

## **El derecho humano a la resocialización ante las recientes reformas legales.**

### **Aspectos sustantivos y procesales.**

*Esto del tiempo es complicado, me agarra por todos lados.  
Me empiezo a dar cuenta poco a poco de que el tiempo  
no es como una bolsa que se rellena.*

Julio Cortázar: "El perseguidor"

*In te, anime meus, tempora metior.*

San Agustín: "Confesiones"

### **1. Presentación del problema**

Desde 2004 hasta 2017, se ha producido una intensa reforma legislativa de la ejecución de la pena privativa de la libertad caracterizada por la supresión, respecto a ciertos delitos, del ejercicio de los derechos que propendían a la atenuación de las condiciones de encierro, a saber: salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional y libertad asistida.

Presentan esa eficacia la Ley 25.892 (B.O. del 24 de mayo de 2002), que estableció que no se concedería la libertad condicional a los partícipes de los delitos que se incluyeron en el artículo 14 del Código Penal; la Ley 25.948 (B.O. 12 de noviembre de 2004), que -respecto a los mismo delitos- canceló la posibilidad de que los internos accedieran a salidas transitorias, régimen de semilibertad, a la prisión discontinua o semidetención, ni a la libertad asistida y la Ley 27.375 (B.O. del 28 de julio de 2017) que, en cuanto concierne a este examen, extendió el catálogo de delitos respecto a los cuales no podrá concederse ninguna de las medidas de flexibilización de las condiciones de encierro.

El programa punitivo descripto adquiere su máximo rigor en relación a aquellos delitos que están conminados con pena fija de prisión perpetua, a saber: homicidios agravados (artículo 80 CP); abuso sexual seguido de muerte (artículo 124 CP); privación ilegal de la libertad coactiva si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida (142 bis, anteúltimo párrafo, CP); desaparición forzada de personas seguida de la muerte de la víctima (artículo 142 ter del CP); tortura seguida de muerte (144 ter, inciso 2º, CP) y secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida (170, anteúltimo párrafo, CP).

La sola consideración de esas normas legales conduciría a asumir que nuestro ordenamiento jurídico autoriza la imposición de penas de prisión efectivamente

perpetuas, que -por su draconiano rigor- hemos denominado "penas de hiperprisión"<sup>(1)</sup>.

Ciertamente, nuestra Corte Suprema ha señalado "que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 constitucional" (CSJN: "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel", Fallos 329:2440). Sin embargo, el alto tribunal -con remisión al dictamen del Procurador Fiscal- consideró que aquella mención solo tenía carácter *obiter dictum* (fallo del 4 de agosto de 2011: "Somohano, Gastón Javier y otros").

Por otra parte, el alto tribunal ha fallado a favor de conceder sendas extradiciones de personas que quedaron expuestas a cumplir penas de prisión efectivamente perpetuas en el país requirente (CSJN: "Calafell, Roque Esteban", Fallos 334:1659; CSJN: "Quesada, Hugo Ramón", Fallos 336:1263; CSJN: "Villavicencio, César Octavio", Fallos 337:1217). En estos casos, se rechazó el embate fundado en la proscripción de las penas crueles, humanas y degradantes aunque en sendos votos en minoría se invocó como doctrina lo afirmado en el precedente "Giménez Ibáñez". Debemos, razonablemente, concluir que no se considera a la prisión efectivamente perpetua ("hiperprisión") como contraria al orden público nacional respecto a los adultos que cometieren delitos.

Tampoco es cuestionable, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, la naturaleza de pena única que es el modo como suele estar conminada la pena de hiperprisión. En el precedente anotado en Fallos 328:4369 la Corte Suprema se sostuvo: "Que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, *de iure*, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible" (considerando 14°).

Así descripto el panorama legislativo y jurisprudencial, nuestra indagación empleará una estrategia conceptual cuyo eje es el principio reconocido en la

---

<sup>1</sup>. **Quiñones Allende, G.:** "El mandato de certeza y la ejecución de la pena", ponencia presentada al I Congreso de Derecho de Ejecución Penal.

jurisprudencia de la Corte Suprema según el cual "la República Argentina no un mero Estado legal de derecho sino un Estado constitucional de derecho" (CSJN: "Véliz, Linda Cristina", 15 de junio de 2010; "Casal, Matías Eugenio y otros", Fallos 328: 3399).

En esa dirección, intentaremos -en primer lugar- demostrar que la admisión irrestricta de la pena de hiperprisión -prisión efectivamente perpetua- es incompatible con diversas normas del bloque de constitucionalidad federal (artículo 75 -inciso 22°, segundo párrafo, de la Constitución Nacional).

## **2. La inherente dignidad de la persona humana y el derecho a la esperanza.**

Las declaraciones y los tratados sobre Derechos Humanos consolidados desde mediados del siglo XX, se diseñaron sobre un núcleo duro, que es base y fundamento de los demás derechos, libertades y garantías: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", según se expresa en el artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Con razón, se ha señalado: "Todos los derechos humanos invocan una naturaleza común derivada de la necesidad del respeto integral de la dignidad humana" <sup>(2)</sup>. Con la misma jerarquía, los principales instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos reconocen como fundamento a la dignidad inherente del ser humano.

Desafortunadamente, las personas cometen delitos, algunos de altísima lesividad y -al cabo de un juicio justo- son condenadas a cumplir penas privativas de la libertad, en algunos casos extensas y hasta perpetuas.

Solo que -incluso en estos casos- no puede desconocerse a los penados su inherente dignidad de seres humanos. En esta dirección, el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza: "Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano"; el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la

---

<sup>2</sup>. **Gros Espiell**: "La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 4. 2003, pp. 193-223; **Thompson y Antezana**: "De la construcción de la doctrina de la dignidad humana a la elaboración y aplicación del enfoque de seguridad humana", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, volumen 54, pp. 137/164.

dignidad inherente al ser humano"; el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre prescribe: "[Todo individuo que haya sido privado de su libertad] Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad"; finalmente, el numeral 1º de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) indica: "Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor intrínsecos en cuanto seres humanos" <sup>(3)</sup> <sup>(4)</sup>.

Resulta común en la Teoría de la Argumentación Jurídica considerar que las normas son principios o reglas. Los *principios* ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente <sup>(5)</sup>.

En una primera aproximación, el trato digno a la persona privada de su libertad implicaría que podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones (artículo 2º de la Ley 24.660). Sostenía el Juez Fayt: ningún

---

<sup>3</sup>. Sobre este instrumento, la Corte Suprema ha afirmado: "Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (CSJN: "Verbitsky, Horacio", Fallos 328:1146; CSJN: "Alespeiti, Felipe Jorge", Fallos 340:493).

<sup>4</sup>. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas), artículo 1º: "Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Resolución 1/2008 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), artículo 1º: "Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos".

<sup>5</sup>. Ver, por todos **Atienza – Ruiz Manero**: "Sobre principios y reglas", Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho Nº 10 (1991), pp. 101/120.

habitante de la Nación puede ser privado de la dignidad humana "aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad" (su disidencia en el fallo de la Corte Suprema en los autos "Tórtora, Daniel Eduardo y otros", Fallos 313:1263; CSJN: "Dessy, Gustavo Gastón", Fallos 318:1894).

Sin embargo, creemos que existe una dimensión más intensa de la garantía. Señala **Nino**: "El principio de dignidad de la persona, prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento" <sup>(6)</sup>. Sin el reconocimiento de la autonomía personal, no hay -en verdad- respeto por la dignidad inherente a la persona humana <sup>(7)</sup>.

Las penas efectivamente perpetuas que -en principio- ha consagrado la legislación vigente no pueden prescindir del dato antropológico de la posibilidad de enmienda del infractor. **Zygmunt Bauman** considera profundamente humillante al sentimiento "que niega la propia dignidad y la esperanza de redención, el sentimiento de haber sido lanzados a un estado de descalificación irredimible e inevitable" <sup>(8)</sup> <sup>(9)</sup>.

El presupuesto moral y político de la pena es la constatación de que la persona tuvo -en el momento del hecho- la capacidad de actuar según una representación actualizable de lo que es malo o bueno. La sentencia termina con la presunción de inocencia, pero no se lleva consigo la presunción de dignidad; no puede abolir el derecho del condenado a realizar un esfuerzo personal por la resocialización.

La Corte Suprema ha sostenido: " En un estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin

---

<sup>6</sup>. **Nino**: *Ética y Derechos Humanos*, p. 287; "Introducción al análisis del Derecho", p. 422; ver también **Schachter**: "Human Dignity as a normative concept", *The American Journal of International Law*, volumen 77, pp. 848/854; **Gumboh**: "The penalty of life imprisonment under international criminal law", *African Human Rights Law Journal*, 2011, 11:75/92.

<sup>7</sup>. **Hegel**: *Filosofía del Derecho*, § 100: "Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena, que es mantenida como continente de su derecho particular. Este honor no llega a él si el concepto y la norma de su pena no se toman de su mismo acto y si es considerado el delincuente como un animal dañino al que habría que hacer inofensivo, o a los fines de la intimidación y de la corrección".

<sup>8</sup>. **Bauman & Lyon**: "Vigilancia líquida", p. 94.

<sup>9</sup>. "*Sentado está Teseo y ha de seguir sentado, sin esperanza alguna, eternamente*", **Virgilio**: "Eneida", 'Entre el Aqueronte y el Tártaro', 618/619.

que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo" <sup>(10)</sup>.

Una segunda objeción a la pena de prisión efectivamente perpetua, sin limitación de su enorme afflictividad, resulta violatoria del principio de inherente dignidad de la persona humana porque cancela el derecho a la esperanza de la que ningún infractor debería ser despojado.

En este sentido, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Alemán, en la sentencia del 21 de junio de 1977 (BverfGE 45, 187), consideró: "Del artículo 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental, en relación con el principio del Estado social, se deduce la obligación del Estado -y esto es válido en especial para la ejecución de las penas- de garantizar un mínimo de existencia, que asegure ante todo una vida acorde con la dignidad humana. Por ello, sería incompatible con este concepto de dignidad humana que el Estado se apropiara de la facultad de privar de la libertad a las personas sin darles por lo menos la posibilidad de poder obtenerla nuevamente. [...] pues el núcleo de la dignidad humana se ve conculcado si se obliga al condenado, independientemente del desarrollo de su personalidad, a abandonar toda esperanza de volver a obtener su libertad. A efectos de asegurar de cierta manera esta perspectiva, que hace soportable el cumplimiento de la pena a perpetuidad, en el marco de una concepción de la dignidad de la persona, el instituto del indulto -por sí solo- no es suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales" <sup>(11)</sup> <sup>(12)</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con expresa remisión al fallo alemán citado, afirmó: "De hecho, ahora también existe un claro apoyo en el derecho europeo e internacional al principio de que a todos los presos, incluidos los que cumplen cadena perpetua, se les ofrece la posibilidad de rehabilitación y la posibilidad de ser liberados si se logra esa rehabilitación" <sup>(13)</sup> <sup>(14)</sup>.

---

<sup>10</sup>. CSJN: "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa", Fallos 329:3696; CSJN: "D., M.A. s/declaración de incapacidad", Fallos 338:577.

<sup>11</sup>. **Jürgen Schwabe**: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, pp. 54/55.

<sup>12</sup>. En el primer círculo del Infierno, Virgilio le confiesa a Dante: "**Nuestra pena consiste en vivir con un deseo sin esperanza**", confirmando la cruel advertencia que habían encontrado en el vestíbulo del Infierno. La divina comedia.

<sup>13</sup>. TEDH, 9 de julio de 2013: "Vinter and others v. United Kingdom", §114.

<sup>14</sup>. En *Kafkaris v. Cyprus*, 12 de febrero de 2008, la minoría del Tribunal consideró: *Unless one chooses to ignore reality, a sentence of life imprisonment, with no hope of release, attains the level of severity required for Article 3 of the Convention to apply and constitutes inhuman and degrading treatment*

En fecha más reciente, el mismo tribunal ha precisado: "La Corte (...) igualmente considera que incluso aquellos que cometen los actos más aborrecibles y atroces, conservan su humanidad esencial y llevan consigo la capacidad de cambiar. Aunque sus sentencias de prisión sean largas y merecidas, conservan el derecho a esperar que, algún día, hayan expiado los daños que cometieron. No debería privárseles por completo de tal esperanza. Negarles la experiencia de la esperanza sería negar un aspecto fundamental de su humanidad y hacer eso sería degradante" <sup>(15)</sup>.

La Suprema Corte de Namibia, el 6 de febrero de 2018, en el caso "Zedikias Gaingob and others", sostuvo: "La ausencia de una esperanza real de liberación para aquellos sentenciados a penas de prisión excesivamente largas podría -de conformidad con el enfoque de este tribunal en 'Tcoeib' y otros precedentes- ofender el derecho a la dignidad humana y a la protección contra las penas crueles, inhumanas y degradantes" <sup>(16)</sup>.

Con argumentos similares, la Suprema Corte de Kenia instó al Procurador General y al Parlamento que iniciaran una investigación tendiente a legislar la definición de qué constituye una prisión perpetua (life sentence), la que debería incluir un mínimo de años que debían ser cumplidos antes de que el penado fuera considerado para su libertad condicional (*parole*) o remisión, o estableciera bajo qué circunstancias se debía cumplir una pena efectivamente perpetua <sup>(17)</sup>.

Existe un ilustre precedente en nuestra jurisprudencia. Sostuvo el Juez Petracchi: "(...) el nuestro es un modelo constitucional en el que subyace la concepción de que la prisión sólo se justifica si se la ejecuta de tal modo que se asegure que el

---

(Jueces Tulkens, Cabral Barreto, Fura Sandström, Spielmann y Jebens).

<sup>15</sup>. TEDH, 23 de agosto de 2017 "Matiošaitis and others v. Lithuania", §180.

<sup>16</sup>. Cfr. Supreme Court of Namibia, 6 de febrero de 1996: "State v Tcoeib", "Furthermore, life imprisonment, as a sentence, is in conflict with article 8(2)(b) of the Constitution in that it is cruel, inhuman and degrading punishment'. It removes from a prisoner all hope of his or her release. When a term of years is imposed, the prisoner looks forward to the expiry of that term when he shall walk out of gaol a free person, one who has paid his or her debt to society. Life imprisonment robs the prisoner of this hope. Take away his hope and you take away his dignity and all desire he may have to continue living. Article 8 of our Constitution entrenches the right of all people to dignity. This includes prisoners. The concept of life imprisonment destroys human dignity reducing a prisoner to a number behind the walls of a jail waiting only for death to set him free".

<sup>17</sup>. Supreme Court of Kenia 14 de diciembre de 2017: "Francis Karioko Muruatetu & another v Republic" (razonamiento 96º).

individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente, impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riesgos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad" <sup>(18)</sup>.

En síntesis, reconocida la centralidad de la inherente dignidad de la persona humana, las penas impuestas -incluso por graves delitos- no podría negar para siempre la posibilidad de enmienda de los infractores, ni privarlos de la esperanza de recuperar -algún día, por lejano que fuere- la libertad.

### **3. Los fines constitucionales de las penas privativas de la libertad.**

Según lo previsto por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

El propósito de las penas privativas de la libertad son "la reforma y la readaptación social de los condenados" (artículo 5.6 de la Convención. A tal fin, "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" (artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". El numeral 4 de las "Reglas Mandela" expresa: " Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo" (cfr. En el mismo sentido las Reglas 5, 9, 67.2, 87, 90, 91, 98, 103.3, 104.2 y 108.1).

Con arreglo a los paradigmas de reforma, resocialización y reinserción deben interpretarse las disposiciones de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, cuyo artículo 1º -modificado por la Ley 27.375- prescribe: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la

---

<sup>18</sup>. Su voto en el fallo de la CSJN, del 5 de septiembre de 2006: "Gramajo, Marcelo Eduardo", Fallos 329/3680, considerando 30º.

rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada".

No puede, entonces, subyacer a las penas privativas de la libertad algún propósito puramente retributivo (lo prohíbe el artículo 18 de la Constitución Nacional), ni siquiera de manera embozada. Este último aspecto fue tratado en el discurso del Papa Francisco dirigido a la Asociación Internacional de Derecho Penal, en la Sala de los Papas, el 23 de octubre de 2014, "La prisión perpetua es una sentencia a muerte encubierta".

#### **4. La proscripción de las penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.**

Los tratados internacionales sobre Derechos Humanos proscriben las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículos 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha desestimado recursos que impugnaban sentencias condenatorias a prisión perpetua tachándola de cruel, inhumana y degradante en los fallos de las causas "Bachetti, Sebastián Alejandro y otra s/ homicidio calificado por el vínculo" (14 de agosto de 2014); "Chueke, Daniel Isaac y otros s/ homicidio agravado por el vínculo" (27 de noviembre de 2007) y "Somohano, Gastón Javier" (4 de agosto de 2011).

Otro recurso prosperó -en cambio- en los precedentes "Maldonado, Daniel Enrique" (7 de diciembre de 2005) por considerar que la pena era desproporcionada debido al menor grado de culpabilidad de quien tenía 16 años al cometer el hecho punible. Conviene reparar que en el voto de la mayoría se razonó que en los fundamentos de la sentencia revocada "mucho menos alcanzan para explicar cómo es posible promover la reintegración social del condenado por medio de una pena que se define *ex ante* por la decisión de, llegado el caso, excluirlo para siempre de la sociedad" (ver considerando 41°).

Hay, en verdad, una inconsistencia lógica en la posibilidad de promover la reintegración social del infractor mediante una pena que puede excluirlo para siempre

de la sociedad. Volveremos sobre el tema.

Quienes, después de la sanción de las Leyes 25.892 y 25.948 hubiesen sido condenados a prisión perpetua por los delitos de homicidio agravado *criminis causa*; abuso sexual si resultare la muerte de la víctima; privación ilegal coactiva de la libertad si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida y secuestro extorsivo seguido de la muerte de la víctima, cumplirían una pena de prisión efectivamente perpetua. No podrían acceder a la libertad condicional, ni a los beneficios del período de prueba, de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida.

Más grave sería la situación de quienes -con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 27.375- fueran condenados a la pena de hiperprisión por la comisión de los delitos de homicidios agravados (artículo 80 CP); abuso sexual seguido de muerte (artículo 124 CP); privación ilegal de la libertad coactiva si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida (142 bis, anteuúltimo párrafo, CP); desaparición forzada de personas seguida de la muerte de la víctima (artículo 142 ter del CP); tortura seguida de muerte (144 ter, inciso 2º, CP) y secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida (170, anteuúltimo párrafo, CP).

Las penas que resultaren de las sentencias condenatorias en los casos reseñados serían meridianamente crueles por su indeterminación. Explica **Heidegger**: "(...) el ocuparse del tiempo puede ocurrir en la forma descrita de una datación hecha a base de acontecimientos del mundo circundante, sin embargo, en el fondo, esto ya sucede siempre en el horizonte de un ocuparse del tiempo que nos es conocido como *cómputo astronómico* del tiempo especificado por medio del calendario. Este cómputo no ocurre ocasionalmente, sino que tiene su necesidad ontológico-existencial en la constitución fundamental del Dasein, que es el cuidado. Puesto que el Dasein existe esencialmente como arrojado y cadente, en su ocupación interpreta el tiempo en la forma de un cómputo del tiempo".

La atemporalidad es la que torna crueles los castigos impuestos a Sísifo, Salmoneo, Tántalo, Prometeo, Ticio, Ixión, las Danaides, Ocnos y Atlas. Solo que en estos personajes mitológicos se expresa metafóricamente el oscuro temor humano a lo incierto.

Señala **Zaffaroni**: "la ejecución del pronunciamiento condenatorio penal implica el trato concreto a una persona que en ese tiempo tiene las necesidades fisiológicas, afectivas, intelectuales y sociales, que son propias de cada uno conforme

a sus concretas características personales, y que se vivencian en un proyecto existencial que envuelve el tiempo como esencia. Esa persona debe ser tratada durante un tiempo con todo ese conjunto de necesidades y, en cada momento, la coerción pública debe seguir teniendo un límite que no puede ser establecido de antemano en la sentencia, pues ésta sólo se expresa en tiempo lineal y no existencial" <sup>(19)</sup>.

La natural indeterminación de la pena de hiperprisión depara un agravio adicional. El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados". El artículo 1º -segundo párrafo- de la Ley 24.660 establece: "El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada". A Tal efecto, cada establecimiento destinado a la ejecución de las penas debe contar con un equipo técnico-criminológico especializado (artículo 185.b) de la ley citada).

Ahora bien, el Reglamento de las Modalidades Básicas de la Ejecución (aprobado por el Decreto 396/99) dispone: "El tratamiento interdisciplinario individualizado deberá atender a las condiciones personales y a los intereses y necesidades del condenado durante su internación y muy especialmente para el momento de su egreso".

El tratamiento se inicia con el período de observación que comienza "con la recepción del testimonio de sentencia y del cómputo de la pena en el Servicio Criminológico" (artículo 7º). Ese organismo debe elaborar la Historia Criminológica en la que deberán constar las fechas en que el interno, previo cumplimiento de los

---

<sup>19</sup>. **Zaffaroni**: "Cronos y la aporía de la pena institucional", en Liber ad honorem Sergio García Ramírez, tomo II, pp. 1523/1533. En su voto razonado del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Blake vs. Guatemala", el Juez Cañado Trindade postuló: "El tiempo de los seres humanos ciertamente no es el tiempo de los astros, en más de un sentido. El tiempo de los astros, -yo me permitiría agregar, además de misterio insondable que ha acompañado siempre la existencia humana desde el inicio hasta su final, es indiferente a las soluciones jurídicas divisadas por la mente humana; y el tiempo de los seres humanos, aplicado a sus soluciones jurídicas como elemento integrante de las mismas, no raramente conlleva a situaciones que desafían su propia lógica jurídica, - como lo ilustra el presente caso Blake. Un determinado aspecto, sin embargo, parece sugerir un único punto de contacto, o denominador común, entre ellos: el tiempo de los astros es inexorable; el de los seres humanos, a pesar de tan sólo convencional, es, como el de los astros, implacable, como también lo demuestra el presente caso Blake".

requisitos legales y reglamentarios, podría acceder a: a) Período de Prueba; b) Salidas Transitorias y Semilibertad; c) Libertad Condicional; d) Libertad Asistida; e) Programa de Prelibertad; f) Egreso por agotamiento de la pena" (artículo 8°).

Sin esfuerzo se comprenderá que -dada la absoluta indeterminación de la pena de prisión efectivamente perpetua- no puede haber cómputo de pena, ni historia criminológica, ni tratamiento penitenciario alguno; solo el puro encierro hasta la muerte del condenado.

"La administración debe ser leal franca y pública en sus actos" <sup>(20)</sup>. "Que no se trata de perderse en discusiones de pasados siglos para reconocer que ningún acto de gobierno debe estar reñido con la racionalidad republicana y menos aún con los principios éticos a que deben atenerse los poderes del Estado en esa forma de gobierno" <sup>(21)</sup>.

El Estado Nacional no debe admitir ficcionalmente que las penas de prisión efectivamente perpetuas se ejecutan en función a un tratamiento que prepare para la resocialización. A la aflicción propia de cada pena privativa de la libertad no puede añadirsele el tiempo de lo incumplible.

## **5. Las obligaciones asumidas por la República Argentina ante la comunidad jurídica internacional.**

Los Estados Parte de las Convenciones Internacionales no solo deben respetar los derechos, libertades y garantías que esos instrumentos reconocen. Han asumido -ante la comunidad jurídica internacional- el deber de adoptar las disposiciones de derecho interno, legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Los tratados internacionales deben ser cumplidos de buena fe y no puede invocarse las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículos 26 y 27 de la "Convención de Viena sobre el

---

<sup>20</sup>. CSJN, 27 de junio de 1871: "Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas", Fallos 10:212.

<sup>21</sup>. Voto en disidencia del Juez Zaffaroni en el fallo de la CSJN dictado en la causa "Fisco Nacional c/Llámenos S.A.", Fallos 330:4749.

derecho de los tratados", aprobada por la ley *de facto* 19.865).

Tampoco puede admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que los pactos no los reconocen o los reconocen en menor grado (artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29.b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido: "Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención" <sup>(22)</sup>.

En consecuencia, aunque se le reconozca a la rama legislativa del Gobierno Federal amplias facultades para graduar la respuesta punitiva <sup>(23)</sup>, la producción normativa resultante no podría implicar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional ante la comunidad jurídica internacional.

La pena de hiperprisión o prisión efectivamente perpetua no puede violar el principio de intrínseca dignidad de la persona humana; ni cancelar el derecho a la esperanza de la persona privada de su libertad; ni alterar su plan de vida cercenando su derecho a esforzarse por alcanzar su resocialización; ni privarla de un tratamiento penitenciario real y efectivo; ni someterla a la ansiedad y la angustia de la absoluta indeterminación de la pena.

No sería ése el programa que -como proyecto de vida colectivo- se consagró en la Constitución Nacional que es un legado de sacrificios y dé glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir <sup>(24)</sup>.

---

<sup>22</sup>. Corte IDH, Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994: "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención", §37; Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993: "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", §26.

<sup>23</sup>. Cfr. CSJN, 8 de junio de 2010: "Estévez, Cristian Andrés", Fallos 333:866, en especial razonamientos 8º y 9º.

<sup>24</sup>. **Joaquín V. González**, citado en Fallos 205:618.

## 6. La pena de hiperprisión y el postulado constitucional de la seguridad jurídica.

Tal como sucede en otras constituciones, en la nuestra, el mandato de seguridad jurídica pertenece a los principios generales y a las ideas directrices, que no se ha concretado en un principio legal especial, que no ha sido precisado en preceptos particulares de la Constitución escrita (salvo el mandato preambular de "afianzar la justicia"), ni está contenido en mandatos y prohibiciones de rango constitucional, determinados de manera detallada, sino que es un principio constitucional que requiere alguna elaboración conceptual.

El Tribunal Constitucional Alemán ha considerado: "El postulado de la seguridad jurídica, inmanente al principio del Estado de Derecho, exige que el ciudadano pueda prever las posibles intervenciones del Estado en su contra, y que pueda comportarse en forma correspondiente. (...) La seguridad jurídica significa para el ciudadano, ante todo, protección de la confianza (BVerfGE 13, 261; 14, 288; 15, 313) <sup>(25)</sup>. Se ha agregado: "Pero hay que tener también en cuenta que la claridad y certeza de las normas son características de la justicia y refuerzan la confianza del ciudadano" <sup>(26)</sup>.

En nuestra jurisprudencia, tiene firmeza una regla de derecho según la cual "nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un régimen jurídico" <sup>(27)</sup>. La misma genealogía reconoce el principio de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *última ratio* del orden jurídico y su procedencia requiere de un pedido que tenga sólido desarrollo argumental y fundamentos de la misma calidad.

Es preciso señalar que, en virtud del fallo del 27 de noviembre de 2007 dictado en la causa "Chueke, Daniel Isaac y otros s/ homicidio agravado por el vínculo", la Corte Suprema consideró inadmisibile (artículo 280 del CPCC) el recurso extraordinario interpuesto por la defensa del acusado Marcelo Gustavo Cabaña contra la sentencia de la entonces Cámara Nacional de Casación Penal que había confirmado su condena a prisión perpetua y la declaración de su condición de reincidente, cuyo

---

<sup>25</sup>. Jürgen Schwabe: op. cit., p. 536.

<sup>26</sup>. Webber: "El principio de Estado de Derecho como principio constitucional común europeo"; Revista Española de Derecho Constitucional, número 84, septiembre-diciembre (2008), pp. 27/59.

<sup>27</sup>. Por todos, ver el voto conjunto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti en la causa "Grupo Clarín c/ Estado Nacional s/declaración de certeza", Fallos 336:1774.

efecto era la pena de prisión efectivamente perpetua <sup>(28)</sup>.

Antes, hemos transcripto la mención de la mayoría de la Corte Suprema en el caso "Giménez Ibáñez" y la del Juez Petracchi en el precedente "Gramajo", pero -probablemente- puedan ser considerados *obiter dicta* y -según la Corte Suprema- "un 'obiter dictum' no debe considerarse como sentencia del Tribunal en sentido propio (Fallos 219:591). Hemos considerado posibles categorizaciones de aquellos *obiter* y es manifiesto que corresponden a los que expresan una ideología relacionada con el tema en cuestión <sup>(29)</sup> y revisten importancia desde el punto de vista argumentativo <sup>(30)</sup>. Sin embargo, en sentido estratégico, hay que aceptar que esas opiniones carecen -en la actualidad- de peso argumentativo para conmovir la constitucionalidad de la pena de hiperprisión.

Naturalmente, esta circunstancia no bloquea todo intento de reducción que la haga compatible con el Sistema de Derechos Humanos desarrollado en los tratados con jerarquía constitucional, a partir de su interpretación evolutiva <sup>(31)</sup>, el principio de la norma más favorable al ser humano <sup>(32)</sup> y que impida privar a los derechos de su contenido esencial <sup>(33)</sup>.

En síntesis, la interpretación de las normas penales "exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la

---

<sup>28</sup>. Cfr. con idéntica consecuencia y algunos matices el fallo del 20 de agosto de 2014: "Bachetti, Sebastián Alejandro y otra s/homicidio calificado por el vínculo".

<sup>29</sup>. Dos técnicas clasificatorias en **Vallet de Goytisolo**: "El razonamiento judicial", Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada, año XV, 2009, pp. 15/28 y **Domenech**: "Dicho sea de paso. *Obiter dicta*", Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP, 2014, pp. 127/147.

<sup>30</sup>. "No obstante, los *dicta* tienen un rol argumentativo. En un caso que plantea, al mismo tiempo, varias cuestiones de derecho, una cierta declaración de la corte, percibida como un *obiter dictum*, finalmente puede convertirse en una posición alternativa. Además, los tribunales inferiores pueden conferir al *obiter dictum* un considerable peso cuando existe evidencia de que fue resultado de un escrutinio atento del tribunal superior, a pesar de que ese nivel de escrutinio era innecesario para la decisión" (**Mello**: "The Role of Precedents as a Filter for Argumentation", Revista da Advocacia Geral da União, vol. 15, nº 3, p. 233/262, jul./sept, 2016).

<sup>31</sup>. Corte IDH, sentencia C-98, del 28 de febrero de 2003: "Caso Cinco Pensionistas v. Perú", §103.

<sup>32</sup>. Corte IDH, sentencia C-134, del 15 de septiembre de 2005: "Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia", §106.

<sup>33</sup>. Corte IDH, sentencia C-204, del 23 de Junio de 2005: "Caso Yatama v. Nicaragua", § 204.

interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban", Fallos 331:858).

Considerando aquellas exigencias y estas limitaciones, cobra importancia el sistema previsto por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y las Reglas de Procedimiento y Prueba, aprobado en virtud de la Ley 25.390 (B.O. del 23 de enero de 2001), que posee jerarquía superior a las leyes comunes (artículo 75.22 -primer párrafo- de la Constitución Nacional).

En lo que sigue de la exposición, intentaremos demostrar que el "examen de una reducción de la pena" previsto por el artículo 110 del Estatuto y reglamentado por las reglas 223 y 224 de las RPP, es la solución que depara el ordenamiento jurídico vigente a fin de evitar la anticonvencional rigidez de la pena de prisión efectivamente perpetua (*hiperprisión*)<sup>(34)</sup>.

## **7. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.**

El artículo 77 del Estatuto establece dos especies principales de pena: "a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado".

A su vez, el artículo 110 -inciso 3º- del ER prescribe: "Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse. La revisión no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos".

Este sistema es un resultado transaccional que contempla "las inquietudes de varias delegaciones sobre la severidad de una pena de reclusión a perpetuidad o de una sentencia de prisión por un período largo, se sugirió que en la Parte 10, artículo 100, se previera un mecanismo obligatorio en virtud del cual la sentencia del recluso sería revisada por la Corte después de un cierto período de tiempo, a fin de determinar si había que ponerlo en libertad. De esta manera, la Corte podría también asegurar el

---

<sup>34</sup>. *Excursus*: En un trabajo anterior, habíamos propuesto la generalización del examen de reducción de la pena previsto por el artículo 110 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (**Quiñones Allende, H.:** "Generalización del examen de reducción de la pena", ponencia presentada al I Congreso de Derecho de Ejecución Penal). La nueva y draconiana legislación punitiva nos persuade -en alto grado- de la conveniencia de acotar aquella implicancia a los supuestos de penas de hiperprisión, definidas al comienzo de este trabajo.

trato uniforme de los prisioneros cualquiera que fuera el Estado en que cumplieran su sentencia" <sup>(35)</sup>.

Por esta razón, se suprimió el texto original que preveía la posibilidad de que el recluso solicitara "que adopte una decisión respecto de la procedencia de su indulto, libertad condicional o conmutación de la pena si resulta que, en virtud de una ley de aplicación general del Estado de ejecución, una persona en las mismas circunstancias que hubiese sido condenada por la misma conducta por un tribunal de ese Estado reuniría las condiciones para que le fuera aplicable el indulto, la libertad condicional o la conmutación de la pena".

Aclaremos que el sistema referido en último lugar era el previsto en sendos estatutos de los tribunales internacionales de la ex Yugoslavia y de Rwanda. No puede negarse, entonces, que el sistema previsto en el ER importa un grado superior de evolución de la conciencia jurídica universal y que el examen de una reducción de la pena previsto es una precondition de la posibilidad de imponer la pena de prisión perpetua por los crímenes previstos en los artículos 6° (genocidio), 7° (crímenes de lesa humanidad), 8° (crímenes de guerra) y 8 bis (crimen de agresión) del Estatuto de Roma <sup>(36)</sup>.

Se ha considerado que las Leyes 25.390, que aprueba el Estatuto de Roma, y la Ley 26.200 -de Implementación del Estatuto, modificada por la Ley 27.318- "impone la reconstrucción del sistema en base a la necesaria compatibilización de sus disposiciones con el conjunto en forma armónica y ordenada. Ante una serie de disposiciones dispersas en diferentes leyes infraconstitucionales y que aparecen como contradictorias e inexplicables, para reconstruir el sistema es menester individualizar en un primer paso la ley que por estructurante debe ser privilegiada como *ley ordenadora de base*" (su voto en disidencia en el fallo de la causa "Estévez", Fallos 333:866).

---

<sup>35</sup>. Ver Informe del Comité Preparatorio del Estatuto (A/ CONF.183/2/Add.1 del 14 de abril de 1998), nota nº 1 al artículo 75.

<sup>36</sup>. "La cadena perpetua sin la posibilidad de una liberación anticipada es cada vez más censurada de acuerdo a los estándares de derechos humanos más aceptados, por ejemplo en la jurisprudencia ECHR. Por esta razón, este sistema de revisión ha demostrado ser crucial e indispensable, ya que permite a la CPI evitar violar las directrices de derechos de los condenados a cadena perpetua" (**Marchessi**: "Imprisonment for life at the International Criminal Court", Utrecht Law Review, Volumen 14, Issue 1, 2018, pp. 97/115).

Con otro enfoque, se ha opinado: "en la materia que aquí interesa es posible acudir a ese instrumento internacional como fuente para la interpretación del derecho interno (conf. Fallos: 315:1492, considerando 18). Además de reiterarse a través de aquel instrumento la vigencia del encierro perpetuo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, estimo oportuno mencionar las normas allí previstas para la "reducción de la pena", pues a partir ellas podría considerarse un régimen para morigerar en el derecho interno los efectos de la sanción aplicada en autos" (Dictamen del Procurador General de la Nación, del 27 de marzo de 2007, en la causa "Leguizamón, Abel Alberto s/causa n° 4335").

En fecha reciente, el Juez Mario Alberto Juliano -del Tribunal Oral N° 1 de Necochea- argumentó: "entiendo que existe una posibilidad de compatibilizar la imposición de una pena de esta índole con los reparos que me merece su naturaleza: ordenar que dentro de veinte años se revise si continúa siendo útil, necesario y conveniente mantener al condenado privado de la libertad. Un mecanismo de esta índole tiene arraigo en la proscripción de las penas crueles, inhumanas y degradantes y en la propia filosofía del artículo 18 constitucional, que veda que la prisión pueda ser empleada como un castigo. Pero también en el artículo 110 del Estatuto de Roma (aprobado por la República Argentina por ley 26.200) que admite la reducción de las penas por los delitos más graves concebidos por la humanidad una vez transcurridas las dos terceras partes de su duración. Como es obvio, si esto puede ocurrir en delitos excepcionales, mucho más justificado se encuentra en delitos comunes, que pese a su gravedad jamás podrán ser comparados con un genocidio" (fallo del 8 de junio de 2018 dictado en la causa "Villanueva, César Raúl s/Homicidio agravado").

Estos valiosos criterios constituyen los antecedentes necesarios de nuestra propia opinión que expondremos en los apartados siguientes.

## **8. El examen de reducción de la pena de hiperprisión. Su obligatoriedad (I).**

Comenzaremos este desarrollo reiterando la vigencia de los principios *pacta sunt servanda* y de primacía normativa de los tratados internacionales respecto a las disposiciones de derecho interno.

La República Argentina aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en virtud de la Ley 25.390 (B.O. del 23 de enero de 2001) y depositó el instrumento de ratificación el jueves 8 de febrero de 2001. En ese momento, quien fuera condenado a cumplir la pena de prisión perpetua, podía acceder al sistema de

saldas transitorias o al régimen de semilibertad al cumplir 15 años de internación (artículo 17.II de la Ley 24.660); podía obtener la libertad condicional a los veinte años (artículo 13 del Código Penal) y -en el supuesto de hubiera sido declarado reincidente- a la libertad asistida seis meses antes de cumplir treinta años de prisión <sup>(37)</sup>.

Las penas previstas por el artículo 77 del ER para "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto", eran más rigurosas que las previstas por las disposiciones legales para cualquier delito de derecho interno, porque su régimen de ejecución no admitía liberaciones anticipadas (artículo 110.1 del ER) <sup>(38)</sup>. Esta premisa aparece confirmada por el artículo 12 de la Ley 26.200, de Implementación del Estatuto de Roma, cuyo párrafo primero establece: "La pena aplicable a los delitos previstos en los artículos 8º, 9º y 10 de la presente ley, en ningún caso podrá ser inferior a la que le pudiera corresponder si fuera condenado por las normas dispuestas en el Código Penal de la Nación".

Este principio implica una fuerte limitación a la rama legislativa del Gobierno Federal: no puede establecer penas para los delitos de derecho interno que, por su modo de cumplimiento o por su extensión indeterminada, sean más graves que las previstas en la norma convencional pues ello importaría vulnerar su espíritu. Como corolario de lo anterior, tampoco podría conminar ciertos delitos con la pena de prisión efectivamente perpetua, no prevista por el ER.

La Corte Suprema ha precisado: "[el propósito de la ley] no puede quedar desvirtuado por cierta imperfección de técnica legislativa que denotan sus términos, ya que es principio aceptado en materia de interpretación de las leyes que no debe suponerse falta de previsión o inconsecuencia en el legislador" (Dictamen del Procurador Fiscal a cuyos términos se remitió la Corte Suprema en el fallo de la causa "Suppa y Boado, Luis c/M ° J y DD HH", Fallos 326:5).

Lo cierto es que en el proyecto de ley -luego sancionado como Ley 27.375- presentado por la Diputada Nacional Litza y otros (expediente 3805-D-2016), ni en

---

<sup>37</sup>. No lo trataremos aquí, pero de diversas disposiciones legales era posible inferir que la prisión perpetua equivalía a un encierro de treinta años (ver artículos 44, 46 y 62.1 del Código Penal y 17.II de la Ley 24.660).

<sup>38</sup>. Las Ley 27.156 -que excluye la posibilidad de amnistía, indulto o conmutación de penas para los crímenes previstos en el ER- y la Ley 27.362 -que impide el cómputo privilegiado de la prisión preventiva cumplida por esos delitos- han acentuado el carácter gravoso de la ejecución de la pena.

sendas sesiones realizadas el 23 de noviembre de 2016 (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de esa fecha, pp. 106/170), 5 de julio de 2017 (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de esa fecha, pp. 106/134) y 26 de abril de 2017 (Diario de Sesiones del Senado de esa fecha, pp. 6/48) ninguno de los legisladores mencionó - siquiera al pasar- que se estaba consagrando para un elenco de delitos (ampliado en la Cámara de Senadores) la pena de hiperprisión.

La referencia más aproximada y que revela la auténtica voluntad del legislador tuvo lugar con la intervención del senador Julio César Cleto Cobos: "Lo que estamos queriendo hacer con esta ley, además de lograr la resocialización y la reinserción, es que aquellos delitos aberrantes sean sancionados con una prisión efectiva, cumpliendo la totalidad de la pena, pero no evitando someterlos al proceso de mejora progresiva que debe tener el condenado para que después sí salga en las mejores condiciones" (pp. 44/46 del Diario de Sesiones). El Senador Rodolfo Julio Urtubey expuso: "Lo que estamos planteando acá, para hacerlo bastante sencillo, no es una pena indeterminada que, por supuesto, es **inconstitucional**. No es aumentar las penas. Simplemente, es decir: el juez, tribunal, artículo 18 de la Constitución Nacional, el juicio previo impuso una pena, pues, en determinados delitos, que cumpla esa pena" (Diario de Sesiones pp. 24/26).

Deben conciliarse -por vía interpretativa- dos posiciones aparentemente antitéticas: a) la idea claramente expresada en los tres debates parlamentarios según la cual no había un apartamiento del paradigma resocializador de las penas; b) los artículos 30 y 38 de la Ley 27.375 (modificatorios de los artículos 56 bis de la LEP y 14 del CP) cuya interpretación meramente literal y descontextualizada del resto del ordenamiento jurídico conduciría a establecer la pena de prisión efectivamente perpetua.

La Corte Suprema -en materia de ejecución de las penas privativas de la libertad- en el fallo de la causa "Germano, Karina Dana" (Fallos 335:38), permitió a una interna acceder al régimen de salidas transitorias habiendo cumplido un sexto (cinco años) de la pena de treinta años de reclusión según lo previsto por el artículo 123.II de la Ley de Ejecución de la Pena Brasileira (Nº 7.210/84), privilegiando "los principios *pro homine*, igualdad y no contradicción" en una interpretación dinámica del artículo XI del Tratado sobre el traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil aprobado por la Ley 25.306. En su

dictamen, el Procurador General consideró que la medida se adecuaba a la finalidad superior de "la reinserción social de las personas condenadas".

En definitiva, el citado es un ejemplo de la aplicación del criterio de interpretación de la ley tantas veces expuesto por nuestro máximo tribunal: "En la interpretación de la ley no debe prescindirse de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en que está engarzada" (entre muchos, CSJN: "Alfredo Mario Bufano c/Ministerio del Interior", Fallos 323:1406). En consecuencia, las profundas reformas al régimen de ejecución de la pena no pueden ser interpretadas en el sentido de afirmar que -de manera elíptica- han instaurado la pena de prisión perpetua irredimible.

El Tribunal Criminal Internacional para la ex Yugoslavia ha sostenido: "el principio *nulla pœna sine lege* debe permitir al acusado conocer no solo las posibles consecuencias de una condena por un crimen internacional y las penalidades sino también las condiciones bajo las cuales la penalidad será ejecutada" <sup>(39)</sup>.

## **9. El examen de reducción de la pena de hiperprisión. Su obligatoriedad (II).**

El artículo 2 -primer párrafo- de la Ley 26.200 establece: "El sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley solo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente".

Esta disposición parecería cancelar el procedimiento de examen de reducción de la pena respecto a aquellas que se ejecuten por la comisión de otros delitos. Creemos que no es así.

El artículo 106, inciso 2º del ER, dispone: "Las condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución".

En el primer proyecto del Estatuto sobre este tema se presentaron tres variantes,

---

<sup>39</sup>. *Prosecutor v. Erdemović*, sentencia del 29 de noviembre de 1976, § 70, citado por **Shahram Dana**: "Beyond retroactivity to realizing justice: A theory on the principle of legality in International Criminal Law Sentencing", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 99, No. 4, 2009, pp. 857/928.

optándose finalmente por la variante dos que especificaba que las condiciones de reclusión "no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución". Sería reduccionista considerar que la norma alude únicamente a las condiciones de encierro propiamente dichas, aludidas en la primera parte del inciso.

La condición de reclusión arquetípica del Estatuto de Roma es el examen de la reducción de la pena, procedimiento que limita la efectividad de la prisión perpetua para los crímenes descritos en el Estatuto. Solo que estas condiciones no pueden ser más favorables (tampoco menos) que las aplicadas a los reclusos por delitos similares el examen -necesariamente- debe generalizarse a estos delitos (*in no case shall such conditions be more or less favourable than those available to prisoners convicted of similar offences in the State of enforcement*). "Algunos autores esperan que la prohibición de un tratamiento más favorable para los presos internacionales conduzca a una mejora de las condiciones en las cárceles nacionales, ya que su tratamiento también debe ser coherente con las normas internacionales" <sup>(40)</sup>.

A fin de considerar qué habría de similar entre los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma y los de derecho interno, debemos atender al resultado lesivo producido. Los artículos 8º, 9º y 10º de la Ley de Implementación del Estatuto de Roma establecen penas temporales para los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, agregando "Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua".

La Ley 27.375 -mediante la modificación de los artículos 14 del CP y 56 bis de la LEP- ha modificado sustancialmente el régimen de ejecución de la pena (cancelando cualquier flexibilización del encierro) respecto a los siguientes delitos: : homicidios agravados (artículo 80 CP); abuso sexual seguido de muerte (artículo 124 CP); privación ilegal de la libertad coactiva si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida (142 bis, anteúltimo párrafo, CP); desaparición forzada de personas seguida de la muerte de la víctima (artículo 142 ter del CP); tortura seguida de muerte (144 ter, inciso 2º, CP) y secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida (170, anteúltimo párrafo, CP).

Si respecto a los primeros el examen de reducción de la pena es obligatorio cuando se hayan cumplido 25 años de prisión (artículo 110.3 del ER); luego en similar

---

<sup>40</sup>. Michael Stiel - Carl-Friedrich Stuckenberg: "Commentary Rome Statute, Part 10, artículo 106(2).

momento es obligatorio respecto a los delitos señalados en el párrafo anterior. De lo contrario, las condiciones de reclusión por crímenes tipificados en el ER serían más favorables que las previstas para los delitos de derecho interno, lo que está expresamente prohibido por el tratado internacional.

#### **10. La reducción de la pena de hiperprisión en nuestro derecho positivo.**

Estamos persuadidos de la obligatoriedad normativa del examen de reducción de las penas de hiperprisión tanto las que corresponden a los crímenes definidos en el ER como a las impuestas por delitos incluidos en el Código Penal, pero la validez de esa tesis se hará más evidente si consideramos dos grupos de supuestos en que la reducción de esta pena está prevista por la ley.

a) El artículo 41 ter del Código Penal (modificado por la Ley 27.304) autoriza a reducir a quince años de prisión la pena que correspondiere a los autores o partícipes de los delitos de privación ilegal de la libertad coactiva si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida; desaparición forzada de personas seguida de la muerte de la víctima y secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida (inciso e) y penúltimo párrafo del artículo 41 ter del CP. Ello así, "cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles".

Como digresión, debe señalarse que la reducción de la pena en estos casos (que suponen la muerte de la víctima) es más intensa que la autorizada para quienes hagan un aporte que permita salvar la vida de la víctima (artículos 142 bis, último párrafo; 142 ter, último párrafo y 170 -último párrafo- del Código Penal) en cuyo caso la pena máxima sería de dieciséis años y ocho meses de prisión.

Se trata de una extraña decisión de política criminal. No obstante, debemos señalar que este criterio que habilita la reducción de la pena coincide con el primero de los factores a considerar para similar decisión por el artículo 110.4.a) del Estatuto de Roma ("Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos"), lo que sugiere la admisión de la generalización del sistema.

b) El segundo supuesto de reducción notable de la pena de hiperprisión es el previsto por la Ley Nacional de Migraciones 25.871, modificada por el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017. El artículo 29, inciso 3° de la ley establece: "Serán

causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional: (...) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad". Constatada esta situación, la Dirección Nacional de Migraciones queda facultada a declarar la ilegalidad de la permanencia del extranjero y disponer su expulsión (artículos 61 y 63).

Ahora bien, los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata (artículo 64, inciso a). Cuando la pena impuesta fuera perpetua ello se produce cuando se hubieren cumplido quince años de la pena (actual artículo 15.2.b) de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad). En este caso: "La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente". Claramente, es un supuesto de reducción total de la pena derivado de factores externos a la gravedad del delito y la culpabilidad del autor.

## **11. Algunas precisiones.**

Al entrar en vigencia la Ley 25.892 que elevó de veinte a treinta y cinco años el tiempo de pena que el condenado a prisión o reclusión perpetua debe cumplir para poder acceder a la libertad condicional, algunos autores pusieron en duda su constitucionalidad por convertir a la prisión perpetua en una pena cruel, pero afirmaron que "de cualquier manera es innecesario ocuparse ahora de una cuestión que no se planteará antes del año 2024" (**Zaffaroni - Alagia - Slokar**: "Manual de Derecho Penal - Parte General", pp. 709 y 716. Ver en el mismo sentido el dictamen del Procurador General en la causa "Chueke").

Discrepamos con esa opinión, porque el tratamiento penitenciario exigido por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se inicia desde el primer día de cumplimiento de la pena privativa de la libertad, por su carácter progresivo, e incluso antes respecto a aquellos internos que se incorporan al Régimen de Ejecución Anticipada Voluntaria de la Pena. El desarrollo del cual tratamiento sería de imposible cumplimiento si no está prevista una fecha en la que, bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, el interno podría recuperar la libertad.

En nada influiría la modificación de los reglamentos carcelarios ordenada por el artículo 228 de la Ley 27.375, porque todos los aspectos previstos en la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tienen como eje la reinserción en la

sociedad del interno. Sin ese estímulo, la idea de tratamiento sería un embuste.

En consecuencia, en la misma sentencia condenatoria a una pena de hiperprisión deberá especificarse que al cumplirse 25 años de privación de la libertad se procederá al examen de reducción de la pena. Deberá, además, proporcionarse al interno adecuada información sobre "la legislación penitenciaria y el reglamento penitenciario aplicable; b) sus derechos, incluidos los métodos autorizados para informarse, el acceso a asesoramiento jurídico, incluso por medio de programas de asistencia jurídica, y los procedimientos para formular peticiones o quejas; c) sus obligaciones, incluidas las sanciones disciplinarias aplicables; d) toda otra cuestión necesaria para su adaptación a la vida en prisión".

La señalada es exigida en el numeral 52 de las "Reglas Mandela" y de la inclusión de las personas privadas de su libertad entre los colectivos en situación de vulnerabilidad respecto a su derecho de acceso a la justicia ("Reglas de Brasilia"). El cumplimiento de este deber estatal es indispensable en el caso de los condenados a las penas de hiperprisión pues -como es notorio- la inusitada extensión del encierro debilita los vínculos sociales, familiares y -seguramente- en función a ello se incrementen sus requerimientos de asistencia jurídica efectiva.

## **12. Derecho comparado.**

Una mínima referencia a la legislación comparada dará cuenta de que la contemporánea tendencia a establecer la pena de prisión permanente revisable o prisión efectivamente perpetua o hiperprisión, tiene como necesario correlato una instancia en la que se evalúa la conveniencia o necesidad de su reducción.

a) Albania: El artículo 65 del Código Penal dispone "No se permitirá la libertad condicional a un convicto que cumpla cadena perpetua. Solo bajo circunstancias extraordinarias, el convicto que cumple la cadena perpetua podrá ser liberado bajo palabra, si: Ha cumplido no menos de veinticinco años de prisión y durante el período en que cumplió su condena ha demostrado un comportamiento excelente y se considera que se ha logrado el objetivo educativo de la sentencia".

b) Alemania: Delitos como los homicidios agravados (§ 211.1 StGB), homicidios en casos especialmente graves (§ 212.2 StGB) y abuso sexual de niños con el que se cause imprudentemente la muerte de la víctima (§ 176.b) StGB), se encuentran conminados con prisión perpetua.

Se encuentra previsto el procedimiento de suspensión del remanente de la prisión perpetua (§ 57.a) STGB) cuando se hayan cumplido 15 años de la pena; la particular gravedad de la culpabilidad de la persona no requiera la continuidad de la ejecución y la medida se justifique en razones de interés general, el tribunal puede ordenar la suspensión del resto de la prisión perpetua concediendo la libertad condicional al interno durante cinco años. Si la decisión fuera adversa a la petición de suspensión, ésta puede ser renovada en un plazo de dos años.

c) Armenia: El artículo 60.1 del Código Penal dispone "La prisión perpetua es el aislamiento del convicto en forma de mantenerlo encarcelado en una institución correctiva sin límite de tiempo, que en los casos previstos en este Código puede asignarse para delitos particularmente graves". A su vez, el artículo 76.3.5 establece "Quine cumple prisión de por vida puede ser liberado bajo libertad condicional, si el tribunal determina que la persona ya no necesita cumplir el castigo y, de hecho, ha cumplido no menos de 20 años de prisión".

d) Azerbaiján: El artículo 57.1 del Código Penal establece: "La prisión perpetua está determinada solo por la comisión de crímenes graves contra la paz y la seguridad de la humanidad, los crímenes de guerra, los crímenes contra la individualidad, la seguridad pública y el orden público y el gobierno". El artículo 57.3 prescribe: "El tribunal, teniendo en cuenta el período de servicio válidamente cumplido que no sea inferior a veinticinco años del período de castigo en cadena perpetua, así como no recibir condena por otro delito y llegar a una conclusión sobre la pérdida de la necesidad de la porción adicional del castigo puede reemplazar la cadena perpetua por el encarcelamiento con el término determinado o condicionalmente, preprogramada para liberarlo de este castigo. El castigo como cadena perpetua puede reemplazarse por una pena de prisión de hasta quince años, según el artículo 57.3 del presente Código".

e) Bulgaria: El artículo 38.a) del Código Penal dispone "(1) El encarcelamiento de por vida será el aislamiento obligatorio de un convicto por la parte restante de su vida en las instituciones penitenciarias destinadas al cumplimiento de una pena de prisión. (2) Se impondrá cadena perpetua cuando el delito cometido sea extremadamente grave. (3) El encarcelamiento de por vida puede ser sustituido por el encarcelamiento por un período de treinta años, siempre que el condenado haya cumplido no menos de veinte años".

f) República Checa: El artículo 88.5 del Código Penal dispone "Una persona condenada a una pena excepcional de prisión de por vida puede ser liberada condicionalmente tan pronto como haya cumplido al menos veinticinco años de esta condena, si con respecto a las circunstancias del hecho por el que fue condenado y la naturaleza de su condena o su personalidad su personaje no existe la amenaza de repetir el delito grave cometido u otro delito similar especialmente grave".

g) Dinamarca: El § 41 del Código Penal establece "Cuando se han cumplido 12 años de una pena de cadena perpetua, el Ministro de Justicia decidirá si el prisionero será liberado bajo libertad condicional. La liberación condicional dependerá de que dicha liberación no sea desaconsejable por razón de las circunstancias del preso y en caso de residencia razonable, trabajo o algún otra forma de apoyo disponible para él y sobre su compromiso de observar el condiciones asociadas a la liberación. La liberación condicional estará condicionada a que el preso no cometa ningún delito punible durante el período de libertad condicional, y que observará las condiciones que han sido acordadas. El período de libertad condicional no excederá los cinco años".

h) España: La Ley Orgánica 1/2015 incorporó al Código Penal a la prisión permanente revisable prevista para los delitos de excepcional gravedad (asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad). El artículo 92 prescribe "El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena; b) Que se encuentre clasificado en tercer grado. c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social". "La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado".

Resulta de interés para nuestro análisis el mencionar la opinión de la Comisión Permanente del Consejo de Estado que precedió a la aprobación del Estatuto de Roma por parte del Reino de España: "La previsión relativa a la pena de reclusión perpetua en el artículo 77 del Estatuto, incompatible en principio con el artículo 25.2 de la Constitución, no constituye causa obstativa para su ratificación por España gracias a lo dispuesto en el artículo 80 y las posibilidades de reducción de la pena ex artículo 110.4 que se remite a "otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias" (pudiendo encontrar cabida entre ellos nuestros criterios constitucionales de reeducación y reinserción social)".

h) Estonia: El § 77.1 del Código Penal establece "Si una persona ha sido sentenciada a cadena perpetua, el tribunal puede liberar a la persona en libertad condicional si el delincuente ha cumplido al menos treinta años del castigo. La libertad condicional se ordenará por un período de cinco a diez años".

i) Finlandia: La Sección 10 (1) del Código Penal dispone: "Una persona condenada a cadena perpetua puede ser liberada condicionalmente cuando ha cumplido doce años de prisión. Una persona sentenciada a cadena perpetua por un delito cometido antes de la edad de veintiún años puede ser liberado condicionalmente cuando haya pasado diez años en prisión".

j) Francia: El artículo 132-23 autoriza al tribunal a que -por decisión especial- reduzca el período de seguridad de "la réclusion criminelle à perpétuité" a los veintidós años de cumplimiento, lo que le permite al interno acceder a salidas transitorias, semilibertad y libertad condicional. A su vez, el artículo 420-4 reglamenta: "Cuando la persona condenada muestra serias promesas de rehabilitación social, el tribunal de la aplicación de las sanciones podrán, excepcionalmente y en las condiciones establecidas en el artículo 712-7, decidir el período de seguridad previsto en los artículos 132-23 del Código Penal o que se reduzca su duración".

Sobre estas disposiciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido: "A la luz del margen de apreciación de los Estados en materia de justicia penal y sentencias, el Tribunal concluye que esta posibilidad de reconsideración de la cadena perpetua es suficiente para considerar que la condena impuesta al solicitante es compatible con el artículo 3 de la Convención" (TEDH, 13 de noviembre de 2014: "Affaire Bodein c. France").

k) Georgia: El artículo 72.7 del Código Criminal dispone: "El convicto puede ser excarcelado de la cadena perpetua si cumplió los veinticinco años de prisión y si el tribunal considera que ya no es necesario que el convicto continúe cumpliendo la condena".

l) Grecia: El artículo 105.1.c) del Código Penal prescribe que los condenados pueden ser liberados si han cumplido veinte años de prisión en el caso de condena a prisión perpetua, que se limitan a dieciséis años si el convicto tiene setenta años de edad.

m) Hungría: Las secciones 42 y 43 del Código Penal establecen "En el caso de que se imponga una sentencia de cadena perpetua, el tribunal especificará la fecha más temprana de elegibilidad para libertad condicional, o impedirá cualquier elegibilidad para libertad condicional". Si el tribunal no ha impedido la elegibilidad para la libertad condicional con una sentencia de cadena perpetua, la fecha más temprana de liberación en libertad condicional será después de cumplir veinticinco años, o al menos cuarenta años. El tiempo más temprano de liberación en libertad condicional se determinará en años. La duración de la libertad condicional en el caso de cadena perpetua no será menor de quince años". En la sección 44 se establece un catálogo de delitos cuya comisión faculta a la Corte puede denegar la posibilidad de cancelar el derecho a la libertad condicional (*the court may deny the possibility of parole*), lo que diferencia al sistema húngaro del previsto por el artículo 14 del Código Penal argentino, modificado por la Ley 27.375.

n) Letonia: La Sección 61 del Código Penal prescribe: "Una persona que ha sido castigada con privación de libertad, excepto la privación temporal de la libertad, puede ser liberada condicionalmente antes de que se complete su castigo básico, si hay una razón para creer que puede adaptarse en la sociedad después de liberación sin cometer un delito. Teniendo en cuenta la personalidad y el comportamiento de la persona condenada, se puede ordenar la libertad condicional antes de que se complete el castigo, si: 1) el condenado ha alcanzado cierto resultado de resocialización; 2) la persona condenada, en la medida de lo posible, ha hecho una compensación voluntaria por las pérdidas causadas por su delito; 3) el condenado tiene posibilidades de adquirir medios de subsistencia de manera legal después de su liberación". "Se puede proponer la libertad condicional previa a la finalización de la pena si la persona condenada realmente ha cumplido: (...) veinticinco años de la pena de privación de libertad, si la

persona condenada es una persona a la que se le ha impuesto prisión perpetua".

ñ) República de Moldavia: Código Penal - Artículo 91.5) "Una persona que cumple el castigo de cadena perpetua puede quedar exenta condicionalmente de la pena antes de la expiración del plazo si el tribunal considera que ya no es necesario ejecutar aún más el castigo y si la persona ha servido efectivamente al menos 30 años de encarcelamiento".

o) Italia: El artículo 17 del Código Penal Italiano establece que la pena máxima es el ergástolo, definido por el artículo 22 como "La pena de cadena perpetua es perpetua, y se da por sentada en uno de los establecimientos destinados a ello, con la obligación de trabajar y con aislamiento nocturno". El artículo 176.3 dispone que el condenado a la pena perpetua puede acceder a la libertad condicional cuando ha cumplido al menos veintiséis años de la pena.

Resulta de interés citar lo afirmado en fecha reciente, 22 de marzo de 2017, por la Corte di Cassazione, sezione I penale, 13.934: "Si, como reiteradamente establece la jurisprudencia constitucional, el arrepentimiento del condenado y la consiguiente reinserción en el contexto social constituyen el objeto perseguido por la ley penitenciaria, de conformidad con el precepto del tercer párrafo del artículo 27 de la Constitución, el mismo debe orientar las elecciones interpretativas de la ley en relación con todos los condenados a prisión, incluidos los condenados a prisión perpetua".

A fin de completar este capítulo examinaremos el régimen jurídico de los países de la región. Comenzaremos señalando que las Constituciones de Colombia (artículo 34) y de la República Federativa de Brasil (artículo 5.XLVII) prohíben la prisión perpetua.

El Código del Sistema Penal del Estado Plurinacional de Bolivia contempla como pena máxima a los treinta años de prisión en los casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, homicidios agravados, feminicidio y homicidio de un niño menor de 12 años (es la pena máxima del concurso real de delitos también). Cualquiera fuese el delito por el que se cumpla pena, el artículo 668 autoriza al juez a conceder la libertad condicional cuando el interno haya cumplido 2/3 de la condena, haya observado buena conducta en el establecimiento penitenciario de conformidad a los reglamentos y demostrado vocación para el trabajo o estudio.

El Código Penal de la República Oriental del Uruguay contempla la pena máxima de treinta años de penitenciaría. La Ley 16.394 restableció las medidas de

seguridad eliminativas previstas por el artículo 92 del CP (habían sido abolidas en virtud de la Ley 15.737 cuando se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Se aplican "a los delincuentes habituales, y a los violadores u homicidas que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncien una gran peligrosidad" y pueden extenderse hasta los quince años a partir del cumplimiento de la pena principal. Sin embargo, según el artículo 298.1 del Código del Proceso Penal, en estos casos puede otorgarse a los internos la libertad anticipada al cumplir las dos terceras de la pena, "a los penados que se hallaren privados de libertad al quedar ejecutoriada la sentencia de condena, cuando teniendo en cuenta su conducta, personalidad, forma y condiciones de vida, se pueda formular un pronóstico favorable de reinserción social".

El artículo 32 bis del Código Penal de Chile, la pena de presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida. Admite, sin embargo, la concesión de la libertad condicional "una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva" (32.1).

El artículo 38 del Código Penal del Paraguay establece que la máxima pena de prisión es la de veinticinco años. El artículo 51 autoriza a conceder la libertad condicional al condenado cuando hubiere cumplido los dos tercios de la pena y se basará "en especial, en la personalidad del condenado, su vida anterior, las circunstancias del hecho punible, su comportamiento durante la ejecución de la sentencia, sus condiciones de vida y los efectos que la suspensión tendrían en él".

Nos urge llamar la atención sobre uno de los requisitos para el otorgamiento de la libertad condicional según el artículo 51.3 del Código Penal del Paraguay porque devela -de manera expresa- la existencia del derecho a la reinserción social: "[cuando] el condenado lo consienta".

Claramente, ninguno de los sistemas punitivos de la región admite la prisión efectivamente perpetua, como la instaurada por nuestro país con la entrada en vigencia de la Ley 27.375. Es un dato que no debe soslayarse en la interpretación de la ley. En el fallo del 28 de marzo de 2017, causa "Schiffrin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa", la Corte Suprema consideró los mismos ordenamientos jurídicos aquí analizados con la finalidad de interpretar una disposición constitucional (ver considerando 24º, segundo párrafo, del voto de la mayoría del

tribunal) que -hasta entonces- había considerado inválida.

### 13. Conclusión.

La legislación relativa a la ejecución de la pena privativa de la libertad del siglo XXI se caracteriza por su progresivo endurecimiento que ha alcanzado su grado culminante con la reciente sanción de la Ley 27.375 (B.O. del viernes 28 de julio de 2017), cuyos aspectos más rigurosos son la modificación de los artículos 14 del Código Penal y 56 bis de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad cancelando, respecto a un catálogo de delitos allí establecidos, cualquier modo de atenuación de la afflictividad propia de la privación de la libertad.

Este dispositivo revela su mayor intensidad cuando se trata de delitos conminados con pena fija de prisión perpetua pues, como consecuencia del régimen de ejecución, ésta se convierte en una pena de prisión efectivamente perpetua, con afectación de normas convencionales que limitan el ejercicio del poder punitivo estatal, sin que ésa haya sido la voluntad legislativa expresada en los debates parlamentarios.

Ahora bien, con la sanción de las Leyes 25.390 y 26.200 -de aprobación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional- se incorporaron al ordenamiento punitivo nacional otras infracciones que pueden ser sancionadas con penas de prisión perpetua (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y desaparición forzada de personas), que no admiten ninguna forma de liberación anticipada.

Sin embargo, el necesario correlato de esa rigurosidad es el obligatorio examen de una reducción de la pena (artículo 110 del ER) que depara al condenado la esperanza de recuperar alguna vez su libertad como justa consecuencia de su esfuerzo personal por la resocialización o a la compensación socialmente constructiva de la culpabilidad<sup>(41)</sup>.

---

<sup>41</sup>. **Bacigalupo**: "En estos casos el autor reconoce la vigencia de la norma vulnerada reparando el daño causado o favoreciendo su propia persecución y ello determina ya una ratificación de la misma que permite compensar una parte de su culpabilidad. Dicho en terminología kantiana: el autor ha hecho más de lo que el derecho le exige, pues la reparación espontánea del mal no constituye un deber antes de la condena, y, por lo tanto, su acción constituye un *meritum*, que reduce, por compensación, el *demeritum* de la culpabilidad" (Derecho Penal - Parte General, p. 603, § 1232). **Roxin**: "Pena y Reparación", Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LII, 1999, pp. 5/15.

La aplicación de este procedimiento a todos los supuestos de cumplimiento de pena de hiperprisión sería compatible con el principio de primacía normativa de las convenciones internacionales respecto a las disposiciones legales de derecho interno y con el principio de equiparación de las condiciones de reclusión exigido por el artículo 106 del Estatuto de Roma.

Se trata, por una parte, del reconocimiento del **derecho humano a la resocialización** que asiste a las personas privadas de su libertad, no enumerado pero que es "inherente al ser humano" (artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y, por otra, la efectiva posibilidad de poner límites a la gestión punitiva del Estado. "No son, como puede creerse, las declaraciones, derechos y garantías, simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina" (Joaquín V. González, citado en el precedente de Fallos 239:461, "Siri, Ángel").

*"Social reinsertion and reformation of prisoners is a universal human rights requirement of any penitentiary system"* (**Schabas**: The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute, p. 1102).-

*Gabriela Inés de la Paz Quiñones Allende*

*Hugo Martín Mariano Quiñones Allende*