de reeditar, con arreglo a criterios vigentes al momento que aquí se propone, aquellos ya asumidos como presentes al tiempo de la condena.

Siempre que no se trate de un ejercicio meramente tautológico y de encubierto positivismo, la necesidad de pena debe localizar un lugar, en alguna medida diferenciado del conocimiento del ilícito y la decisión auto responsable de llevarlo a cabo. Llegados a este punto, entonces, se deberá renovar aquello que no implicase regresar sobre los fundamentos de la atribución individual al hecho.

Si la necesidad de pena constituye un tópico que despliega mayormente sus efectos en el ámbito de la culpabilidad²³, pues entonces ello no debiera responderse de una vez y para siempre. La necesidad, claro está, es una dimensión graduable, pero -además- no es constante y -a diferencia del merecimiento- puede (debe) experimentar ser objeto

²³ Así como el merecimiento lo hace con respecto al ilícito, desde una perspectiva deontológica orientada al "ser justo" asignarla.

de procedimientos críticos que permitan asegurar que se mantiene idéntica, disminuida, o directamente hubiera desaparecido.

¿Nullum culpa sine pena?

Si bien el interrogante deja entrever su indiscutible sentido reversible como logro evolutivo del Estado liberal, permite -sin embargo y de manera algo extravagante- analizar si la decisión declarativa de la culpabilidad debe conducir de modo fatal a la imposición de castigo. En pocas palabras, vale preguntar entonces: ¿toda culpabilidad debe conducir a la pena? En este supuesto, ¿toda pena debe ser ejecutada?

Pues conviene distinguir dos situaciones. O bien la culpabilidad no reclama de una consecuencia para su existencia. O, por el contrario, deja de poseer sentido en caso de no pretenderla.

Con relación a lo primero, el legislador -como se ha dicho- no puede mostrarse como un “embustero” cuando constata la infracción imputable de sus normas penales²⁴. El juicio de culpabilidad, entonces, debe conectarse con la producción de efectos, evitando mostrarse como un momento retórico de cual no quepa vocación comunicativa²⁵. Si de cuanto se trata es, precisamente, de asegurar esferas de autonomía sustraída de roces u avances ilegítimos sobre las limítrofes que intervienen

²⁴ “...si el Estado no quiere quedar como un “embustero”, según la conocida frase de Schünemann, debe castigar si tal fue su compromiso cuando diseñó su proposición normativa”. Álvarez, Ricardo Carlos María, “Breves apuntes acerca del rendimiento preventivo especial de las penas privativas de la libertad”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IX número 17, Ad-hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 65. Sin embargo, hoy sostengo que la actividad adecuada debería ser la de “reaccionar” y no necesariamente castigar”. “De acuerdo con ello, el mal de la pena se aplica, en palabras de Feuerbach, para que la amenaza no sea desenmascarada como un vacío”, Schünemann, Bernd, “¿Puede una pena ser justa?”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BDF, 2017, pág. 392.

²⁵ No obstante, debe distinguirse el momento previo de conminación general, del correspondiente a la ejecución -que presupone ya culpabilidad. Exhaustivamente, Grecco, Luis, “Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feurbach”, Marcial Pons, 2015, pág. 163.

en el contacto social²⁶, pues no bastará cuando ocurra lo contrario con un mero conformarse activando un enunciado que identifique descriptivamente al autor del hecho sin pretender nada más que ello. Parece contra intuitivo denominar culpabilidad a una experiencia semejante.

Ahora bien, el procurar efectos como extremo consustancial al juicio de culpabilidad no significa asociar su obtención a cuanto conocemos como “ejecución”. Estamos habituados a distinguir dos fenómenos con relación a toda manifestación de voluntad: declaración y ejecución.

Como integrante de dicho género, declaración propia del juicio de culpabilidad merece distinguirse, entonces, de su trance inmediato ejecutivo. Sin embargo y para no sobreestimar el punto, nos limitaremos a señalar en este lugar que, aún cuando no exista realmente una culpabilidad sustraída de la vocación por alcanzar ciertos efectos, de allí no debe derivarse que *todas* las penas, como tales efectos, deban ser ejecutadas, pues -acaso- la misma declaración de culpabilidad puede posibilitar el alcanzar dicha cualidad, de un modo que, en tal sentido, se “ejecute”. Dicho de otro modo, para determinados delitos, la declaración formal comunicando que el autor es el responsable del ilícito en cuestión pues a su conducta -y no a otra razón- debe vincularse el hecho, podría por sí sola subvencionar los fines de estabilización, integración o disuasión asociados al castigo, sin necesidad de reforzarla con otra dimensión aflictiva más severa. Que ello pueda traducirse en una culpabilidad

²⁶ Según una interpretación extendida que sintetiza los fines posibles de la norma. De todas maneras y por el contrario, si solo se tratase de exclusivas reacciones retributivas, igualmente una culpabilidad así concebida no lograría mostrar sentido alguno.

(autoejecutable) sin pena, o de una pena alternativa emergente de su propia constatación -culpabilidad- puede quedar ahora de lado²⁷.

Así entonces, se puede compartir que la pena es culpabilidad objetivada como, según puede estimarse, lo entiende Jakobs²⁸. Solo que, añadimos aquí, la objetivación no necesariamente debería demandar la ejecución de aquella, si es que no se quiere arriesgar la potencia explicativa de aquella expresión. Tanto se objetiva una culpabilidad declarativamente transmitida (sin dimensión aflictiva corporal sino discursiva como, verbigracia, una condena de ejecución condicional), como aquella que expresa una condena a pena de prisión efectiva.

En definitiva, no toda culpabilidad reclama como vehículo objetivable, de la ejecución de la pena.

De aceptarse que la culpabilidad no perderá su fundamento aun cuando de su declaración no se siga pena alguna por estimarse cerrado el conflicto, tendría que resultar prioritario, entonces, el abordaje del *sentido* que así lo posibilita sin

²⁷Se admite que muchas de estas cuestiones fincan, en cierta medida, en disputas terminológicas. El sistema continental, raíz de la condena de ejecución condicional que contempla el art. 26 del C.P., también suscitó divergencias acerca de la naturaleza del instituto, pues "...se han encontrado distintas denominaciones que implicaron diferentes ideas acerca de la naturaleza de la condenación condicional: suspensión condicional de la ejecución penal (Unión internacional de derecho penal); juicio con pena condicional (Aschrott); remisión condicional de la pena (Wach), suspensión de pena (Alimena), etc...." . Zaffaroni-Slokar-Alagia, "Derecho Penal. Parte General", Ediar, 2000, pág. 922.

Los citados autores, sin embargo, se equivocan cuando en el inicio del texto transcrito refieren a condenación condicional, pues está claro que existe condena y lo condicional recae sobre su objeto, la pena de prisión. Lo condicional resulta ser la ejecución. Podría considerarse que *la pena* consiste, en tales casos y básicamente, en la *advertencia añadida a ciertas exigencias de comportamiento*, de sufrir otra -privativa de la libertad- en caso de desobediencia, si no fuera porque esta solución colidiría gravemente con el *ne bis in ídem*, al proponerse un sistema de *metapenas declamativas con penas objeto privativas de la libertad*.

²⁸"Por razón de esa objetivación de la comunicación en un hecho también la condena, el establecimiento de la culpabilidad, ha de objetivarse, y esa objetivación tiene lugar mediante la pena. Priva al autor de libertad, en caso de necesidad, como, por ejemplo, en la privación de libertad, sin hacer uso de ella, y objetiva de ese modo que el uso de la libertad hecho por el autor no puede ser una conducta rectora." "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en "El funcionalismo en Derecho Penal", Tomo I, *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pág.55. Repárese en el condicionante "*en caso de necesidad*" incluido en el párrafo transcrito.

desnaturalizar la condición penal de semejante experiencia. Esto significa, que puede seguir denominándose “penal” a la resolución de cierto conflicto con relación al cual (solo) se declare culpable al autor. Y nada menos, ni más.

Dado que el sentido de la intervención penal debe orientarse en favor de la estabilización de las normas enfáticas de la sociedad, o de la protección de ciertos bienes que deben permanecer sustraídos de la arbitrariedad de terceros o de ambas cosas, solo un programa que satisfaga tales metas devendría legítimo. Está claro que resulta ser la pena el factor que habitualmente concurrirá para satisfacerlas, en nombre de la prevención. Sin embargo, no debería descartarse que en ciertos supuestos la intervención, sin perder su naturaleza según se expuso, prescindiera del empleo del castigo. Puede decirse que tales supuestos, aún cuando su exposición no pertenezca a cuanto conforma el objeto de estas páginas, deberían representar un disvalor jurídico penal atenuado, un alcance perturbatorio menor, refutado suficientemente a través de la merecida reprobación culpabilística, cuyo refuerzo consecuencialista dependería exclusivamente del alcance comunicativo del fallo que así la dispusiera²⁹.

Formulado así: el *porqué* y el *para qué* constituyen preposiciones que se aplican de modo expresivo a la intervención penal. Que la pena constituya el componente particularmente sensible para alojarlos, no debería llevar a suponer que encontrasen otro vehículo conceptual que se deje condicionar por ellos. Así, la culpabilidad se

²⁹ Además de la “amonestación pública” que luego se mencionará, determinadas situaciones de escasa culpabilidad son “procesadas” mediante instrumentos formales. Así, es posible que supuestos de ausencia promocional de la acción, como de acuerdos, o la suspensión de los procedimientos arrojasen, ya, suficiente sentido reprobatorio, tornando innecesaria la pena. En verdad, en muchos de los mencionados sería posible reconocer decisiones larvadas o informales de ausencia de culpabilidad bajo ropajes procedimentales. Sobre ello, bajo la directriz de la idea de “fin”, exhaustivamente Freund, Georg “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal”, en *El sistema Integral del Derecho Penal...cit.*, págs. 114 y sgtes.

impone *porque* existe una razón deontológica que reclama la reprobación del hecho, aislándolo como no vinculante. Igualmente, y en una medida por determinar, *para que* el sistema de reglas no padezca erosionamientos mientras valgan -validez- como modelo de interacción social. Pero la irrogación de padecimiento o dimensión aflictiva no siempre debería concurrir llamando a la pena, si es que -acaso- ni la seriedad de la reprobación como aspecto deontológico hubiere de reclamarla, ni -en consecuencia- sufriese con ello la “prevención” en el sentido antes indicado.

Con mucho de procacidad, podría acaso concebirse un sistema donde dicha objetivación prescindiese directamente de la pena -que no ya de su momento ejecutivo-, sin que con ello se comprometiera la eficacia preventiva de la norma secundaria, que operaría en tal supuesto como “norma de reacción”. Claro que para aliviar aquel atrevimiento se podría argumentar que, del hecho de admitir una posible culpabilidad sin consecuencias no se derivaría más que una acrobacia terminológica. La cuestión, entonces, dependería de la representación bajo la que se conciba cuanto deba entenderse por “pena”. Si nos alejamos de su ejemplar indiscutido, la pena de prisión, podríamos denominar con ese título a cierta declaración formal de culpabilidad, especialmente comunicada. Para casos singulares, la propia declaración surtiría su objetivación como una “pena” expresiva que afecte del destinatario, el bien de su reputación y estima sociales. En dicha afección radicaría la dimensión aflictiva de la esa hipotética reacción que, así, toleraría ser acaso considerada como pena. La objetivación demandaría en tales supuestos, tan solo de una particular comunicación, y resultaría comprensible para cierto nicho de criminalidad, donde la restricción de otros bienes al condenado, distintos a los indicados, mostrase su innecesidad cognitiva para estabilizar la norma quebrantada.

Entre otras medidas similares, que prescinden de la ejecución característica de una privación de libertad puede aquí citarse la pena de “amonestación pública”, como ejemplar que participa de aquellas propiedades y que la doctrina incluye dentro del elenco de penas alternativas -a las privativas de libertad-.

Una sociedad será, según creo, tanto más evolucionada en su estándar de tolerancia y solidaridad frente a la desviación, en la misma medida en que se encuentre dispuesta a ofertar consecuencias o reacciones ante quebrantamientos normativos que dejen de llamarse, como hoy, “alternativas” y cuya eficacia no esté por debajo, al menos, de las penas que poseen dicha cualidad (privativas de la libertad)³⁰.

Pues entonces, y pese que en nuestro entorno de cultura no pareciera regir un clima propicio que favorezca, al menos para un gran número de casos, el desconectar el juicio de culpabilidad del castigo en su dimensión estereotípico-aflictiva, merecería no obstante ser objeto de sinceramiento la naturaleza y rendimiento de aquellas instituciones que, aun cuando las denominemos “penas”, implican básicamente una advertencia, sin que ello presuponga cargar con daños preventivos. Así, no solo la condena de ejecución condicional, sino también otras modalidades que, pese a resultar ajenas al caso dado que no fueran definidas mediante la culpabilidad del imputado, cierran tempranamente el círculo del (aparente) conflicto. Así, la suspensión

³⁰ Acaso con los años, uno regresa a ciertas quimeras olvidadas. Sin embargo, una concepción del castigo público que no ha sido capaz de avanzar durante siglos más allá de la cárcel como vehículo de respuesta ante la perturbación, denotando que la creatividad y progresos científicos se han reconcentrado en las razones conceptuales que la sostienen de modo prácticamente excluyente, debería reflexionar sobre la idea de progreso y preguntarse sobre su éxito epistémico. Siempre, claro está, que el sistema penal no solo represente un refinado acopio de razones -positivas o negativas- para castigar, construidas de espaldas al modo en que esto último sucede. Es verdad, no obstante, que la ciencia del Derecho Penal ha dado pasos significativos en el sentido opuesto, como lo pone en evidencia -dicho solo como una muestra- el binomio deontológico de “merecimiento/necesidad” de pena y su vigoroso influjo en la configuración discursiva de sus presupuestos. Pero sigue restando como débito, según entiendo, la introducción de una dimensión pragmática al interior del sistema conceptual. En cualquier caso, para un modelo social ideal -hoy utópico-, la noción de penas alternativas (entendidas como diversas a las caracterizadas como principales) mudaría en aquella otra según la cual la única pena “alternativa” fuese la privativa de libertad.

de los procedimientos a prueba, pese a su indiscutido valor, debió en su hora lidiar con resistencias normativas oriundas de precompresiones sociales que denunciaban un menoscabo írrito para las metas preventivas del Derecho penal. Si aquello fue, en buena medida superado, *¿por qué no imaginar la posibilidad de penas privativas de la libertad cuyas ejecuciones reclamen -pasado un tiempo- de la necesidad de revisar su sentido, de cara a parte de los fundamentos que se asumieron vigentes al momento de ser impuestas?*

El repertorio reactivo del Derecho penal, cuando decide marginar el hecho reprobándolo a su autor, debiera organizarse para un modelo de racional pragmática, como sigue: declarando la culpabilidad, comunicándola de modo intenso dado el caso, o prescindiendo de la ejecución de la pena a que diera lugar de un modo más amplio que cuanto hoy resulta posible³¹, o -finalmente- mediante una ejecución revisada, según fuera posible con arreglo a los criterios que se analizan en el presente trabajo.

¿Existe un mínimo de consenso social que sostenga la confianza en reformas legislativas a tono con aquella racionalidad? La nueva cita del maestro catalán se muestra ajustada a propósito de ello: *“Pues bien, si bien es cierto que parece que en nuestro modelo social resulta preciso todavía, en general, ejecutar materialmente las sanciones, el hecho de que el propio planteamiento de la cuestión no resulte absurdo pone de relieve la relatividad político-criminal del modo de ejecución de las sanciones. Es decir, la posibilidad de acoger un modelo de amplia flexibilidad favorable al reo en la*

³¹ “En mi opinión, la ejecución de la pena privativa de la libertad debe ser sometida, tanto en cuanto a su procedencia o no, como en cuanto a su concreta configuración, a un cuidadoso juicio político criminal de legitimación. Este, además, debe concebirse como autónomo con respecto a los criterios que presidieron la previsión legal y la imposición judicial de la sanción. En efecto, no es obvio que toda pena impuesta deba ser, asimismo, ejecutada.” Silva Sánchez, Jesús María, “En busca del Derecho Penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena”, *Estudios y Debates* nro. 10, BDF, 2015, pág. 80 - subrayado no incluido en el original-

ejecución de las sanciones, sin que ello de lugar a consecuencias político criminales indeseables."³²

La última palabra se le concede, entonces y como siempre, a la propia evolución social, junto a la esperanza de una mejor racionalidad y al progreso moral discursivo con relación al ejercicio de la violencia estatal.

Racionalidad o comunicación de sentido:

Sin embargo, una mirada superficial hacia la historia misma del discurso moral y el Derecho permite constatar que no existe una racionalidad quintaesenciada, inmutable y resistente a modificaciones como si se tratase de una moral positiva perenne, cuyo registro básico pueda asegurarse de una vez y para siempre. Esto, que sabe a constatación trivial, debería servir, sin embargo, para desmitificar que el juicio de culpabilidad pueda desvincularse, ya no solo de la historia³³, sino -esto es esencial- del seguimiento de las consecuencias³⁴ a que conduce, como brevemente se intentará fundamentar. En definitiva, reconciliar la teoría -siempre que pretenda ser buena- con el pragmatismo³⁵.

³² "En busca del Derecho Penal..", pág. 82.

³³ "Lo que es la culpabilidad depende de la respectiva estructura de la sociedad en la misma medida en que la existencia del injusto depende de ella. Que es la culpabilidad en un sentido general cabe, a lo sumo, señalarlo esquemáticamente; las concreciones sólo son posibles con referencia a un sistema social perfilado con cierta exactitud". Jakobs, Günther, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, 1991, pág. 584

³⁴ La expresión pretende aludir a un sentido teleológico más que deontológico. No obstante, relativizando la diferenciación, Nino, Carlos Santiago "Ocho lecciones sobre ética y derecho", 2da. edición, Siglo veintiuno editores, pág. 96.

³⁵ "El pragmatismo jurídico se entiende mejor como un tipo de exhortación acerca de la teoría: su función no es la de decir cosas que los juristas y los jueces no sepan, sino recordarles a los juristas y a los jueces lo que ya saben pero frecuentemente no practican" (Smith 1990, p 2)...En mi opinión, la teoría del Derecho que se suele elaborar en los países latinos (tanto la dogmática como la teoría general) adolece precisamente de ese defecto: de falta de pragmatismo, de incapacidad para incidir en las prácticas jurídicas. De manera que bien puede decirse que, para nosotros, la primera necesidad de la teoría es la de tomarse el pragmatismo en serio". Atienza, Manuel, "El Derecho como argumentación", en Cátedra Ernesto Garzón Valdes, 2003, Distribuciones Fontamara, México, 2015, pág. 129.

La racionalidad de los actos de gobierno que, como principio, legitima según la Constitución Nacional la gestión de los asuntos públicos, no impone, según lo expuesto, un modelo de comprensión que, llevado al conflicto penal, resulte uniforme. Para evitar malentendidos, conviene aclarar que este punto de vista no conduce a un relativismo ingenuo, a la pérdida de contacto con estructuras suficientemente consolidadas, pues habrá de admitirse la existencia de un moderado objetivismo moral³⁶. Precisamente, el reconocimiento de los derechos humanos a partir del siglo 20, convierte en estéril toda posible discrepancia. Aquí solo se trata de admitir que la búsqueda de razones, según y bajo las cuales, se deban castigar ciertos hechos perturbadores, corre acaso por otro carril distinto al de “cuáles” resultarían aquellos hechos³⁷. Si bien existen inevitables solapamientos entre ambas cuestiones, se tratará aquí de partir de que la exigencia de culpabilidad mantiene para sí una racionalidad más refinada -y por ello más exigente- relativa a la que debe concurrir para sostener un proceso de criminalización del hecho, con relación al cual aquella debería demostrarse.

³⁶ “...el discurso justificativo es incompatible con el emotivismo axiológico defendido por los realistas; dicho de otra manera, el enfoque del Derecho como argumentación está comprometido con un objetivismo mínimo en materia de ética”. Atienza, Manuel, op cit, pág. 122.

Sin embargo, y por el contrario, se rechaza dicho compromiso con juicios morales objetivos: “Justamente porque el constitucionalismo democrático reconoce y pretende tutelar el pluralismo moral, ideológico y cultural que recorre toda sociedad abierta y mínimamente compleja, la idea de que éste se funde en alguna objetividad de la moral o que exprese alguna pretensión de justicia objetiva, choca con sus mismos principios, a comenzar por la libertad de conciencia y de pensamiento”. Ferrajoli, Luigi “Constitucionalismo Principialista y Constitucionalismo Garantista”, en *Un Debate sobre el Constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 29.

³⁷ Se trata de la cuestión de los mandatos de criminalización. Nuestro ordenamiento constitucional incluye, si bien explícitamente, muy pocos.

¿Ejecución de la pena como tautología?:

Ya se anticipó que una culpabilidad sin pena es posible, siempre que la misma declaración en que aquella consistiera pudiera valer *ya* como tal, así concebida para un modelo menos influido por la tradición de la cárcel. Ello sucederá cuando el contenido que simbolice el correspondiente veredicto resulte suficiente para la ratificación de la vigencia de la norma o para prevenir disuadiendo o generando convicción, con independencia de las condiciones del autor y su sociabilidad. Una declaración semejante, comunicando que el suceso perturbador es asunto de quien resulta señalado como culpable, puede satisfacer, dado el caso, impulsos catárticos o de psicología social, si cupiesen como función latente de la reacción jurídico penal. En supuestos semejantes el carácter reprobatorio del juicio de culpabilidad puede inclusive exorbitar cuanto se entiende (habitualmente) por simbólico, en tanto privado de la dimensión aflictivo corporal, dependiendo del modo en que se lo transmita y la inserción social del sujeto sobre quien el mensaje acabaría recayendo. *“Pues téngase en cuenta que ya el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito”*, asegura Jakobs³⁸, aun cuando inmediatamente aclara por qué se necesita infligir dolor.

Ello se puede compartir, aun cuando la dimensión de dolor no deba, según creo, confundamentar la pena o la reacción que haga sus veces en todos los casos. Vale decir, bajo ciertas condiciones concretas, puede prescindirse del dolor³⁹. Cuáles sean tales

³⁸ “La pena estatal: significado y finalidad”, en *Derecho Penal y Sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 38. Luego, en la pág. 41 concluye que “...el dolor sirve para la salvaguardia *cognitiva* de la vigencia de la norma; este es el *fin* de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su *significado*.”

³⁹ Sin perjuicio de ello, he mantenido -hoy debería aclarar que para casos especiales- que: “Sufre el condenado para que confíen y teman o se convenzan las víctimas y autores potenciales respectivamente. Para confiar y temer, alguien debe sufrir”. Álvarez, Ricardo Carlos María, “Reflexiones sobre la pena privativa de libertad”, conferencia publicada en “Disertaciones y ponencias en el IX

obligará a una ponderada elaboración político criminal que ilustre al legislador del futuro acerca de sus resultados. Sin embargo, ya no podría negarse la importancia de *“...distinguir entre el reproche comunicativo dirigido al autor del delito y la posterior causación de dolor a éste.”*⁴⁰

Dimensión aflictiva y expresividad de la pena.

No se ignora que las teorías expresivas de la pena, en tanto procurasen asignarle un contenido comunicativo, desconfían en general de la capacidad de rendimiento de las fundamentaciones tradicionales que se distribuyen *-dicho básicamente-* entre retribución y prevención como polos alternativos. *“Los expresivistas creen que en la actualidad la esencia del debate no se encuentra en una alternativa entre teorías retributivas y preventivas, sino entre teorías predominantemente expresivas o instrumentales”*⁴¹.

En esta línea, rige como dominante la idea de *merecimiento* de pena para el infractor (en cuanto la misma se toma como vehículo de reprobación moral) desde la mirada de las concepciones expresivas, frente a la de *necesidad* -para quien impone- desde la perspectiva preventiva.

Se parte de rescatar el sentido retributivo del castigo en tanto concepto moralmente correcto, distinguiendo en su gramática un sentido reprobatorio de otro aflictivo, vale

Encuentro de Profesores de Derecho Penal. Los Derechos fundamentales y la ley penal”, AADPD, Corrientes, Argentina, 2011, pág. 205.

⁴⁰ Silva Sánchez, “En busca...”, pág. 276

⁴¹Feijóo Sanchez, Bernardo, “La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?”, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, cit, pág. 311

decir, un elemento descriptivo consistente en reprobar el hecho, diferenciado de otro normativo que opera como fundamento y presupone irrogación de dolor⁴².

Con todo, las teorías expresivas no logran, según su mentor Joel Feinberg, escapar de la posibilidad de presentarse también como dotadas de cierto prevencionismo⁴³, atendiendo a “propósitos generales” (intimidación general, readaptación social del condenado), revelando con ello que el sentido “expresivo” suele conformar en ocasiones y, según creo, un metaconcepto discursivo. O acaso suele ser empleado de forma tal que posibilita así comprenderlo.

Pese a ello, entiendo que la asunción de una legitimación semejante no resultaría incompatible, finalmente, para con el sentido de cuanto se propondrá, siempre que se aseguren las adaptaciones epistémicas del caso. Para el caso que se prefiera -como emergente de un sentido expresivo del castigo- referir a la retribución, la irrogación de aflicción o dimensión de pesar ya no representará (o no solo) un refuerzo cognitivo de la norma que aquel pretende estabilizar desde la lógica de la prevención general, sino básicamente su aspecto fundamentador. En todo caso, habrá de insistirse en tal supuesto que, como prognosis, el aspecto normativo debería tener que admitir: un control acerca de la necesidad de su pervivencia, aun cuando ello refiera al ámbito de la “justificación” de la pena y no de su “concepto”.

Sin embargo, para la representación valorativa que subyace a este marco de tradición, el solo mentar la cuestión de la ejecución de la pena en sí misma pareciera ser una

⁴² Pérez Barberá, Gabriel, “Problemas y Perspectivas...” cit., pág. 4 y sgtes. Además, muy especialmente, ob cit, pág. 25: “la irrogación de un mal es en ocasiones el único y en ocasiones el mejor medio del que dispone el Estado para comunicar *con autoridad* al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz –y no la del delincuente– la única que debe ser escuchada. Es precisamente el mal de la pena lo que permite al Estado transmitir esa información sin tener que dar otras razones, lo cual, como se ha visto, es indispensable para actuar con autoridad”.

⁴³ Mañalich, Juan Pablo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en “*Pena y Culpabilidad...*” ob. cit., pág. 41.

obviedad. Así lo sería, al menos, para el colectivo social que no concibe el castigo sin su dimensión aflictiva o momento prático, la irrogación de sufrimiento sustraído de amenazas retóricas⁴⁴.

Por supuesto, esa vocación instrumental que confía en la pena una respuesta fatal y siempre ejecutable y parece regir en ciertos agentes sociales, debería “lidar” con la necesidad de “sortear” sus condicionantes, entre los que la culpabilidad, se podría decir exagerando y no sin una gran carga de cinismo, fuese caracterizada, casi como *una amarga necesidad dentro de una sociedad de seres indulgentes como (son?) los hombres*⁴⁵.

En definitiva y para una tan creciente como inquietante compulsión profana hacia el castigo público, que su ejecución presuponga -como es obvio- culpabilidad, casi que podría resultar una concesión algo incómoda del Estado de Derecho, cuando no la abreviatura de algo que debe rápidamente liquidarse, para que la desviación sea conjurada legítimamente mediante aquél. Frente a ello, el sistema del hecho punible constituye, podría decirse, la resistencia que ofrece nuestra racionalidad constitucional, cuya fisonomía es cincelada contemplando la pena prevista como su posible consecuencia.

Por ello, con toda claridad se ha escrito que “...la configuración de los diversos sistemas jurídicos de imputación del hecho al sujeto, así como la de las garantías

⁴⁴ Todo cuanto presuponga la necesidad de controlar conceptualmente los fundamentos del castigo, puede ser hoy percibido como obstáculo para este tiempo de exaltación punitivista, como un “ruido” en los canales de comunicación que emplea el discurso *panpenalista*.

“Constatado un hecho materialmente antijurídico y culpable, alguno de los argumentos que podrían dar lugar a su caracterización como atípico y, desde luego, la mayoría de los que podrían conducir a calificarlo como no punible son rechazados en tanto que obstáculos a la realización de la justicia que reclaman y merecen las víctimas”, Silva, “En busca...”, pág. 109.

⁴⁵ Parafraseando la célebre expresión que, acerca de la pena, suscribieran los autores del Proyecto Alternativo de Código Penal para Alemania de 1.966, elaborado por un grupo de 14 profesores.

generales de cada sistema, tienen una clara dependencia de las consecuencias jurídicas del mismo, su configuración y su teleología”⁴⁶.

La estimulación de las pasiones sociales ante el crimen, sobre todo de aquellos que afectan la vida y bienes esenciales, no llega sin embargo a reclamar la aplicación de castigo sin la previa constatación de “algo” que alivie la conciencia. Cuanta mayor lejanía de la racionalidad se mantenga frente a un conflicto, menos reparos se tendrá en aligerar los contenidos de aquello que reclama previamente su castigo. Es decir, si ese algo se llama culpabilidad, su contenido y calidad deberían ser entonces directamente proporcionales a la mayor o menor racionalidad con que deba reprobarse el hecho con el instrumento de la pena.

El interés de la víctima y (en?) la pena:

Este es, de modo singular, el tiempo de las víctimas. Una sociedad que mayormente se percibe como un conglomerado de víctimas potenciales, según se ha denunciado hace ya un tiempo. En este sentido, se habla de la “identificación de la mayoría social con la víctima del delito”⁴⁷. Han quedado atrás los tiempos donde, todavía, podía apreciarse una razonable sensibilidad de trato social hacia la desviación o, al menos, con respecto a la forma en que ésta era procesada por las agencias públicas.

Una virtual cesura entre unos -las víctimas potenciales- y otros -los autores de delitos- parece diferenciar el tejido social de modo aparentemente inconciliable, creyendo los

⁴⁶ Silva Sánchez, Jesús María, “La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales”, pág. 167, segunda edición, BDF, 2008

⁴⁷ Silva Sánchez, Jesús María “La expansión...”, pág. 46.

primeros ser parte de una membresía casi tan natural⁴⁸ como irrefutable la pertenencia de los segundos a su propio colectivo (¡no menos natural!).

Denomino *síndrome de otredad* al que se manifiesta de manera unilateral, pues quienes lo sufren en general se conciben, cuando no real, al menos como potencialmente afectados por el hecho de *ellos*, es decir, de los *otros*.

Ajenos a ese colectivo, el de los *otros*, con relación al cual se perciben cual extraños y al que, según estimo *deberían saber, pueden* acabar perteneciendo.

Más allá de ello, el creciente protagonismo de las víctimas, como una realidad de cuanto ilustra suficientemente el clima de expansión del Derecho Penal, no parece reparar en las exigencias y precisiones que, para una tal denominación, debiera aportar el modelo de racionalidad conceptual del que se sirve el sistema formal de imputación en el Estado de Derecho. Siempre que por víctima, claro está, se considere a quien padece el ilícito penal *del que su autor sea responsable*.

Así como con relación a este último se reclama un juicio declarativo de culpabilidad y solo desde entonces habrá de ser considerado autor punible, el sinalagma de quien ha sufrido el hecho como sujeto pasivo, igualmente lo requiere para ser considerado víctima.

Admito, no obstante, que pueden convivir distintas acepciones aplicables a la condición de quien es objeto de un hecho lesivo. Quizá la versión sociológica del concepto deba diferenciarse de aquella otra que solo proviene de instancias vinculadas al principio constitucional de inocencia, que impone tratar como culpables (y de consiguiente como víctimas) a quienes el procedimiento formal reputara tales. Lo

⁴⁸ La constatación proviene de encuestas de opinión y trabajos de investigación criminológicas. Precisamente, no se procura en este lugar usurpar conclusiones sociológicas ya bien conocidas, fundamentalmente aquella que alude a la *génesis definicional* del control social. Sin embargo y para el caso, conviene recordarla especialmente como la que dibuja la línea divisoria entre “ellos” y “nosotros”.

curioso es que los derechos asignados a la “víctima” le son muchas veces acordados antes de que aquello ocurra, lo que viene a probar que, efectivamente, existe una polisemia⁴⁹.

De hecho, el supuesto derecho al castigo⁵⁰ del autor concedido a la víctima, es prueba suficiente de lo indicado.

Es según creo, evidente que el “*geistzeit*” performa, entre otras inclinaciones, un determinado sentido al que se orientan los intereses de las víctimas de un delito. El actualmente rige, pues pareciera no solo transmitir un claro reconocimiento a las presuntas víctimas de una pretensión de esclarecimiento erigida en Derecho, con todas sus posibles implicancias. Y ya no solo existe cierto beneplácito social en ello, comprobado mediante la empatía ciudadana hacia su condición y el amplio espacio que le suministran los medios de comunicación⁵¹, sino que el legislador, sensible a buena parte de la pulsión proveniente de nichos de posible electorado, ha convertido aquella pretensión en derecho no solo al esclarecimiento, al adosarle como su objeto, el posible castigo⁵² del autor.

Permitirle el derecho a ser informada, a procurar gratuitamente asistencia, a ser escuchada ante determinadas incidencias del proceso, a convertirse en acusador privado habilitándole inclusive a recurrir en solitario -sin acompañamiento adhesivo del Ministerio fiscal-, y a ser convocada antes de dirimir cuestiones atinentes al

⁴⁹ Cuando menos, según estimo, debería diferenciarse. “Antes de que se constate un hecho antijurídico (y, seguramente, también culpable), no puede haber una víctima, sino, como máximo una presunta víctima”. Silva Sánchez, Jesús María, “En busca...”, cit., pág.122.

⁵⁰ Muy crítico con dicha posibilidad, Silva Sánchez, Jesús María “En busca...”, cit., pág. 115 y sgtes.

⁵¹ Merced a los cuales, justo es reconocerlo, pueden visibilizar en ocasiones su daño de un modo masivo y estratégicamente beneficioso.

⁵² “*Tener derecho*” en la acepción que reconoce una pretensión exigible y un débito sinalagmático, solo puede significar una aserción formulada *ex post*. Antes de que fuera así reconocido, el (por entonces solo supuesto) derecho al castigo, no puede generar un correlativo deber de soportarlo. Solo de este modo, en verdad, debe comprenderse el *ius puniendi* y su alcance.

cumplimiento de la condena, constituyen concesiones ya conocidas en el ordenamiento nacional, ratificadas y complementadas de un modo institucionalmente intenso mediante ley 27.372.

Junto a aquella representación social que cifra en la víctima una identidad como “cualidad temida” y que se percibe dominante en la actualidad, se conforman colectivos que interactúan como gestores “atípicos” de la moral, para emplear una expresión conocida⁵³ y cuyos discursos no marchan, precisamente, en una línea de mitigación de la intervención penal.

Dentro de este escenario, pues parece algo extraño el contar de antemano con suficientes chances para el logro de una experiencia normativa como la que habrá de esbozarse, en la medida en que sus resultados dependieran de la víctima del hecho en su particular contexto.

Sin embargo, la extrañeza no debiera -según estimo- retacear el esfuerzo argumentativo para alcanzar peldaños evolutivos capaces de enriquecer el discurso del sistema penal de cara a la observación de sus consecuencias reales. Una de las formas de ponerlo en práctica consistiría en permitirse intentar suministrar, a quien ha sufrido el delito y sin perjuicio de lo expuesto, la posibilidad de expresar una eventual resignificación de las valoraciones inherentes a su rol⁵⁴ cuando fuera convocada -y sea ello naturalmente posible- a propósito de un escenario distanciado en el tiempo del suceso.

Sin bien este punto de vista no resultaría concluyente, depositando en manos de la víctima real⁵⁵ su voluntaria intervención en la conducción y salida a la instancia de

⁵³ Silva Sánchez, “La expansión...”, pág 64.

⁵⁴ Real y no presunto, en tal caso.

⁵⁵ Otra vez: como atributo implícito inherente a la declaración de culpabilidad del autor.

revisión jurisdiccional en fase ejecutiva, dicha aportación eventual debería ser una de cuantas reclaman ser incorporadas a tal dinámica.

El Derecho Penal en acto:

Desde hace ya un tiempo existen quienes, entre los que me incluyo, destacan la indispensable correspondencia, cuando no comunión, con que debe reputarse el vínculo existente entre el Derecho Penal y el Procesal Penal. Abandonada esa visión exclusivamente instrumental, no puede ya negarse el carácter autónomo de prevención que le es inherente al procedimiento penal, en una medida tal que merecería su descuento, según el caso, de la respuesta penal que hubiere de imponerse al condenado.

Mucho se ha expuesto ya, aun cuando no de manera generalizada, acerca de la necesidad de reconfigurar el sentido del proceso penal y su impacto en la identidad del autor del delito como antes hemos dado cuenta, procurando evitar -se dice- que una transformación identitaria que pueda afectarle convierta la pena en ilegítima por vulneración del correspondiente principio de personalidad con que debe ser administrada. Dicho de otro modo, la imagen estática que se asigna habitualmente al cometido estatal como regulador de conductas, puede conducir a decisiones correctas pero expuestas posiblemente a un estado de cosas transformador al que, sin embargo, se le resta toda relevancia expresiva y capacidad de rectificación de cuanto, dogmáticamente, se ha considerado resuelto de una vez y para siempre.

El llamado Derecho Procesal Penal -del cual el de ejecución penal no representaría más que una modalidad tardía- no puede desentenderse de los objetivos del Derecho material. En verdad y más allá de cruces terminológicos improductivos, debiéramos ser

capaces de comprender el fenómeno criminal desde regulaciones dinámicas, desde las cuales el procedimiento solo representase la perspectiva “*en acto*” de las normas secundarias, de sanción o decisión del Derecho Penal⁵⁶. Pues según dicha clave, tal como entiendo, debe cifrarse la naturaleza de los enunciados del llamado Derecho Procesal penal, encaminados a verificar la concurrencia de los presupuestos del deber de sancionar que recae sobre los órganos judiciales. Es que, si se toma en serio el cometido de las normas jurídico-penales, así se las interpretase como enunciados de deber, expectativas de conducta o como parte de un modelo que combinase tales atributos, difícilmente podría esperarse que –cualesquiera sean éstos- aquel cometido pueda alcanzarse de una manera satisfactoria si el instrumento empleado para ello es objeto de una mera contemplación estática.

Todo esfuerzo regulativo o estabilizador que permanezca cautivo de su abstracción, acabaría exponiendo las normas al riesgo cierto de perjudicar su sentido. Que la formulación hipotética de aquellas constituya una exigencia lingüística, no significa que su regencia deba permanecer recluida en el solipsismo de los conceptos teóricos, extraña a la vida social. La dimensión aplicativa de esas mismas normas, es algo que no debiera serle sustraídas para un modelo que pretenda lograr coherencia y racionalidad⁵⁷. Las normas del Derecho Penal habrían de regir en el mundo de los conceptos, mientras la vida social debería aguardar su posible infracción para convocar a otras encargadas de “actualizarlas”.

⁵⁶ Álvarez, Ricardo Carlos María, “Apuntes mínimos para debatir acerca de una reconciliación indispensable” en *Libro Homenaje al Dr. Jorge Eduardo Vazquez Rossi*, UNL, 2009, págs. 31/50.

⁵⁷ “Por ‘sistema integral de derecho penal’ no sólo entiendo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho procesal penal como auténtico *campo de aplicación* de los dos anteriores. Éstos, tal como han sido concebidos tradicionalmente, son en principio simples entidades ideales más o menos abstractas”. Freund, Georg, “Sobre la función ...” cit. pág. 93.

Cada disciplina ha procurado adquirir por su lado las fortalezas que parece prometer la autonomía. Así, el sistema conceptual del Derecho Penal se ha reconcentrado en el sistema del hecho punible, del mismo modo que el Derecho Procesal, aun con vacilaciones, ha procurado el sostén de muchas de sus instituciones en una teoría general del proceso con resultados no siempre plausibles, en atención a la distinta naturaleza asignable a las instituciones procesales generales con relación a los requerimientos propios del procedimiento criminal⁵⁸.

Todavía, siquiera en nuestro ámbito académico, se imparte la enseñanza de las normas materiales y de las del Derecho Procesal con arreglo a currículas autónomas, como si fuese inobjetable que las unas y las otras (si bien complementarias) merezcan reconducirse en paralelo a sendos sistemas de fundamentación sobre objetos de conocimiento autoreferenciales o, en el mejor de los casos, apenas vinculados por un adjetivo.

Según este modo habitual de proponer la cuestión, la decisión general de convertir la realización de ciertas conductas en candidatas al castigo de quien la ejecute, debe distinguirse radicalmente de aquella otra consistente en definir si, la históricamente ocurrida, pertenece o no al bloque que reúne tales abstracciones. Si le damos la palabra a la gramática, posiblemente nos devolverá dos proposiciones que sintetizan ambos quehaceres. El “*qué*” castigar bajo pena debería -según ello- regir la esfera material del delito, en tanto que el “*cómo*” lograrlo aportaría una explicación alusiva al ámbito del procedimiento. Siempre que mantuviera utilidad, este adverbio debería permitirnos incluir la última fase de su objeto en tanto operación compleja.

⁵⁸ Ragués I Vallés, Ramon, “Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: Hacia una visión Integrada” en *La reforma del Proceso penal Peruano*. Anuario de Derecho Penal 2004, pág. 131; Maier, Julio, “Política Criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal” en *Doctrina Penal*, año 1, 1978, pág. 305 y sgtes.

Responsabilidad del culpable

Conviene recordar que la culpabilidad, paradigmáticamente en Roxin, dejó de subvencionar, en solitario, las condiciones materiales necesarias para definir la legitimidad de una pena. Para que no se dude, el autor refiere a la culpabilidad “en sentido tradicional”⁵⁹ en su afán de distinguirla de aquella supra categoría de la que, según lo propusiera, pasaba a ser solo parte integrante.

En el pensamiento del maestro bávaro, la conjunción que confiere contenido material al juicio de culpabilidad integra la “asequibilidad normativa”⁶⁰ junto a otro momento reflexivo que atañe a valoraciones consecuencialistas de índole preventiva. En este sentido, puede hablarse de una operación reflexiva compleja que antecede la atribución personal del hecho a su autor.

En la presente investigación, más allá de claros puntos de contacto con aquella construcción en la medida en que se destaca como autónoma la necesidad de pena en tanto elemento configurador, no existe correspondencia sincrónica para valorar dicho extremo. Así, el procedimiento que, según se propone, debe seguir al veredicto de culpabilidad, sustrae de su objeto cuanto pertenece a esta última, en el sentido de no discutir la corrección de sus conclusiones reprobatorias, limitándose a la pervivencia -o su grado- del aspecto consecuencialista aludido, y su eventual impacto en el saldo de pena por cumplir. Dicho de otro modo: *lo que deba entenderse por juicio de responsabilidad, diferenciándolo del tradicional de culpabilidad, no solo constituye presupuesto de una imposición de pena sino también, ya ejecutada en su término*

⁵⁹ “Lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador, desde puntos de vista jurídico-penales, quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad, sino de responsabilidad”. Roxin, Claus, “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico-penales” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pág. 213

⁶⁰ Roxin, C., “Tratado...”, pág. 807.

medio, objeto de otro complementario dedicado a renovar el debate sobre la subsistencia o posible medida decreciente de las razones preventivas que justificaran su quantum.

Los esfuerzos más provocativos, en el sentido de evitar limitar el contenido material de la culpabilidad al conocimiento de la antijuridicidad y la autodeterminación con que se condujera el autor, no atinan más que a ello, vale decir, se caracterizan por añadir a tales componentes una ponderación de la concurrencia de razones que condujesen a la necesidad de castigar en función de los fines que con él se persigan.

Tan pronto ya dispuesto el juicio de culpabilidad/responsabilidad del autor, lo venidero, es decir, la ejecución, suele mostrar un trance de rutinas bien conocidas, donde la sofisticación discursiva que hubo de permitir dicho escenario solo pareciera haberse orientado exclusivamente hacia la necesidad de alcanzarlo. ¡He allí entonces - podría decirse- el condenado, pero mediante las mejores razones de cuantas dispone para dicho trance el ordenamiento constitucional!

Las razones para fundamentar su castigo lucen, así, imperturbables por todo el tiempo con que fuera medido, con daño de la propia semántica de su factor legitimador: la *necesidad*, dando por cierta y vigente su concurrencia asociada al mero transcurso de aquél.

El aporte de Roxin se ha mostrado particularmente adecuado para denunciar el modo subsuntivo a partir del cual se formaliza el juicio de culpabilidad, circunscripto tradicionalmente a un contenido material construido en buena medida de espaldas a los fines de la pena. Este reconocimiento, desde la aportación que procura reconciliar el sistema de imputación con la política criminal mediante un documento emblemático

de los años setenta⁶¹, ha logrado al menos que quien pretenda una exposición de la culpabilidad desconectada de las finalidades preventivas que se asignan a la pena, se vea forzado a sobre argumentar. En pocas palabras, la pregunta por los fines de la pena ya no puede responderse desde su relicario principialista, llevándola solo al ámbito de su determinación judicial. Sin embargo, el esfuerzo no ha logrado evitar incurrir en cierta circularidad argumentativa.

Su mentor, por si alguien abrigara dudas y para cercar la denunciada acechanza de inseguridad jurídica, apela reiteradamente a las decisiones positivizadas del legislador, desde un punto de mira, por así decir, demasiado estático. En rigor, la categoría de la responsabilidad pretende explicar la decisión del legislador cuando contempla ciertas eximentes que no encontrarían acomodo en los factores habituales, sino en la ausencia de necesidad de pena. *“Creo, pues, que la teoría del fin de la pena explica sin dificultad por qué el legislador a veces castiga y a veces prescinde de la sanción, pese al poder general de actuar de otro modo y pese a la culpabilidad que por ello existe;”*⁶², señala Roxin, dando cuenta entonces de la razón por cuya merced la ley exime de castigo la ejecución de ciertos hechos. Esa razón, oriunda de la ausencia de necesidades preventivas resulta fructífera en casos donde, no obstante concurrir “culpabilidad”, su programa político criminal la inscribe como fundamento de la ya tan conocida categoría de la “responsabilidad”.

En verdad, los supuestos de ausencia de responsabilidad son puntuales en su pensamiento, pues no resultan ser diversos de los que, mediante otras

⁶¹ Roxin, Claus, “Política criminal y sistema del derecho penal”, 2da. Edición, colección claves del derecho penal, volumen 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

⁶² Roxin, Claus, “Culpabilidad y responsabilidad...” cit., pág. 216

denominaciones, concretan expresamente cláusulas eximentes conocidas (estado de necesidad exculpante, desistimiento de la tentativa, etc.).

El formidable esfuerzo conceptual de Roxin no ha consistido tanto en un redescubrimiento nominativo y refinado dedicado a ciertas exenciones de pena (de todos modos) preexistentes, como en el haber sentado las bases iniciales para una prolífica línea de pensamiento particularmente atenta a la teleología funcional del sistema penal.

Sin embargo, junto a dicho reconocimiento, puede observarse que el programa no obtuvo aún el rendimiento esperable, permaneciendo cautivo de los pasos alcanzados por el legislador, en quien se ha confiado de manera exclusiva la definición de los factores que pueden convertir en innecesario el castigo o, por el contrario, reputarlo indispensable. Para que se comprenda: es siempre la autoridad del legislador aquélla que tiene la palabra, tanto como (solo) su interpretación, confiada a quien la adjudica frente al caso, revelándose con ello que -finalmente- todo parece conducir al inevitable procedimiento de interpretación en el momento aplicativo. Sin embargo, la última palabra -para seguir manteniendo dicho factor como fuente- le pertenece a un interlocutor calificado: el *constituyente*. Pues entonces, apelar de manera responsable a la necesidad de pena, esto es, siempre que no se trate de una evocación meramente retórica, debe descontar en primer lugar considerar cuanto aquel expresara sobre su alcance y fines⁶³.

⁶³ “Sin embargo, la subsunción, ya no lógica sino teleológica, tampoco puede limitarse a operar sobre los términos ‘hecho-ley penal’, sino antes bien sobre el esquema ‘hecho-constitución’, ampliándose así su rendimiento hasta dar cabida a las valoraciones materiales plasmadas en la Constitución....*Se trata de interpretar y explicitar el plan político criminal de la Constitución, cuyo contenido histórico y evolución se muestran incompatibles con formulaciones exclusivamente lógico-conceptuales. Si ello puede llamarse creación o desarrollo continuador del Derecho no interesa demasiado en este contexto*”. Álvarez, Ricardo Carlos María, “Política Criminal y Derecho Penal”, en *Reforma Penal y Política Criminal. La codificación en el estado de Derecho*, Ediar, 2007, pags. 502/503.

Sin embargo, aun con dicho correctivo el modelo teleológico no lograra perfiles definitivos si, como sucede, su implementación se resuelve en un solo momento, dando por cierta la subsistencia de, al menos, parte de las razones que sostuvieran su producto (el veredicto de culpabilidad y pena) por el tiempo asignado a sus efectos.

Llegados a este punto, vale precisar que la relación entre culpabilidad y pena no es reversible. Toda pena presupone culpabilidad. Pero puede concebirse a la culpabilidad -según ya se lo expresara- desplegando sus efectos y cualesquiera sean cuantos mediante su declaración se pretendan, sin que para ello deba en todos los casos imponerse pena.

Esta última sí que, al menos, debe contar como preexistente según su estado “conminativo” o de amenaza, en tanto insumo de un pronunciamiento válido de culpabilidad. Para comprender dicha aseveración, deberá admitirse que, en cuanto reacción jurídica, la pena se presenta mediante estadios: el de la conminación o amenaza como soporte de la norma, cuya desobediencia da lugar al proceso penal en cuyo marco -dado el caso- se expresa la culpabilidad como uno de sus desenlaces. A su vez, esta última debe admitir, según fuera expuesto, su prescindencia de aquella en ciertos casos, tanto como, finalmente y por lo regular, ser el fundamento de su imposición condicional o efectiva.

Estos dos aspectos del juicio de culpabilidad se distribuyen, al menos en Roxin con arreglo a lo indicado, en dos ámbitos. Pero lo relevante no resulta ser la presentación analítica sino la necesidad de asegurarlos como indispensables para definir la concurrencia de dicha categoría y sus valoraciones subyacentes.

La pena parece reflejar también, siguiendo el rastro de aquella dicotomía, el sentido de “justicia” asociado a la definición *deontológica* del “imputar reprobatoriamente”,

junto a la utilidad, en el sentido *consecuencialista* que capitaliza para sí la noción de prevención y sus ofertas.

Y no debería sorprender cómo dichas indagaciones performan tanto el título de legitimidad como la consecuencia misma, si uno parte de concebir a la pena como culpabilidad objetivada aflictivamente.

Junto a ello, debe hoy relativizarse el alcance ecuménico que poseyeran las teorías de la pena y la lucha de escuelas a que diera lugar la discusión sobre su fundamento y fines. De la mano de aportes que rehuyen de tal reduccionismo, se pretende hoy -inclusive- evocar un retribucionismo consecuencialista (no utilitarista)⁶⁴, de una manera que, para la semántica vigente al tiempo de aquellas dicotomías, resultaría poco comprensible.

La pena como discurso -como expresión- condensa un comunicado con sentido, por así decirlo, reprobatorio y útil, como debe serlo toda reacción pública, de cuyo género la pena resulta ser el ejemplar más drástico.

A salvo de disputas irreconciliables, hoy puede reconocerse que la pena posee dos componentes básicos: la reprobación y la inflicción de padecimiento⁶⁵. Del mismo modo que dichos aspectos corrientemente concurrirán modelando el juicio de culpabilidad, con la reserva de cuanto se indicara párrafos arriba.

La doctrina tradicional ha concentrado tales momentos de modo correspondiente, en dos principios conocidos, cuyo rendimiento, estimo, debiera explotarse aún más:

⁶⁴ Pérez Barberá, ob. cit.

⁶⁵ “Es posible, entonces, concluir lo siguiente: que la pena como práctica, como institución, consista no sólo en expresar una desaprobación, sino también en irrogar un mal, se *explica* fácticamente con estos dos argumentos: en primer lugar, la irrogación de un mal es necesaria para transmitir la desaprobación de manera eficaz (esta es, de hecho, la explicación ofrecida hasta ahora por las teorías expresivas de la pena). Y en segundo lugar cabe señalar que la irrogación de un mal es en ocasiones el único y en ocasiones el mejor medio del que dispone el Estado para comunicar *con autoridad* al autor del delito, a la víctima y a la sociedad que es su voz —y no la del delincuente— la única que debe ser escuchada”. Pérez Barberá, ob.cit. págs. 25/26.

merecimiento y *necesidad* de castigo. Precisamente, si bien el *merecimiento*, en tanto cualidad vinculada a la “justicia” puede concebirse como orientado al pasado del hecho histórico, la *necesidad* como atributo, demanda su concurrencia durante el presente identitario del autor al momento del juicio de culpabilidad y (esto es lo relevante dentro del marco propuesto), mostrar vigencia durante el tiempo de cumplimiento para un modelo de intervención penal cuya racionalidad, en una medida a determinar, no debería rehusar preguntarse sobre la solidez de sus valoraciones cuando están expuestas a determinadas contingencias.

El desdoblamiento jurisdiccional:

De las exigencias de judicialidad y legalidad se deriva que nadie puede ser penado sin que el hecho que así lo fundamenta fuese previamente desvalorado como digno de ese destino, y -además- producto de una reconstrucción jurisdiccional respetuosa de las garantías, no mera ocurrencia arbitraria del poder estatal. Sin aquellas, no existe un sistema de Derecho Penal posible, al menos en un Estado que merezca ser llamado de Derecho. Sin embargo, junto a la (acaso fútil) necesidad de recordarlo, luce la tradicional presentación del requerimiento constitucional de juicio llevado a un momento fijo⁶⁶. Es decir, el juicio se ofrece para un tiempo determinado, y sus conclusiones habrán de regir según el sentido que adoptase: indefinidamente en caso de ser aquellas absolutorias y por el tiempo de la condena en caso contrario. Esto significa que el objeto del momento de la valoración se presenta delineado en todos sus pormenores. En pocas palabras, si al autor conocía la prohibición y actuó pese a

⁶⁶ El enjuiciamiento reclama de tiempos preliminares que lo habilitan. El momento único aquí aludido, debe ser comprendido como emergente de la oportunidad irrepetible en la que sobreviene, y cuyos resultados -tan pronto estabilizados- permanecerán vigentes (a salvo las contingencias extraordinaria de revisión o excepcional del indulto).

ello de un modo tal que pudo exigírsele la evitación del hecho, concurriendo además⁶⁷ necesidad de marginarlo como explicación excluyente del conflicto desde puntos de vista preventivo generales y especiales, entonces será la pena la encargada de comunicarlo, refutándolo.

La necesidad de habilitar una nueva instancia para comprobar el grado en que se mantienen vigentes las razones preventivas que en su hora concurrieron para el juicio de culpabilidad, obliga de modo previo a la siguiente precisión: en las penas divisibles en razón del tiempo (y particularmente en las privativas de la libertad), puede considerarse que su ejecución progresiva va mitigando la intensidad de aquellas razones, al objetivarse de modo decreciente su vigor preventivo merced al consumo pacífico del tiempo en el que éste se expresa a costa del penitente. Vale decir, el avance del tracto ejecutivo implica una correlativa mitigación del saldo preventivo remanente respecto del total que comunica el veredicto de culpabilidad. Según ello, puede presumirse desde una perspectiva ex ante -esa es la base de la legislación dominante- que la satisfacción de los requerimientos preventivos que asisten al veredicto de culpabilidad reclamará del cumplimiento del plazo total que expresa dicha dimensión del castigo. Como si el capital preventivo hubiera de amortizarse en cuotas, la pena sigue la rutina del tiempo -siempre en el caso de las divisibles-, saldándolo sin rediscusiones.

Es mi propósito plantear a dicha configuración un desafío: precisamente y para seguir con la metáfora contable, un sistema que pretenda conjugar la autonomía individual con esferas de solidaridad siquiera mínimas no debiera negar de antemano una

⁶⁷ El empleo del adverbio denota que dichas necesidades pueden, al menos parcialmente, autonomizarse, para no convertir la prevención en un desiderátum positivista. En este sentido, sin embargo, Roxin, "Derecho Penal...", cit. pág. 792.

posible renegociación del débito del autor, ajustándolo a los requerimientos vigentes de quien tiene el derecho de administrar su ejecución.

I. La necesidad de reconocer la naturaleza jurídica -categoría- de tal momento:

Prescindiendo de reproducir en este lugar la prognosis frustratoria que posiblemente le fuera dedicada a una especulación actual sobre la cuestión, debería sin embargo responderse: cuándo, bajo qué condiciones y con respecto a qué grupo concreto de casos valdría su hipotética implementación.

En primer lugar, el sistema de re-enjuiciamiento (luego analizaremos su objeto) habrá de involucrar solo a individuos condenados a penas privativas de libertad en razón de la comisión de delitos de gravedad media-alta, luego de transcurrida la mitad de su ejecución.

Correspondería dar cuenta de una posible objeción normativa, oriunda de considerar que la Constitución Nacional solo exige la existencia de un juicio previo en su art. 18, de una manera que la posible implementación de una secuencia similar sobreviniente habría de conspirar, no solo contra la exigencia de concentración jurisdiccional, sino además arriesgando la estabilidad del quehacer reconstructivo de los hechos punibles que se confía a los órganos de justicia.

En verdad, la Constitución Nacional no reclama la unicidad jurisdiccional, sino la existencia de enjuiciamiento previo de los hechos criminales, aun cuando - entendemos- dicho enjuiciamiento fuera susceptible de ser presentado mediante sesiones diversas o distanciadas en el tiempo. Sin perjuicio de cuanto luego se analizará, puede sostenerse que mientras no se multiplique el mismo objeto sustancial, el juicio previo no dejará de respetar aquellas condiciones de legitimidad,

en tanto la modalidad de sesiones escalonadas no implicase el introducir secuencias regresivas sobre cuanto concluyeran aquellas que les precedieran.

En definitiva, el “juicio previo” no debería reñir con su realización mediante cesuras. Lo que reclama el constituyente, además del dato temporal derivado del principio de legalidad, es la formalización de una (o varias) instancias dedicadas a reconstruir un suceso del que se presume identidad con alguno de cuantos el legislador ordinario reprueba bajo pena, proscribiendo la reanudación de esa experiencia. Pero no debe considerarse incluido en dicho veto el aseguramiento de una de sus consecuencias máximas, cuando se reconoce que éstas se originan -siquiera parcialmente- en certezas contingentes, vale decir, susceptibles de ser modificadas. Las exigencias de legalidad y judicialidad, así comprendidas, permanecen a buen resguardo. El principio de culpabilidad y los fundamentos *pro homine* -dado que no concurrirá perjuicio para el individuo-, permanecen incólumes.

Resistirse a ello puede responder a distintas motivaciones, aun cuando seguramente la de mayor crédito provendría del mismo origen, dedicado a tensar la cuerda preventiva como parte de un “deja vu”, siquiera nominativamente, defensista social.

Sus conocidos tópicos: falta de seguridad jurídica que conllevará una inevitable merma en la eficacia preventiva de las normas; inconcebible indulgencia con la desviación formalizada y declarada culpable; desprotección ante el crimen y otros de sus derivados, no tardaran en conjugarse para oponer un programa con el claro objetivo de liquidar presurosamente la posibilidad de renovar una discusión sobre el objeto que se propone en el texto.

Sin embargo, la convicción de que ello pueda ocurrir no debería desalentar a quienes porfiamos en la necesidad de ajustarse la racionalidad que, según confiamos, guía al

constituyente. Esto significa, entre otras cuestiones, contra argumentar, sobre todo en la instancia parlamentaria correspondiente, acerca de las ventajas que supondría contar con una sociedad que concede a las víctimas de hechos graves la posibilidad de expresarse del modo más amplio posible, y de quien no cabe presumir fatalmente una valoración vindicativa. Una sociedad que, en lugar de polarizar, parte de la contingencia de roles sociales, procurando que el escenario de esferas muestre una interacción equilibrada cualesquiera sean ellos, de un modo que la víctima intervenga como razonablemente querría que lo hicieran a su respecto en el caso -nunca improbable- de ocupar el rol alternativo. Finalmente, un procedimiento guiado por metas donde la pervivencia del castigo hacia el consumo de su *quantum* de partida (en tanto una de sus posibilidades) aparezca enriquecido por aportaciones de significado social, favoreciéndose el registro de cuanto aquel provocara en las señas identitarias del condenado, tanto como con relación a la situación personal de la víctima.

No se trata de un derecho al acortamiento de la condena vigente, sino a la necesidad de revistar, bajo condiciones estrictas, la subsistencia de parte de los fundamentos consecuencialistas que concurrieran al imponérsela.

Finalmente se procura simplemente intentar reducir los márgenes de inseguridad con que inevitablemente se objetivan definiciones punitivas en magnitudes de tiempo, mediante un procedimiento que parte de sincerarlos.

II. La delimitación de cuanto constituye el objeto del nuevo enjuiciamiento

Este aspecto muestra una relevancia capital, al extremo de condicionar la viabilidad del emprendimiento. De no localizarse aquello que debiera convertirse en motivo de una instancia crítica digna de ser resuelta, pues no tendría sentido siquiera intentarlo.

Ya hemos indicado que, en tanto la culpabilidad o responsabilidad deberían alcanzar la chance del aseguramiento de parte de sus fundamentos de cara a sus consecuencias, no debería incurrirse en el error de pretender rechazar el procedimiento bajo la tacha de duplicidad de objetos originados en un único acontecimiento. Frente a dicha posibilidad, debería significarse que se trata de un objeto en sentido amplio, solo que expuesto a dos momentos de abordaje crítico.

Sin embargo, de preferirse la opción que considera que habría -acaso lógicamente- diversidad de objetos, tampoco se ganaría con ello un argumento serio para tachar su admisibilidad, aun cuando en este caso el título del segundo momento ya no estaría conformado por el hecho, sino por la *revisión de uno de sus aspectos* centrales para legitimar la permanencia del castigo y su quantum, con lo que finalmente debería reconocerse la unidad de objeto material.

Según entiendo, de este aparente rodeo⁶⁸, se egresa admitiendo desde un punto de vista lógico formal, la existencia de un nuevo sustrato, aun cuando materialmente éste no constituya más que la culminación del procedimiento de valoración de un único acontecimiento, aplicado sobre una de las condiciones que cuantifican su resultado, expuestas a la posible reconfiguración que arroja el tiempo sobre la necesidad de mantenerlo.

⁶⁸ Básicamente lingüístico.

En todo caso, queda claro que el veredicto que declara la culpabilidad del agente mostrará, tan pronto firme, su definitividad.

La pertenencia del hecho al autor del ilícito en clave de imputación personal no experimentará ninguna rediscusión posible. Ese aspecto del juicio de culpabilidad, en cuanto sede que -deontológicamente- fundamenta el merecimiento de castigo en términos de justicia por un ilícito ejecutado con conocimiento de la prohibición y exento de constricciones, tanto como la necesidad preliminar de aquél -en clave consecuencialista-, pertenecerá, tan pronto fuera emitido, al ámbito de lo institucionalmente asegurado. Sera entonces, *irrefragable*.

El permitir, con relación a una constelación determinada de condenas, la revisión del *quantum* de pena impuesta cuando ya fuera ejecutado su término medio, no debería suscitar extrañeza, siempre que se partiera de admitir que la pena no se deja influir solo por consideraciones -*lato sensu*- de justicia, sino en buena medida utilitarias. Y siempre que se prescindiera, aun admitiéndolo, de apresuradas remisiones al legislador que, de modo circular, priven de contenido al sentido de cuanto deba constitucionalmente concebirse por pena *útil*. Si lo útil es aquello que, según el legislador, aporta un fundamento para castigar, y ese fundamento solo proviene de dicha fuente, entonces deberíamos comenzar por mentar al juicio de necesidad con menos optimismo y de modo algo más recatado.

Estamos habituados a reconocer, en toda decisión jurisdiccional que pretenda validez, su vocación concluyente. Y es correcto que así suceda en beneficio de la seguridad y predictibilidad jurídicas. Nadie osaría en el marco del Estado de Derecho, sin que implicase prevaricar, decidir manteniendo irresuelto el conflicto a cuya elaboración

debe ceñir su objeto. Ello contradiría, básicamente, la semántica de cuanto deba entenderse por “decisión”.

Dejando a un lado esta observación -terminológica- no tendrían por qué formularse objeciones para que una autentica decisión, aquella que se toma en un momento determinado sobre un objeto presente, admita como una condición de vigencia, la chance de posibles -solo posibles- modificaciones que, sin desnaturalizarla, mitiguen sus consecuencias. En todo caso, se trataría de una relación entre meta decisión y decisión objeto.

Pues el señalar que se trata de complementar el juicio de culpabilidad (en su proyección ejecutiva, descontados ya sus fundamentos y concentrándose en la objetivación que ha provocado determinado transcurso del tiempo y su impacto en las dimensiones preventivas que oportunamente la sostuvieran) o bien propiamente del juicio de responsabilidad (en línea Roxiniana), no dejará de exhibir un cariz, siquiera parcialmente, de índole terminológico.

En cualquier caso, se juzga central el someter a reexamen la pervivencia de cuanto resta de cumplimiento de la pena en clave preventivo general y especial, considerando ya el lapso ejecutado. *En otras palabras, verificar si el delito cometido, considerando su gravedad y la culpabilidad que al momento del fallo pudo reconocerse del autor en términos de atribución de condena, reclama -una vez cumplido su término medio- de tanta prevención general positiva y especial como la necesaria para dejar transcurrir el curso de ejecución pendiente.*

Los materiales para la construcción de un pronunciamiento semejante deberán ser capaces de permitir racionalizar tres posibilidades: juzgar que aquella todavía concurre y rechazar toda modificación de la condena tal como fuera impuesta; que una nueva

valoración justificase otra medición de la pena que permita la reducción del máximo de años pendiente; o acaso que ya los requerimientos preventivos se presentasen cubiertos, por así decir, con el tiempo ejecutado hasta entonces, declarándose -pues- cumplida la pena.

De preferírsele, intentar comprobar si el lapso de pena pendiente de ejecución muestra “funcionalidad” para ser leal con el “fin” del que se partiera al asignarla ⁶⁹.

Si evitamos caer en el común lugar, según el cual, ya todo está decidido cuando concurre una declaración firme de condena, priorizando la estabilidad de la decisión por sobre los aspectos sometidos a posibles valoraciones diferenciables en el tiempo, habremos con ello adquirido capacidad crítica para distinguir situaciones. Ello significaría, entonces, validar al Derecho como una práctica social (acaso interpretativa) de un Estado de Derecho que se “lo toma en serio”, parafraseando a Dworkin⁷⁰.

Revisar la necesidad de pena pendiente de cumplimiento significa, según lo ya expuesto, hacerlo con relación a la cuota “preventiva” del juicio de culpabilidad. Con relación al condenado, sus resultados no podrán ser gravosos para su condición pues, en la peor de las hipótesis para sus intereses, solo se traducirán en el mantenimiento de las condiciones ejecutivas que le atañen. Y respecto a la sociedad y a la víctima del hecho se permitirá revisar el veredicto de culpabilidad/responsabilidad y sus posibles consecuencias para el futuro de la pena en ejecución, como un ejercicio de racionalidad capaz de asegurar o en su caso ajustar los requerimientos preventivo

⁶⁹ Sobre la distinción entre función (concepto empírico social) y fin (valorativo) de la pena: “Pérez Manzano, Mercedes, en “Culpabilidad y Prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.”, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1986, págs. 217 y sgtes.

⁷⁰ “Los Derechos en serio”, Ronald Dworkin, Ariel Derecho, 1984.

generales positivos de los que resulta acreedora, en beneficio de una comunicación que actualice tanto la necesidad de estabilizar la norma infringida por el condenado con “toda” la pena que se juzgó indispensable en su hora, como -en la misma medida- su condición de vehículo “expresivo” de la reprobación o indignación que le fuera asignada.

Es cierto que este procedimiento parece evocar una (re)determinación de la pena, una vez transcurrida la mitad de su curso ejecutivo.

Desde un punto de vista descriptivo externo, no deja ello de ser correcto, pues el resultado del procedimiento que se propone puede concebirse como operación focalizada en la necesidad de identificar el *quantum* de pena que un condenado aún merezca, dentro de una “escala” que corre desde cero a un máximo equivalente a los años que le restaría cumplir de la condena impuesta, para luego y siempre que correspondiere una reducción siguiendo dichos parámetros, redefinir formalmente el máximo de pena definitiva descontándole el tiempo ejecutivo que se reputara innecesario⁷¹.

Sin embargo, si del trámite resultase que subsisten aquellas mismas razones que conformaron la cuantificación de culpabilidad que expresara la pena impuesta, es decir, que no correspondiera introducir modificación alguna sobre dicho juicio, solo resultaría posible hablar de una “re-determinación” de la pena en tanto ratificación del resultado de la primera operación.

Resulta preferible, según creo, no dejarse llevar por urgencias nominativas, sino - mejor- conceder espacio jurisdiccional (esa es al menos mi expectativa) a una instancia

⁷¹ Dicho con un ejemplo: un condenado a 18 años que al cabo de 9 de cumplimiento efectivo satisfaría - con arreglo a cuanto se viene desarrollando- la objetivación de su culpabilidad remanente con 6 años de ejecución pendientes, permitiría una redefinición de su condena estableciéndola en 15 años. Sobre dicho monto, naturalmente, corresponderá la realización del cómputo definitivo.

que se juzga clave para tomarse en serio y con elementos dinámicos, si la pena impuesta a un ciudadano mantiene al cabo de cierto tiempo la potencia expresiva en términos de comunicación deóntica, tanto como su aptitud estabilizadora, junto a la capacidad de influir en procesos no desocializadores del penitente, cuya posible transformación identitaria igualmente corresponderá tomar en consideración.

La pregunta acerca de las fuentes que deberían informar dicho quehacer, debería responderse de un modo directo y sencillo. Aquellas serán las mismas que permitieron la condena cuyo tránsito medio posibilita el nuevo procedimiento. Si es verdad que las necesidades de castigo junto su fundamento, se extraen de ponderaciones de carácter social, en términos expresivos, comunicativos, o estabilizadores, y todo ello no constituye un ejercicio de circularidad positivista vacío de contenido material, pues entonces también aquel ejercicio debería reanudarse sobre un objeto ahora más preciso: una culpabilidad que deberá localizar su magnitud aflictiva hacia el futuro, y dentro del término máximo pendiente de ejecución, o ya reputarse satisfecha con la hasta entonces padecida por el autor del hecho.

La selección de condenas susceptibles de re-enjuiciamiento parcial.

Ahora bien, ¿valdría para todos los supuestos de condena el someterlos a un reexamen que, acaso, pudiese mitigar sus consecuencias punitivas? Antes ya se ha respondido negativamente, al referir solo a las condenas por delitos de gravedad media ascendente. El fundamento de semejante selección solo responde a razones de índole práctica: así como la gravedad de una conminación constituye el límite posible del disfrute de ciertas instituciones (posibilidad de suspensión de los procedimientos, condena de ejecución condicional, enjuiciamiento mediante sistema de jurados en los

ordenamientos que lo admiten, libertad condicional), también debería serlo para posibilitar un nuevo juicio en fase ejecutiva. Claro que con dicha remisión a la naturaleza instrumental de la cuestión no se habría respondido a la posible refutación: el tiempo de conminación o de pena, en general, acaba favoreciendo la aplicación de dichas instituciones cuanto menor sea su duración y no -como en el caso- en detrimento (continuaría la crítica) de las condenas por delitos medios a leves.

Pues las mismas razones que se aducen para sortearla en el caso del enjuiciamiento mediante jurados, básicamente contemplado para hechos muy graves, deberían invocarse aquí.

Pero en nuestra hipótesis cabe contar con otro elemento de mayor peso aun: cuando más próxima se encuentre una etapa ejecutiva de la pena privativa de la libertad del momento en que ésta fuera impuesta mediante el juicio de culpabilidad, más fuerza presuntiva habría que conceder a la intangibilidad preventiva de las razones de tal índole que contribuyeran a explicar el sentido de aquel juicio y su dimensión punitiva concreta. Claro que dicha medición está expuesta a distintos condicionantes. Sin embargo, ello no impide (antes bien posibilita) el adoptar una solución normativa general que, de un modo en parte arbitrario, sitúe en *la mitad de una condena de más de diez años* de duración, la oportunidad para revistar la necesidad de mantenerla o -acaso- reducirla. En todo caso, la definición concreta del período temporal de pena que llevase cumplido el condenado dependerá, sin perjuicio de lo indicado, de estimaciones político criminales llevadas a cabo por el legislador.

La necesidad de dotar de contenido a la ejecución de la pena para un modelo integral

Todos conocemos el justificado lamento de la doctrina que, ocupada de teorizar el ámbito de la medición judicial de la pena, comprueba como todo el desarrollo del -en ocasiones exasperante- sistema del hecho punible, parece desvanecerse tan pronto se alcanza positivamente el veredicto de culpabilidad⁷². Pues bien, el mismo lamento podría todavía invocarse, ahora, permutando el objeto: tanto refinamiento en procura de alcanzar la pena adecuada al ilícito culpable para, una vez cuantificada (supuestamente), comprobar como el sistema se contrae, capitulando sobre la empiria del castigo impuesto por su merced. Si alguien pretendiese refutar esta experiencia, señalando que el momento de la ejecución cuenta ya con jueces y procedimientos, pues permítanme dudar que se trate de instancias de verdadero juzgamiento. Ha sido, entre otros, Ferrajoli quien dudaba de tal carácter, al adolecer los jueces de vigilancia de potestades cognitivas⁷³. No solo el derecho material de ejecución penal constituye, todavía, una disciplina algo raquítica. También se advierte, en esta línea de parquedad regulativa, que los ordenamientos procesales modernos parecen apurar la conclusión de sus regulaciones llevando al final de sus textos positivos aquellas relacionados con el trámite ejecutivo de condenas, y no es raro que suelen hacerlo con olvido de la identidad normativa-acusatoria en la que dicen enrolarse. Expresado de otro modo: la etapa suele revelar escasas concesiones adversariales dentro de modelos de enjuiciamiento que rinden tributo al régimen acusatorio.

En verdad, si pese a ello hablamos de jurisdicción, habrá de ser porque el objeto confiado para decidir lo conforman incidencias que de ningún modo pretenden

⁷² Por todos, Ziffer, Patricia "Lineamientos para la Determinación Judicial de la Pena", Ad-hoc.

⁷³ "Por más dotados de humanidad y de sabiduría que puedan estar los jueces de vigilancia penitenciaria, es el objeto y la naturaleza de sus decisiones lo que hace que su función no sea jurisdiccional sino administrativa", "Derecho y Razon"., cit., pág. 408.

controvertir aquello resuelto previa y definitivamente. El cometido de la fase de ejecución, y especialmente el de quienes se ocupan del escenario contemplado para ello, es realmente instrumental, y solo reconoce en el ilícito cometido, el fundamento de una culpabilidad como algo situado en el pasado y, entonces, inmodificable. Pues entonces, lo descrito no constituye más que el derivado procedimental de la insuficiencia material dedicada a la reconstrucción del juicio de culpabilidad y su objetivación ejecutiva, cuando se trata de ciertas penas privativas de la libertad

¿Una orientación a las consecuencias de la consecuencia?

Pues bien, si la consistencia de un enunciado se demuestra por su capacidad de rendimiento dentro de su radio conceptual; si -prosiguiendo- no existe una teoría que pueda mostrarse buena sin relevar sus consecuencias empíricas; si -finalmente- la ciencia constituye un conjunto de proposiciones falsables y dicho procedimiento de validación le asigna la relativa legitimidad de su regencia; pues entonces, ¿no sería acaso posible imaginar una culpabilidad que, como juicio, no concluya de una vez, sino que -a cambio- deba exponerse durante el tiempo de la condena a revisiones⁷⁴ aptas, en su caso, para resignificar su sentido? Esta visión *dinámica* de la culpabilidad, y que se emparenta bastante con la responsabilidad, pretende mucho más que conformarse con revistar y *congelar* la necesidad de prevención general vigente al tiempo del pronunciamiento de condena y al que prestara fundamento. Inclusive quienes, alejados de esta forma de presentar la cuestión, esto es, reconociendo una culpabilidad independiente de la función preventiva, acaban por admitir la necesidad de acudir a esta función como baremo complementario para ajustar la racionalidad de

⁷⁴ En el sentido del texto, una incidencia deliberativa transcurrido el término medio de la condena.

la pena y su *quantum*. Así: *“Frente a una concepción estrictamente retributiva de las relaciones culpabilidad y pena, admitir la prevención general positiva como criterio complementario de la imputación subjetiva y de la pena, supone la asunción de la necesidad de romper el binomio culpabilidad-retribución, introduciendo las argumentaciones preventivas. Metodológicamente implica aceptar que una fundamentación racional del Derecho penal requiere la consideración de los efectos o funciones de la pena en la sociedad y, por tanto, la necesidad de poner en relación el Derecho penal con la realidad social”*⁷⁵.

Añado aquí que esa puesta en relación, siempre que no se escamotee su rendimiento con evocaciones solo complacientes con enunciados generales, merecería un control sobre su consistencia y cuánto permita informar sobre el resto de pena por cumplir.

Por supuesto que una pena indivisible no posibilitará dicho reajuste y aquellas en las que (precisamente!) ello resulta viable por expresarse mediante un tracto sostenido en el tiempo, deberían realizarse cuidadosos esfuerzos de ponderación en la ocasión adecuada.

Entonces, en la misma medida que transcurra el tiempo correspondiente a una condena, puede suponerse un decrecimiento preventivo sobre su objeto remanente. Sin embargo, revistar la objetivación de la culpabilidad en su fase preventiva no supone actualizar el hecho histórico ocurrido en su hora en su aspecto reprobatorio. Antes bien, se tratará de verificar si la culpabilidad que se objetivara en su momento con una dimensión de aflicción computable en años, requiere pasado su curso medio de la ejecución total o, acaso, resulta satisfecha mediante una determinación que la acorte o -en casos extremos- acabe suprimiéndola. Expresado, en otros términos:

⁷⁵ Pérez Manzano, M., ob. cit., pág. 292.

cuanto debiera actualizarse no será el hecho ni tampoco su (des)valoración jurídica, sino el sentido consecuencialista que le fuera impreso como parte del histórico juicio de culpabilidad a que diera lugar. *La reprobación será siempre inmodificable. Puede serlo, en cambio, el saldo pendiente de su objetivación.*

El juicio complementario en sede de ejecución

Si ya no se trata –o no exclusivamente como debiera haber quedado claro- de la comprobación de vínculos psicológicos, como tampoco de atribuciones más o menos veladas de alternativas de conducta a la que constituye objeto de censura sino, fundamentalmente, de aclarar que el fallido del suceso no admite otra elaboración que cargarse con la detracción de bienes esenciales de su autor, entonces, ese juicio merecería ser descompuesto.

Aunque ya fuera expuesto, conviene reiterarlo una vez más: la pena reclama culpabilidad, y ésta de un juicio previo. La representación que tenemos del mismo, se vincula a una concatenación de actos que concluyen con una declaración que, tan pronto firme, comienza a desplegar sus efectos. Es decir, el juicio concluye con la condena. Sin embargo, si los efectos que de ella se pretenden, en el caso de la pena claro está, consisten en rendir satisfacción a ciertos objetivos actuales y no ya el mero permanecer durante su transcurso como nudo testimonio de cuanto *no debió ser*, es decir, si abandonamos la exclusiva perspectiva retribucionista o meramente reactiva del castigo por su auténtica asignación preventiva, entonces no podría negarse la posibilidad de articular una variante a esta forma habitual de presentar la cuestión. De un lado, habrá de reconocerse que el objeto del juicio lo constituye la realización imputable del hecho, cuya declaración debería servir de premisa mayor de otro juicio,

abierto por el tiempo de la pena a que aquel diera lugar, y cuyo objeto vendría entonces ahora representado por la necesidad de mantenerla como solución racional del conflicto.

Admito que una propuesta semejante solo constituye un esbozo. Quizá su único mérito resida en que pretende extraer material regulativo de las aproximaciones que, al menos desde Roxin, pretenden asociar la decisión del castigo con fundamentaciones consecuencialistas. O ya bien se trate de un juicio flexible de culpabilidad, dinámico y que reparte su objeto en los momentos correspondientes al fundamento de la pena y el de la pervivencia de sus fines (vale decir el de su imposición y aquel transcurrido un tiempo de su ejecución), o ya de dos juicios diferentes, entre el de culpabilidad y la responsabilidad, lo cierto es que su admisión se tomaría en serio aquello que vincula la legitimidad del castigo con su necesidad.

Así como se ha reconocido el procedimiento de *cesura del juicio* que permite diferenciar discursivamente los tiempos dedicados a la imputación, de aquellos otros reservados para discutir el quantum de la pena, del mismo modo debería concederse una cesura entre los momentos correspondientes a su imposición y la persistencia de su necesidad, ya transcurrida en su mitad, de una manera que los actores del procedimiento prosigan el juicio de culpabilidad o reinicien el de la responsabilidad, a fin de ponderar si subsisten las razones para sostener la pena en su remanente incumplido las que -dado el caso- no afectaran las contingencias del régimen penitenciario.

No importa reiterarlo otra vez: solo una postura centrada en el pasado, apegada a un acontecimiento que intenta refutar éticamente, habría de recusar por extravagante cuanto aquí se propone para el debate. Es que, precisamente, la *necesidad* constituye

una propiedad dinámica, expuesta, si bien con límites, a constataciones periódicas acerca de su vigencia.

Lo necesario por naturaleza no puede serlo de una vez y para siempre descuidando el estado de aquello que adjetiva. Seguir presumiendo la concurrencia de dicha propiedad solo porque en otro momento fue constatada, confiando de modo ritual en su vigencia inalterada por el consumo total del plazo de condena, contradice cuanto deba entenderse por ella.

Claro que, así presentada la cuestión, obliga a responder a una segura objeción: si lo necesario reclama un estado de comprobación permanente, sucumbe la seguridad jurídica. Pues a diferencia de otras áreas del Derecho, el jurídico penal no persigue la obtención de respuestas reparadoras en el sentido usual. Su orientación está inspirada, al menos para este tiempo evolutivo de la ciencia penal, en alcanzar metas de textura social antes que en replicar moralidades desviadas, “reparar”, en el sentido usual, o procurar regresar al *status quo ante*. La atribución de inseguridad se responderá, pues, recordando que el condenado no podrá obtener más de cuanto ya le fuera asignado, y que la sociedad solo concederá cuanto su propia dinámica valorativa esté dispuesta a reconocer, en términos de su percepción normativo constitucional, con relación a la -dicho de modo coloquial- “justicia” del castigo necesario.

Aun así, debería aclararse todavía el por qué de una revisión, como la que aquí se propone, situada en la mitad de la pena y no, quizá, el empleo de secuencias más estrechas en el tiempo. Pues si bien el ideal de un castigo que pretende honrar sus

fines merecería un estándar de observación constante⁷⁶, resultaría sin embargo impracticable. Llevar ese momento a la mitad del lapso responde a razones menos materiales que pragmáticas, como sucede con las unidades de medida que, en términos generales, se definen en el ámbito del Derecho de una manera en parte arbitraria para satisfacer funciones de corte o clausura cuando el tiempo representa una dimensión relevante para definir ciertos aspectos de la infracción o de sus consecuencias⁷⁷.

Instituciones próximas

La necesidad de reconocer el espacio ejecutivo de una pena privativa de libertad como terreno complejo y urgido de legitimación material, más allá del juicio de culpabilidad que le aporta fundamento, no constituye una novedad. Se destacan dos elaboraciones. La primera, fruto del paradigma positivista, alusiva a la “pena indeterminada”, cuya concreción se confiaba a terapias correccionalistas que operaban sobre el condenado y que fuera objeto de críticas demoledoras.

La segunda representa una posible versión corregida de los extravíos de aquella, y que ha dado lugar a un tipo de reacción conceptualmente diferenciada: la medida de custodia de seguridad.

⁷⁶ Desde un lugar meramente instrumental, es cuanto dice inspirar a los regímenes penitenciarios de naturaleza progresiva. Sin embargo, el sentido del planteamiento aquí desarrollado es otro.

⁷⁷ La evocación del modelo gradualista que puja con la tradición binaria en el sistema de imputación, debería extender sus alcances de un modo coincidente con la propuesta del texto. Si en verdad se trata de introducir valoraciones “estimadas”, cuya concurrencia riñe con la “rigidez” clasificatoria, podría entonces admitirse la existencia de supuestos cuya culpabilidad se objetiva en una cuantificación máxima susceptible de volver a replantearse, rehuyendo de una dimensión fija. La selección de casos candidatos a dicho trance no merecería ser recusada de inequitativa. Si puede acogerse el planteamiento de un Derecho Penal de más de una velocidad (Silva Sánchez) sin que ello diese lugar a rechazos generalizados en nombre del principio de igualdad, entonces ¿por qué no debería suceder que la consecuencia que legitima la distinción (la posibilidad de imponer una pena privativa de la libertad) admitiese una renovación discursiva cuando ya se encuentra parcialmente ejecutada y con relación a los hechos de grave lesividad que dieran lugar a penas privativas de la libertad a tono con ésta?

Podría acaso incluirse como instituto similar, a la “conversión de penas”⁷⁸ de algunos ordenamientos latinoamericanos, como en el de Perú. Sin embargo, aquella refiere en términos generales a posibles alternativas a la ejecución, o -aun cuando ésta ya exista en ciertos casos- solo se contempla como limitada a sustituciones por medidas, cuya dinámica presupone un gran margen de discrecionalidad de quien deba dirimirla.

La pena indeterminada representó un corolario del ideario naturalista -y determinista- de Liszt, al menos en su versión “criminológica”⁷⁹. Sin embargo, los riesgos de un procedimiento semejante para las garantías individuales fueron tantos que la idea no mereció seguimiento. Es verdad que al menos pretendía conectar el fin de la pena con dimensiones objetivables de la medición ejecutiva de la restricción de la libertad. Sin embargo, consecuente con su identidad, se trataba de someter a prueba la prevención especial como meta excluyente. Como es fácil suponer, aquellos tiempos no dejaban lugar a contenido alguno de índole preventivo general u oriundo de significaciones sociales o sistémicas, templados bajo el clima de una furibunda fé naturalista en cometidos exclusivamente individuales para atender los reclamos de un Estado Social intervencionista⁸⁰. De ello habría de seguirse entonces que el factor bajo cuya directriz se orientaba la determinación de una sentencia relativamente “abierta” lo representaba la prevención especial (objetivo “final” de la pena).

De aquellas quimeras proviene buena parte del sentido de la custodia de seguridad, cuya naturaleza dista de la pena y sus fundamentos. En todo caso, si del procedimiento

⁷⁸ García Cavero, Percy, “Derecho Penal. Parte General”, 3ra. Edición, Ideas, 2019, Perú, pág. 1013.

⁷⁹ “Y efectivamente, en este punto resaltan de modo general los rasgos del Derecho penal de autor claramente en Liszt; así exigía (al menos en principio) la introducción de “sentencias penales indeterminadas”, en las que la duración de su cumplimiento dependería de que se alcanzara el fin de la pena; y a ese respecto, la personalidad del autor habría de tener una importancia esencial tanto para la determinación como para el juicio sobre si se ha alcanzado el fin de la pena”. Roxin, Claus, “Derecho Penal...” cit., pág. 178.

⁸⁰ Mir Puig, Santiago, “Introducción a las bases del Derecho Penal”, 2da edición, BDF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 198.

que proponemos resultara la necesidad de proseguir la ejecución en curso, el condenado no adquirirá con ello el status de “asegurado” o “custodiado”, y solo mantendrá el de quien objetiva su culpabilidad cumpliendo una pena privativa de la libertad.

En definitiva y más allá de ciertas afinidades conceptuales, no se tratará entonces de caracterizar el momento como un complemento perteneciente en exclusiva a la operación de medición de pena sólo porque una de las posibles consecuencias del nuevo juicio conduzca a definir un nuevo plazo de cumplimiento sobre el remanente no ejecutado. Ello no obstante, si se desgrava la operación de la determinación de la pena de su lastre conceptual, según el cual constituye un apartado diferente de aquellos momentos sin los cuales perdería todo sentido, es decir, si cuanto entendemos por “medición de la pena” no fuese más que un modo coloquial y didáctico de referir a cierta culpabilidad objetivada mediante privaciones de bienes del condenado, pues entonces estaría dispuesto a admitir que el sentido del presente texto debería inscribirse como un esfuerzo por “determinar” en fase de ejecución, la pena remanente como objetivación de la culpabilidad revisada del condenado. Así, la legislación alemana define a la culpabilidad como el fundamento, no ya (solo) de la culpabilidad, sino de su “medida”, en el párrafo 46 del StGB⁸¹.

Los pormenores del juicio de responsabilidad en la fase de ejecución, que presupondría devolver la adecuada semántica a quienes se ocupan de vigilar la penitencia de un condenado a pena privativa de la libertad, asignándoles potestades

⁸¹ En lo pertinente: “#46 I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena...” Código Penal Alemán StGB-Código Procesal Penal Alemán StPO, Emilio Eiranova Encinas (Coordinador), Marcial Pons, 2000.

de juzgamiento sobre la necesidad de persistencia de la pena, no pueden ser aquí esbozados en sus detalles.

Pero sí, puede ya decirse que la intervención de la víctima -en caso de condenas por delitos que la admitan- resultará indispensable. Si la ley vigente permite hoy su intervención en distintas incidencias, con mayor razón debería suceder dentro del modelo que aquí se auspicia. Es cierto que dicha participación contradiría, en apariencia, una adecuada resolución del conflicto que le asignara dicha condición, tomando en cuenta lo reseñado al comienzo de este trabajo⁸². Sin embargo, ello no debería ser capaz de permitir la eventualidad de transformaciones en la percepción de quien resultara ofendido por el delito. Y en verdad, si acaso el marbete de “víctimas” reclamase de una gramática jurídico penal sincera, solo el momento que aquí se propone como posibilidad dentro de la fase ejecutiva, contribuiría a garantizarla de modo irrefutable a la vista de su intervención, ya asegurada la responsabilidad penal del autor.

Solo en este sentido cabal podría definirse el rol del aparentemente afectado por el hecho: *la culpabilidad del autor es, a su vez, condición de su título de víctima*, si es que admitimos que dicha cualidad es algo más que el ser perjudicado, damnificado o simplemente afectado de modo cognitivo por el hecho⁸³.

Si, como lo creo, no contamos con estructuras identitarias inmunes a ciertas transformaciones, cuyas dimensiones radicales resultasen todavía compatibles con el principio de personalidad de la pena (tanto en el momento del veredicto de culpabilidad como en el de la ejecución), también ello debería regir para con la víctima

⁸² Ver nota 42

⁸³ Ver nota 43

y la distinta percepción que de tal carácter hubiere, acaso, experimentado para sí, luego del momento de la condena.

Ya hemos citado a quien se ha ocupado de situar en clave crítica, acerca del modo en que deba intervenir cuando concurrieran desajustes identitarios entre el agente histórico del hecho y el sujeto procesal. Nos hemos permitido extender el rendimiento de las posibles consecuencias de tal dicotomía hacia el momento de ejecución, como uno de los factores indispensables a considerar para garantizar la pervivencia y tiempo de la pena impuesta a quien fuera declarado culpable y -acaso- haya experimentado transformaciones radicales en su identidad. Las alteraciones comprobables de una experiencia semejante debieran ser acreedoras a una respuesta que resignifique la responsabilidad del condenado en el ámbito de su trascendencia penitenciaria.

En favor de una fundamentación crítica para con las penas de prisión de duración excesiva, Ferrajoli reflexiona en idéntica medida. Se pregunta: “¿qué sentido tiene continuar manteniendo recluida a una persona cuando, a muchos años de distancia de la imposición de la pena por parte del juez, es ya otra completamente distinta de la que fue condenada?”⁸⁴. Es evidente en su pensamiento que, una ruptura personal semejante resultará atribuible al lapso excesivo de tiempo sufrido en privación de libertad. De allí que el autor proponga -finalmente- acortar la duración máxima de las penas, en lugar de intentar una -así llamada- *post determinación* de su medida en fase de ejecución, cuyo contenido Ferrajoli evoca irónicamente como “una serie de indulgencias dispensadas discrecional y sistemáticamente en sede de ejecución administrativa”.

⁸⁴ Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, cit. pág. 407. Párrafos más abajo, destaca: “La injusticia que advertimos en el hecho de que un hombre continúe sufriendo una pena después de que, por el largo tiempo transcurrido, se ha convertido en una persona completamente distinta de la condenada es un efecto perverso de la excesiva duración de las penas”.

Al respecto, corresponde destacar que, si los tiempos para nuestra propuesta parecieran no mostrar un generoso acogimiento, aquellos que -dado el caso- deberían acompañar a la del maestro italiano resultarán - según estimo- cercados por un horizonte tan conservador como reaccionario y que -al contrario- parecerían contradecirla de manera inocultable.

Pues difícilmente el legislador actual esté dispuesto a reevaluar cuantificaciones de la conminación de delitos hacia niveles de mayor sobriedad preventiva y menor tiempo, al momento de establecer sus marcos legales.

A cambio de ello, la posibilidad -solo eso- de rediscutir la responsabilidad de un condenado en los términos que se vienen exponiendo, cuando ya cumpliera efectivamente el curso medio de la pena privativa de la libertad, ciñendo su objeto deliberativo sobre su saldo pendiente, resultará -según creo- de mejor recibo para una sociedad que, aun cuando fuertemente condicionada por el sesgo securitario que marca el pulso de un clima expansivo como el actual, se desarrolla al amparo de un Estado de Derecho no vindicativo. La convicción ética de saberse un ciudadano (persona deliberativa) puede mitigar aquellos arrestos, ante quien fuera ya condenado, padeciera buena parte del castigo impuesto y experimentara transformaciones. En esta línea, no debería negarse la posibilidad de que sobrevengan determinadas valoraciones sociales de sentido y conmiseración humanitaria que el tiempo y su decurso acabasen modulando con serena pujanza sobre los saldos preventivos de un conflicto, distantes aquellas -en todo su alcance- de cuantas concurrieran próximas al hecho, a la condena y de las pasiones por entonces dominantes.

Por lo demás, el sentido del presente texto se encuentra lejos de favorecer aquellas “indulgencias”. Menos aún que las posibles consecuencias en favor del condenado luego de celebrado el nuevo juicio que aquí se propone, encajen en dicho concepto. Y mucho menos que se trate de un procedimiento exclusivamente discrecional.

En definitiva, favorecer la extensión del momento de juicio sobre un aspecto de la culpabilidad, o permitir otro cuyo objeto lo constituya la responsabilidad en clave de exclusiva necesidad de mantenimiento de la pena impuesta o de su límite máximo, debería ser reconocido como un esfuerzo por honrar, admito que con cierta audacia e indisimulada procacidad, la consistencia preventivo general positiva y preventivo especial de la pena, o al menos intentar aproximarse a ella en clave activa, sin sujeción a lugares comunes o retorizados⁸⁵.

Implicará también recuperar para la magistratura de ejecución mucho más que el cometido de vigilancia penitenciaria encargada, en el mejor de los casos, de interpretar la chance de egresos o modos gradual ejecutivos dentro del régimen. A cambio, un nuevo enjuiciamiento de la responsabilidad en fase ejecutiva debería ser capaz de asegurar que la situación lograda con la condena parcialmente cumplida por el individuo mantiene todavía su consistencia comunicativa y la necesidad de proseguir ejecutando la sanción. O bien, que han concurrido transformaciones valorativas, acerca del modo como la sociedad resignifica aspectos del hecho juzgado, o la reacción con que fuera contestado, o que provengan de la propia víctima o del condenado con relación a sus identidades pasadas, etc.

⁸⁵ En una línea próxima al sentido del texto, se ha dicho: “La ejecución de una pena privativa de libertad representa, en cuanto a sus efectos, tantas condenas como vicisitudes sufra aquella. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático sino un principio de actividad que dinámicamente se atenúa o modifica”. Ruiz Vadillo, “La ejecución de las penas privativas de la libertad” en *Libro homenaje al profesor Anton Oneca*, pág. 942, citado por Ramon T. Rios en “La ejecución de la pena”, AAVV “Determinación Judicial de la pena”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, pág. 133.

La reconstrucción del modo en que la sociedad -y la víctima, claro- enfrentan un suceso cuando ya no se discute ni la imputación a título de culpabilidad, ni la pena impuesta en su máximo, ni siquiera su modo de cumplimiento (pues ello ya pertenece al juicio declarativo de condena), sino solo su mantenimiento, conllevará -acaso- más garantías de que la pena parcialmente ejecutada obtenga un título adicional para proseguir desarrollándose si este fuera el caso.

Regulación legal que se propone

Sin perjuicio de cuanto se expusiera a propósito de la relatividad de la distinción entre el derecho sustancial del procesal penal, nuestra actual organización jurisdiccional extrae de la diferenciación⁸⁶ entre ambos, dos cursos normativos mediante los que se expresan de modo paralelo sus correspondientes enunciados. Así, para el caso, la exigencia de un nuevo examen de los factores que dan sustento a la responsabilidad del autor cuando se encontraren satisfechos los presupuestos para que ello ocurra y pese a su apariencia procedimental, conforma una de las condiciones materiales que aseguran la estabilidad de las consecuencias de la atribución del hecho punible. Con ello se pretende señalar que no se trata de una cesura procesal confiada, según aquella perspectiva, a regulaciones de índole local mediante su inclusión en los respectivos ordenamientos procesales.

Antes bien, por tratarse de una exigencia propia de las condiciones sustanciales bajo las cuales se debe analizar si el requerimiento de pena mantiene su fuerza comunicativa sobre un segmento del tracto ejecutivo de una pena privativa de la

⁸⁶ O, según la perspectiva que se adopte, acaso la reconoce como emergente de una posible -y mayoritaria- interpretación constitucional.

libertad impuesta mediante sentencia firme, su previsión constituye incumbencia del Congreso de la Nación.

Según la economía conceptual del código y su metodología, la cuestión debería ser incluida luego de las reglas sobre individualización judicial de la pena, y antes del título 6 de su Libro primero (tentativa). En términos generales, el enunciado que la recoja debería expresar, al menos, el sentido que transmite la siguiente propuesta:

“En caso de condena a pena privativa de libertad superior a diez años, el tribunal de ejecución, una vez transcurrido la mitad de su cumplimiento, evaluará mediante un procedimiento especial, la necesidad de mantener su curso en tales condiciones, modificarlo o declararlo extinto, de conformidad con las siguientes pautas:

- 1) La opinión favorable de la víctima, en caso de corresponder, o de organizaciones reconocidas que las nucleen.*
- 2) Los esfuerzos del condenado por reparar el daño causado por el delito.*
- 3) Los efectos particulares que, sobre su personalidad, hubieran provocado el tiempo de la pena que lleva cumplido y el comportamiento evidenciado con relación a las normas del régimen penitenciario.*
- 4) La relevancia social del hecho en el contexto actual de las relaciones autor-victima- considerando la importancia del bien jurídico afectado.*
- 5) Toda circunstancia que objetivamente permita fundamentar un pronóstico sobre la necesidad de mantener o reducir el saldo pendiente de pena, o considerar suficiente el ya cumplido, en la medida en que razonablemente, cualquiera sea aquél, su definición admita ser comprendida como socialmente satisfactoria”.*

El legislador podría continuar delimitando el universo de posibles candidatos a dicha experiencia. En tal sentido, la exclusión de la criminalidad organizada que ocupa la agenda político criminal de este tiempo, las graves violaciones a los Derechos Humanos y los severos atentados a la integridad física o sexual, representaría una posibilidad en cuyo favor concurren buenas razones. En todo caso, dichas exclusiones se inscribirían dentro del ámbito de lo “políticamente discutible”⁸⁷, pero de ningún modo lesivo del principio de igualdad constitucional.

Más allá de ello, admito que la apelación a cláusulas abiertas y generales, no resulta compatible con la imagen de un sistema de imputación -y de una teorización preventiva del castigo meramente especulativa- cerrado sobre el eje de axiomas concluyentes y confiados al “todo previsor” legislador. Por el contrario, deben ser consideradas como pertenecientes a un modelo de comprensión “abierto”, que no rehuye de la necesidad de integrar sus enunciados con valoraciones de sentido, al amparo del (aún) “constitucionalmente posible” y político criminalmente conveniente. Por otra parte, el Derecho en general, y el penal en particular, no son ajenos a la introducción de cláusulas de tal carácter como elemento regulativo de parte de sus materias.

⁸⁷ Parafraseando a Ernesto Garzón Valdes, las posibles exclusiones que he mencionado ejemplificativamente, en general, no lesionarían un principio perteneciente al “coto vedado” sino al ámbito de la política. Antes bien y, por el contrario, sería factible sostener que, al menos para las graves violaciones de DDHH la exclusión “debiera” legislarse expresamente como exigencia indisponible. No concurriría allí libertad de la mayoría, sino exigencia del coto vedado. Conf. Garzón Valdes, Ernesto, “Para ir terminando”, conferencia incluida en “El Derecho como Argumentación”, Manuel Atienza, Distribuciones Fontamara, 2005, México, pág. 43.

Recapitulación

Al comienzo referíamos a la racionalidad y su historicidad. La culpabilidad ha reconocido ejemplares diversos, en algo más de un siglo. Desde una perspectiva que pretendía definirla como un objeto sensible, solo consistente en la mayor o menor empatía psíquica del autor con su hecho, pasando por aproximaciones liberearbitristas bajo una racionalidad que destacaba la libertad moral del individuo, se ha ya consolidado, de la mano de aportaciones preventivo-generales de diverso signo, una manera de concebirla socialmente marcada.

Ya hemos señalado que no se trata -o ya no solamente- de rastrear vínculos de conocimiento o motivaciones sobre las que erigir reproches ético-sociales, sino de constatar en una medida solo estimativa, cuanto reclama el sistema social en su conjunto del castigo del autor para no convertir a su infracción en una ocurrencia imitable. Pero esta empresa, si es que no trata de sucumbir a un nuevo positivismo, requiere un esfuerzo teórico mayor. Ofrecer el escenario que se propone aquí, en sus rasgos solo lineales, favorecería la obtención de mayores chances para una racionalidad que mayormente reclama aun del dolor infligido al autor del hecho, para ratificar su identidad social o asegurar sus convicciones normativas básicas. Pero hacerlo sin desobedecer la prohibición de exceso. Si existe una regla –más bien un principio- que tiene la particularidad de operar como monitor deontológico de otros, es el de proporcionalidad⁸⁸. El excedente regulativo de un principio general reconocido es contrarrestado por el de prohibición de exceso. Acaso más que un principio autónomo, el así denominado de proporcionalidad constituya el estándar de

⁸⁸ Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal. Parte General", 5ta. Edición, Barcelona, 1.998, pág. 99; Bonetto Luis-Piñero José, "Lecciones de Derecho Penal. Parte general. Tomo I", Carlos J. Lascano (h) Director, Advocatus, 2000, Argentina, pág. 118.

corrección de sus pares. Como fuese, el procedimiento de validación de parte del juicio de culpabilidad-responsabilidad en su dimensión de objetivación penal remanente, intentará ajustarla en función de las necesidades que le prestan sentido al servicio social del castigo pendiente. Porque también en ese olvidado estadio, no le está permitido al Estado excederse en su vocación estabilizadora y preventivo especial. La ejecución restante de una pena por sobre el umbral de su necesidad es, pues, producto excedente y prohibido⁸⁹.

A contrario, puede suceder que, transcurrida la mitad de la pena, subsistan las razones para alcanzar aquellas finalidades y la pena deba seguir ejecutándose hasta su punto máximo. Pero la posibilidad de que, por el contrario, ello no muestre necesidad permitirá, entonces, aliviar la dimensión de dolor sin que por ello se resientan aquellas metas. Reconocer dicha posibilidad, según creo, constituye la mejor de las razones para intentar el desafío de alcanzarla.

Conclusiones:

1) el orden jurídico no actúa en un solo momento en su servicio social. Antes bien, solo emplea distintos agentes encargados de velar por distintos aspectos involucrados en aquella gestión, de los que se siguen niveles de competencia entre quien produce normas, adjudica responsabilidades al infractor, y finalmente aquel en quien se confía controlar su modo de ejecución. Estos estadios reclaman interacción, correspondencia y ausencia de contradicciones.

⁸⁹ “La prohibición del exceso (principio de proporcionalidad) se presenta como principio básico, respecto de toda intervención estatal gravosa, directamente a partir del principio del Estado de derecho y tiene, por ello, rango constitucional”. “Es más, la prohibición del exceso también recibe aplicación, junto al principio de culpabilidad, en la medición de la pena. Es decir, la importancia de la prohibición del exceso está en la limitación de la aplicación el respectivo medio de prevención, manteniendo una adecuada relación con el fin preventivo” Maurach-Zifp, “Derecho Penal. Parte General”, Tomo I, cit., pág. 110.

2) una concepción preventiva de la pena no debería dejar de escrutar la necesidad que sostiene su valimiento en el terreno de los hechos, cualesquiera sean los materiales - comunicativos o empíricos- invocados para imponerla.

3) el desdoblamiento del juicio de culpabilidad o la introducción del de responsabilidad permitirá recuperar para la fase de ejecución su verdadera dimensión cognitiva y jurisdiccional, permitiendo la interacción de distintos actores afectados de manera exclusiva al cometido necesario.

4) Los detalles pueden quedar aquí de lado. Pero se admite que su instrumentación podría ser selectiva, partiendo del estándar de condenas a larga duración.

Inclusive, el legislador, siempre bajo reserva de corrección constitucional, podría intensificar las limitaciones. En este sentido, y dicho solo como ejemplo, le vendría permitido o exigido según el caso, negar la reevaluación a condenados por ciertos delitos graves.

5) Podría también el legislador decidir negarla a los reincidentes, siempre que la legitimación de este último título fuera asegurada en el contexto del respectivo ordenamiento constitucional. O ya bien, combinar dicha limitación permitiéndoles, sin embargo, la libertad condicional que actualmente les veda la ley penal.

6) La naturaleza de este momento de reevaluación o evaluación, acaso, daría lugar a sub-operaciones propias del ámbito de la determinación ejecutiva, pero genuinamente judicial⁹⁰, de la pena, cuyo máximo vendrá representado por el tiempo pendiente de

⁹⁰ Se trata actualmente de abandonar la perspectiva denominada “administrativa” de la determinación punitiva, al confiarse buena parte de las incidencias del trance ejecutivo a los llamados Jueces de Ejecución. Señalaba Eugenio Zaffaroni en su monumental tratado, en tiempos donde podía sin embargo reconocerse mayor competencia al servicio penitenciario: “La individualización ‘administrativa’ no sería, pues, más que la ejecución misma, que no puede ser llamada administrativa, porque parte de ella corresponde también a la actividad jurisdiccional.”, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1983, pág. 273. Distinguiendo, no obstante, entre individualización administrativa y judicial, conf. Mir Puig, Santiago, “Derecho Penal. Parte general”, cit., pág. 768.

cumplimiento. Una aplicación consecuente de la teoría del ámbito de juego en este espacio significaría una revisión del adverbio “todavía” que, como límite máximo, se aplica a la pena *adecuada a la culpabilidad* para la teoría llamada del “ámbito de libertad” o “espacio de juego”, de amplio reconocimiento.

Un “todavía” en sede ejecutiva, resulta -además- particularmente ajustado a su sentido gramatical⁹¹.

⁹¹ “Hasta un momento determinado desde tiempo anterior” 1ra. Aceptión. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Primera Edición, Tomo II, Madrid, 1.992.