

LAS PENAS DE PRISION PERPETUAS Y CONSECUENCIAS JURIDICAS EQUIPARABLES vs. NORMAS CONSTITUCIONALES

Por Pedro P. Curotto

INTRODUCCION:

El presente trabajo no pretende demostrar ninguna verdad definitiva sino mas bien promover el debate en este Seminario (*) sobre la existencia en nuestro Código Penal de penas perpetuas y consecuencias jurídicas equiparables y, cómo estas, deberían derogarse y aún morigerarse a la luz del fin resocializador de la pena establecido en los instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución en su última reforma (art.75 inciso 22 C.N.).

Reconozco que la cuestión no es novedosa, pero si resulta impopular su replanteo en estos tiempos. En una sociedad agobiada por los problemas de seguridad, tratar acerca de la ejecución de las penas privativas de la libertad y su morigeración, cuando sus destinatarios en este caso son aquellos que han cometido algunos de los delitos más graves previstos por nuestra ley penal es un tanto difícil y “políticamente” incorrecto.

Pero corresponde justamente a los hombres de derecho buscar que en cada caso se haga justicia con humanidad y no con deseo de venganza, con apego a las normas de la Constitución y no a las pasiones que naturalmente estas cuestiones despiertan, por lo que pretendo plantear objetivamente algunos principios (expresamente plasmados en nuestra Constitución) y propuestas de corrección o reforma para el régimen penal vigente.

También, desde el punto de vista del interés del condenado, esbozo algunas posibles defensas, aunque la promoción y defensa de los derechos fundamentales resulta también una misión fundamental del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y aún, por qué no, del Poder Ejecutivo.

Por ello, luego de afirmar los principios constitucionales vigentes en la materia, habré de introducirme al análisis de los siguientes regímenes: a) penas perpetuas, b) reincidentes condenados a pena perpetua (art. 14 C.P., primera parte), c) reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 del C.P.), d)reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 80 del C.P., e) abultadas penas temporales a las que se llega por aplicación del art. 55 del C.P. (suma aritmética), f) Excepciones a los beneficios de la Ley 24.660 y a la libertad condicional (art. 14 C.P. segunda parte) para los autores de ciertos hechos graves, g) imposibilidad de volver a obtener la libertad condicional para los condenados a pena perpetua (art. 17 C.P.).

LOS FINES DE LA PENA Y ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS.

Varias son las teorías que intentan fundamentar la imposición de una pena. Lo han hecho en el pasado y en el presente (cfr. Roxin Claus, Derecho Penal Parte General, Trad.II Edic. Alemana, Civitas, Madrid,

1997, Tomo I, pág. 81 y ss. Ver igualmente la postura crítica de Raúl Zaffaroni en Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2da Edición, 2008, Capítulos 2 y 28, etc.; Fleming, Abel, López Viñals, Pablo, Las Penas, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009 Caps. II y III).

No me quiero extender en esta disertación al respecto porque son por todos bien conocidas y además serán objeto de profundo análisis en otra de las exposiciones. Por ello, y de manera muy simplificada mencionaré muy genéricamente que existen las teorías denominadas “retribucionistas” que no persiguen al imponer la pena ningún fin socialmente útil, sino que mediante la imposición de un mal merecidamente al condenado se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad; la de la “prevención especial” que se orienta a hacer desistir al autor de futuros delitos; la de la “prevención general” que mediante la imposición de una pena concreta envía un segundo mensaje a la sociedad de reafirmación de la norma jurídica quebrantada (el primero esta dado por la propia ley penal); y por último las “unificadoras” “integradoras” o “mixtas”, que intentan conjugar todos o algunos de los aspectos comprendidos en las teorías antes expuestas según una adecuada jerarquía normativa. Todas, explican parcialmente el fenómeno y si bien logran aciertos, tampoco soportan acertadas críticas (vgr. los retribucionistas sentaron el principio de que la culpabilidad es la medida de la pena, pero el Estado de Derecho no puede imponer una expiación o arrepentimiento compulsivos).

Entiendo que existe además un aporte ideológico adicional, cual es, la fuerza cada vez más grande que cobran los movimientos y teorías abolicionistas del derecho penal y/o de la pena de prisión que es su paradigma actual, en atención al fracaso demostrado como medida de prevención general, especial y aún retributiva (Al respecto resulta interesante el análisis sobre los aportes de estas doctrinas en Yacobucci, Guillermo J. “La deslegitimación de la potestad penal”, Abaco, Buenos Aires, 2000).

Más allá de las serias y fundadas opiniones doctrinarias, entiendo que la pena continúa siendo en los hechos la retribución de un mal, al menos al momento de su imposición y con el límite auto-impuesto por el Estado al establecer una escala penal posible y debiendo respetarse el principio de “culpabilidad por el hecho”. Si bien el límite continúa siendo la “culpabilidad” del autor, lo cierto es que cualquier pena –más aun tratándose de la pena de prisión-, no deja de ser siempre en parte una “irracionalidad”, en cuanto que no existe punto de comparación, proporcionalidad o justificación alguna que permita relacionar racionalmente la responsabilidad en la comisión de un hecho delictivo de mayor o menor magnitud con el “encierro” por días, meses o años en prisión. Tampoco con multas o plazos de inhabilitación, aunque estas suelen ser sin duda más leves y preferibles a la prisión por su menor gravedad. En este sentido, si bien resulta loables las teorías que intentan racionalizar el procedimiento que emplean los jueces para encarar el análisis de la escala penal al momento de individualizar la pena (cfr. Fleming, Abel, ob. cit, pág. 308 y ss.), entiendo que aún no puede superarse la irracionalidad apuntada. Por ello, en los hechos, pena y retribución continúan unidas

Desde el punto de vista de la ejecución penal, y más allá de que algunas teorías criminológicas positivistas que hoy deben descartarse han intentado fijar un plazo y un método de tratamiento para los delincuentes “recuperables”, lo cierto es que nadie ha podido dar un pronóstico racionalmente cierto de cuánto tiempo hace falta “encerrar” a una persona para lograr

su “reinserción social” (¿no resulta paradójico este postulado?) y menos aún para determinar si reincidirá o no. Además, siguiendo estas doctrinas comienza a desdibujarse el límite entre pena y medida de seguridad, con el consecuente peligro para la vigencia del principio de culpabilidad como justificación del reproche.

Sin incurrir en posiciones extremas, entiendo que el derecho penal fue, es y será necesario. El “premio” o el “castigo” son uno de los mensajes comunicativos más importantes que tiene cualquier organización social y humana. En ese marco el establecimiento de escalas penales no deja de ser un límite máximo saludable al poder punitivo estatal, pero además, en alguna manera, permite enviar un mensaje preventivo simbólico a la sociedad, clasificando la entidad de los bienes jurídicos según las penas mínimas y máximas con que son protegidos.

Ahora bien, distinto es el caso de los tipos de pena o reacción frente al delito que se pueden aplicar. En este campo, la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos a nuestro texto constitucional implica ya un avance notable en cuanto a la prohibición de reimplantar en nuestro código penal la pena de muerte (art. 4 incisos 2 y 3 C.A.D.H.).

Además, la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de igual jerarquía, también vedan la imposición de penas inhumanas (art. 16 inc.1° CAT). Sobre este tema volveremos más adelante.

Así, la pena de prisión, por las circunstancias en que se cumple y ejecuta, se encuentra hace ya bastante tiempo siendo objeto de revisión y análisis, postulándose aún en posiciones más conservadoras su derogación para delitos leves o medianamente leves o su aplicación estrictamente subsidiaria a otros tipos de pena más leves (servicios comunitarios, multa, etc.) o la atenuación de sus efectos nocivos bajo modalidades de cumplimiento extra penitenciarias (vgr. prisión domiciliaria).

Varios estudios serios han descripto las pésimas condiciones en que el Estado ejecuta la pena de prisión (cfr. Comisión Provincial por la Memoria, Comité Contra la Tortura, “El Sistema de la Crueldad II. Informe sobre violaciones a los derechos humanos por fuerzas de seguridad de la Provincia de Buenos Aires 2005-2006”. Buenos Aires, 2006, Capítulo II pág. 35 y ss). También ello ha sido objeto de conocidos fallos nacionales e internacionales, que dan cuenta del estado de emergencia que se registra en la materia (cfr. Fallo CSJN causa V856/02 “Verbitsky, Horacio (representante del CELS) s/ habeas corpus”. “Caso de las Penitenciarias de Mendoza, Argentina” C.I.D.H., etc.). También esta situación es pública y notoria para todos los operadores del derecho y aún para la ciudadanía. Los relatos o documentales relacionados con la vida en las cárceles, las circunstancias y situaciones que llegan a oídos o pueden constatar de visu los operadores del sistema, las subculturas internas, la selectividad criminalizante del sistema (Zaffaroni, ob cit. pág. 7 y ss.) y demás cuestiones son por todos bien conocidas y dan fundamento a aquellas expresiones que las tildan muchas veces de verdaderas “escuelas de la delincuencia”.

Digo esto, porque no podemos teorizar sobre la pena privativa de la libertad, sin tener en cuenta la realidad cruel de las condiciones en que esta se ejecuta, sobre todo en países con escasos recursos económicos. Por otra parte, no dejo de reconocer los ingentes esfuerzos de

tantos operadores del sistema y organizaciones no gubernamentales (vgr. APT, CICR, CELS, etc.), desde distintos ámbitos, para intentar revertir o mejorar esta situación.

Tampoco podemos dejar de mencionar el carácter subsidiario y de última ratio del derecho penal, circunstancia que debe analizarse debidamente al momento de fijarse una política criminal por parte del Estado, máxime cuando por momentos existe una inflación del derecho penal que lo torna simbólico, pero que expone a cualquier persona a quedar involucrada en un proceso penal (Silva Sanchez, J.M., "La Expansión del Derecho Penal", Civitas, Madrid, 1999, pág. 66; Virgolini, J.S. Estudio Preliminar, pág. 19, 35 y ss. en Sgubbi, Filippo "El Delito como riesgo social", Abaco, Buenos Aires, 1998 pág. 36) o bien, cuando debido al grado de corrupción social o generalizado no existe ya una frontera bien definida entre lo que es y deja de ser delito.

Para terminar, no podemos dejar de citar la opinión de Roxin (ob cit. pág. 103 apartado d) quien más allá de analizar las distintas doctrinas relacionadas con la fundamentación de la pena y atento la expresa mención que se hace en el texto de la Constitución alemana, concluye como jurista que *"la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales"*.

En todo caso, corresponderá distinguir dos momentos. Uno el del juicio de imposición de la pena como "retribución y prevención simbólica" enviando ese mensaje social de que, quien infringe una norma penal, recibe una sanción proporcionada (vgr. 10 años de prisión) y con los límites previstos en el Código Penal y el principio de culpabilidad. Y un segundo momento, el de la ejecución, en la que ésta se regirá indudablemente por el principio de resocialización o readaptación social del delincuente y teniendo en cuenta el monto de la pena impuesta como medida máxima de cumplimiento, pero ello no quita que la misma pueda verse morigerada o suprimida en sus efectos (vgr. no puede estar el penado más de 10 años, pero puede cumplirse antes de ese plazo bajo ciertos requisitos).

Para este trabajo, he tomado también en consideración entre otra bibliografía, jurisprudencia y doctrina, la expuesta recientemente por nuestra Corte Suprema de Justicia en los fallos "Gramajo" y "Estévez" (Fallos 519:XLII "Recurso de Hecho Estévez, Cristián Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado" del 8/6/2010 y "Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa" del 5/9/06.) en los que la Corte Suprema opina y se introduce sobre cuestiones relacionadas con los fines de la ejecución penal y la duración de las penas.

LOS FINES DE LA EJECUCION PENAL A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Nuestra Constitución Nacional en su artículo 18 establece que *"...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda otra medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella*

exija, hará responsable al juez que la autorice". Es decir, que en una interpretación dinámica y armónica con los tratados incorporados con igual jerarquía en la reforma de 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.) excluye tajantemente el cumplimiento de cualquier pena con fines de castigo, debiendo revisarse las penas a efectos de que no se los mortifique en su dignidad más allá de lo que autoriza excepcionalmente la Constitución y la ley.

Por su parte, la ya citada Convención Americana de Derechos Humanos también prohíbe en su artículo 5 inciso 2° la imposición de *"penas... crueles, inhumanas o degradantes"* y en el inciso 6° dispone que *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados"*.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 7 también prohíbe la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes, mientras que en el art. 10 inciso 3 se establece expresamente que *"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados..."* mientras que el art. 14 inciso 4° nuevamente y en relación a los menores, dispone que cualquier medida deberá tender a *"estimular su readaptación social"*.

Sobre este punto resulta de interés la opinión de Zaffaroni (Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales en El Derecho Penal Hoy, Del Puerto, Buenos Aires, 1995) en relación a que los citados instrumentos internacionales no legislan acerca de los fines de la pena (cuestión doctrinaria hartamente discutida), sino que establecen objetivos *"re socializadores"* al momento de plantear su ejecución. El autor efectúa un análisis crítico de las ideologías *"re"*, pero concluye que debe seguir postulándose un discurso en este sentido aunque, reinterpretado a la luz de los tratados de derechos humanos, implica ahora el ofrecimiento al condenado de un tratamiento no coactivo, que dispense un trato humano, lo menos deteriorante posible y tendiente a disminuir la situación de vulnerabilidad que lo mueve a confrontar con el sistema penal.

A su vez, la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, también prohíbe en su art. 16, inciso 1° *"...actos que constituyan tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el art. 1..."*.

Aquí conviene distinguir entonces tres tipos de conductas prohibidas:

-Por un lado la tortura definida por el art. 1 de la C.A.T.: *"...todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su conocimiento o aquiescencia"*.

-Además, los tratos crueles, inhumanos o degradantes a los que si bien el Tratado no define, no puede entenderse que sean todos aquellos dolores o sufrimientos que se inflijan por mera crueldad y no con los fines expuestos para el caso de la tortura, como el de lograr una determinada declaración o confesión (vgr. tratar al prisionero como un número, escupirlo, aislamiento total, prohibición absoluta de visitas, etc.)

-Por último, las penas crueles, inhumanas o degradantes. Es decir, se refiere a las penas impuestas legalmente y no otras.

Esta distinción es importante a mi modo de ver porque, humildemente entiendo, que en algunos fallos se pretende justificar la imposición de la pena de prisión perpetua, accesoria por tiempo indeterminado o muy prolongadas en el tiempo (vgr. 34 años y 6 meses) aludiéndose a un texto aclaratorio que sólo rige para la tortura. En efecto, al final del art. 1 del citado convenio internacional se dispone expresamente que: *“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”*.

Es decir, este texto aclaratorio supone en primer lugar la imposición de una sanción legítima –que no será ninguna pena cruel, inhumana o degradante- y dispone que los dolores o sufrimientos inherentes o incidentales a éstas no se considerarán tortura. Es decir, que si un imputado luego de una condena confiesa, no puede decirse que la condena fue un instrumento de tortura por parte del Estado o bien que el Estado lo “torturó” para que confesase, o que la tortura consistió en la privación de la libertad en un establecimiento penal.

En cambio, cuando se cuestiona a la pena perpetua por ser considerada cruel y/o inhumana y/o degradante, no se puede invocar a mi modo de ver como respuesta que el “encierro de por vida” es una mera consecuencia necesaria que se desprende de una condena, sino que se apunta a discutir la legitimidad de la sanción en si misma.

Y aquí entiendo, hay una diferencia sustancial en la argumentación y para ser más explícitos pongo este ejemplo. Si en un país está autorizada la pena de muerte y el Estado en el que se aplica se hubiera obligado por esta Convención, entonces la defensa podría plantear que se trata de una pena cruel, inhumana o degradante por suprimir la vida de una persona y no podría rebatirse este argumento diciendo que la supresión de la vida es una consecuencia “inherente o incidental” a la pena capital. Al respecto se ha señalado que *“Es importante destacar que un acto no puede justificarse como una sanción legítima por el solo hecho de ser previsto en una legislación nacional, sino que también debe conformarse con los estándares internacionales”* (cfr. OPCAT, IIDH y APT, San José, 2004, pág.22 nota n° 7) y aún por qué no, constitucionales.

Por último, y en lo que hace a la invocación de textos constitucionales, nuestra Carta Magna provincial en su artículo 21 dispone que *“Las penas privativas de la libertad tienen como fin la reeducación y la reinserción social de quienes las sufren”*.

Antes de introducirnos entonces en el análisis concreto de las cuestiones a tratar y como ya se señalara, entiendo que como juristas debemos adoptar la posición de Roxin, en cuanto que, ante la evidencia de los preceptos constitucionales, debemos considerar la ejecución de cualquier pena privativa de la libertad bajo el principio de “resocialización o readaptación social del delincuente” por ser esta la directiva impresa en nuestro orden constitucional.

Al respecto se ha señalado que: *“analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 - regla 63 y siguientes-), constituyendo ‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.)”* (Fallo: “Giménez, Miguel A. s/ Tenencia de Arma de Guerra, Robo Calificado y daño Expte. 165-989, TOC N° 1 de Necochea rta. 4 de junio de 2002 del voto de María Angélica BERNARD).

Al respecto, señala el Dr. Petracchi en el fallo “Gramajo” que: *“...por lo demás, el objetivo de reinserción social de la pena privativa de la libertad que indica la Convención Americana de Derechos Humanos es predicado, justamente de una pena, que para ser tal habrá de estar necesariamente limitada por el principio de culpabilidad. Dicha finalidad, por otra parte, se limita a imponer al Estado el deber de estructurar la ejecución penitenciaria de dicha sanción de tal modo que, dentro de lo posible, colabore activamente para superar los posibles déficits de socialización del condenado y que cuando menos no provoque un efecto contrario al deseado. Realizar un esfuerzo serio en este sentido constituye, por lo demás, un imperativo tanto de la razón práctica como de la solidaridad humana con el autor del delito. Pero desde ningún punto de vista puede entenderse que tales fines pueden lograrse con prescindencia del principio de culpabilidad y de la prohibición de exceso”* (consid. 36)

Por otra parte, así lo declama nuestra Ley de Ejecución Penal (Ley 24.660), al disponer que *“La ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”* (Art.1). Además, le impone al Servicio Penitenciario la obligación de *“utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”* (art. 1).

Por su parte el art. 6 del citado cuerpo normativo establece el “régimen de progresividad” que obviamente se relaciona con los fines de reinserción social establecidos en la ley, *“procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semi*

abiertas, abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina”, autorizando la promoción excepcional en distintas etapas conforme su evolución (art. 7) o bien el retroceso en caso de que incurra en faltas disciplinarias (art. 89). Nótese entonces que el espíritu de la ley, que incluso impone un trato digno y no discriminatorio (arts. 8 y 9), procura en todos los casos la readaptación social del interno y por ello, si bien efectúa de antemano una distinción entre los tipos de pena para acceder a los distintos beneficios, lo cierto es que favorece a quienes procuran evolucionar y posterga a quienes no cumplen con las reglas de conducta o no se esfuerzan por mejorar su concepto.

Lo propio dispone nuestro Reglamento Interno de Unidades Carcelarias de la Provincia de Salta: *“El Servicio Penitenciario Provincial es el organismo técnico de seguridad y defensa social que tiene a cargo la custodia y guarda de los internos procesados y penados con la finalidad de lograr que los condenados adquieran la capacidad de comprender y respetar la ley posibilitando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad procurándose la separación de internos procesados de los condenados”*.(art. 1 R.I.U.C.), estableciendo también el régimen de progresividad y la obligación de brindar a los internos un trato digno y no discriminatorio (arts. 2,3, 4 y ss.). Por último destaco que el art. 5 dispone que *“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. Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno”*.

Existe pues aquí un mandato expreso para el Estado de garantizar las condiciones para obtener como meta la resocialización de cada condenado.

Es verdad, de todas maneras, que bajo pretexto de ejecutar esta manda constitucional no se pueden violar otros derechos de igual o mayor jerarquía. Por tal motivo, no desconozco que el proceso de resocialización no puede ser coactivo, y no puede, so pretexto de cumplir con el fin de la ejecución penal, violarse la garantía de la libertad de conciencia o de dirección de la propia vida.

Al respecto, recientemente se expidió el Tribunal Oral Federal de Córdoba al decir que debe establecerse un principio de readaptación social mínima: *“...una interpretación sistemática de los textos internacionales y de la C.N. permite inferir que no resulta constitucionalmente admisible en nuestro sistema legal, un programa merced al cual el Estado intentara a través de la ejecución de la pena imponer creencias y convicciones... no es admisible por ello que el Estado pretenda un programa de mejoramiento de los ciudadanos por medio de la imposición de un sistema de valores o plan de vida estimado objetivamente mejor (cfme. Jose Daniel Cesano. Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria. Ed. Alveroni, pág. 117). Debemos limitarnos por ello a pretender la obtención por parte del interno de una conducta respetuosa con la ley y los derechos de los demás..... a los fines de un adecuado control judicial sobre los aspectos relacionados al tratamiento penitenciario, resultan necesarias pautas objetivas y externas de mensuración y merituación de dicho proceso de resocialización, pues de lo contrario*

corremos el riesgo de caer en la construcción de conjeturas acerca de futuras acciones del interno sólo sobre la base de interpretaciones técnicas relacionadas con su estructura de personalidad, convicciones, actitudes, etc...” ; y que: “el principio de resocialización mínima limita la valoración a conducta exterior del penado, durante la etapa de ejecución de pena, estando vedada la merituación de aspectos concernientes a la personalidad del interno, sean estos asertos de corte psicológico o bien que provengan de un juicio inicial de peligrosidad con sustento en la mera condición de reincidente, por resultar reñidos con el principio de lesividad, reserva y garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, por lo que mal pueden valorarse para denegar la libertad condicional” (cfr. TOF Córdoba “Gómez, Roque s/Legajo de Ejecución Expte. 06/08” a.i. del 27 de julio de 2010 y “Pistrini” a.i. nº 42/2004).

Y también el Dr. Fayt señaló en su voto del fallo “Gramajo” que: *“23) Que como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o el carácter de las personas, posición que esta Corte no consiente, toda vez que lo único sancionable penalmente son las conductas de los individuos...significaría en última instancia, desconocer la doctrina según la cual ningún habitante de la Nación puede ser privado de su dignidad humana aunque su conducta haya sido reprobada”.*

Pero si es cierto, que compete al Estado respetando esta autonomía moral de la persona desarrollar los estudios penológicos, criminológicos, sociales, psicológicos, antropológicos necesarios a efectos de determinar cuál será ese “piso mínimo” de acciones tendientes a lograr la reincorporación el sujeto a la sociedad y me atrevería a decir, aún sin contar siempre con la cooperación del condenado habida cuenta que puede presentar sus lógicas reservas ante la proposición de un tratamiento. El Estado deberá generar aquellos mecanismos necesarios –no coactivos- para que hasta el más “rebelde”, pueda convencerse de emprender este camino propuesto , para lo cual habrá que invertir mucho en la investigación del fenómeno criminal desde sus múltiples aristas, a fin de buscar en cada caso esa respuesta individual y adecuada que exige nuestra Constitución. Entiendo también que, con las falencias presupuestarias existentes y las múltiples necesidades que el Estado debe atender, esta cuestión pocas veces fue abordada con los recursos y seriedad necesaria. Pero, entonces, la reincidencia o recaída en el delito es en muchos casos una responsabilidad compartida del delincuente con el Estado y revela en todo caso el mayor grado de vulnerabilidad de éste (Vitale, Gustavo L. “Inconstitucionalidad de la Reincidencia: Dos Fallos Ejemplares” publicado en www.pensamientopenal.com.ar; Zaffaroni, Los Objetivos del Sistema Penitenciario y las Normas Constitucionales en El Derecho Penal Hoy, Del Puerto, Buenos Aires, 1995).

En definitiva, más allá de las críticas que se efectúan desde las posiciones abolicionistas -que abrevan en este punto muchas veces en el materialismo histórico- entiendo que no existe otra forma de vivir en la sociedad actual y por tanto de “resocialización”, que otorgándole al condenado la posibilidad de acceder a herramientas valorativas, educativas y

laborales que le permitan volver a reinsertarse en el circuito social. Entiendo que el ideal constitucional de la reinserción del condenado no puede estimarse por fracasado cuando todos conocemos la ausencia de inversión estatal en la materia. Por lo demás, por tratarse de un grupo socialmente vulnerable, no hay dudas de que requiere de mayores acciones positivas en la materia. No podemos decir que el la cárcel sea necesariamente una herramienta funcional al capitalismo, porque incluso los regímenes que propugnan ideologías contrarias también la emplean, al menos en un estadio de transición revolucionaria pero que en los hechos nunca termina.

En todo caso, todas estas cuestiones por la complejidad y multidisciplinariedad del campo de la investigación de las conductas del hombre requerirán un mayor debate en otro ámbito y una profundización que exceden el marco de este trabajo. Pero también se evidencia la necesidad de que los operadores del sistema cuenten con un gabinete especializado nutrido con profesionales y estudiosos en estas áreas de las ciencias sociales a fin de encontrar un sólido asesoramiento a la hora de la adopción de decisiones tan graves como la privación de la libertad, la imposición de un tratamiento o la liberación de un condenado.

LAS PENAS PERPETUAS Y SITUACIONES EQUIPARABLES EN NUESTRO CODIGO PENAL

Voy a referirme ahora a los casos que pretendo poner a prueba frente al “*standar*” constitucional antes expuesto.

a) Existen en nuestro código penas perpetuas para ciertos delitos:

Así lo prevén la Ley 26.200 para casos de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y actos de agresión en los que resultare la muerte de una o más personas (arts. 8, 9 y 10); los homicidios del art. 80 del Código Penal (homicidios agravados 10 supuestos), delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal; Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal; secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal; delitos que atenten contra la seguridad de la Nación en las condiciones del art. 215 del Código Penal, o los declarados “traidores a la patria” en los términos del art. 227 del Código Penal que atenten contra el régimen constitucional y la vida democrática. Admito que puedo haberme olvidado de alguno habida cuenta las constantes modificaciones al régimen penal que padecemos.

La cuestión de la constitucionalidad de las penas perpetuas ha sido arduamente discutida desde hace ya bastante tiempo en el extranjero, tanto en Italia como Alemania (ver antecedentes históricos en Zaffaroni ob cit infra. pag. 944), pronunciándose mayoritariamente en forma favorable y alegando distintos motivos.

La imposición de penas perpetuas ha sido justificada tangencial y recientemente en los fallos de nuestra Corte antes citados. También lo hizo la Cámara Nacional de Casación Penal (C.N.Cas.Pen. Sala I “Castro M.” del 11-11-02 L.L. 2003-D-603/611).

En este sentido, adelanta el Dr. Zaffaroni en el considerando 7° de su voto en el fallo “Estevez” (519:XLI) que *“...podría discutirse en casos particulares si la cuantía de la pena implica directa o indirectamente la cancelación total de la vida de la persona conforme las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como la reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente...”*. Al respecto agrega en el considerando 33 que *“Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5°, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos el término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización”*.

Y que: *“Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por inocuización. No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, lebenslange o ergastolo sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente a la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional (Fallos 329:2440)”*.

Ello, resulta compatible con el voto del Dr. Petracchi en “Gramajo” en cuanto que *“...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 individuo, en algún momento, habrá de poder convivir en sociedad pacíficamente impone al legislador y a los jueces el deber de asumir los posibles riegos de la libertad del condenado, pues no hay readaptación social sin perspectiva real de libertad”* y que: *“el Tribunal Constitucional Alemán sostuvo que una custodia de seguridad de larga duración, en casos de peligrosidad permanente, es compatible con la dignidad del hombre en la medida que se respete la autonomía del individuo, y se oriente la ejecución penitenciaria hacia la creación de los presupuestos para una vida responsable en libertad. Dicho Tribunal legitimó la “indeterminación” del plazo máximo de duración de la custodia, pero bajo la exigencia expresa de que el juicio acerca de la necesidad de subsistencia de la privación de libertad sea fundado cada vez con mayor cuidado a medida que la detención se extiende en el tiempo”* (consid. 30 y 31). Asimismo, el Dr. Petracchi cita la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos “Van Droogenbroek” y “Thynne”, “Wilson” y “Gunnell”, “Weeks”) en las que se confirmó la

constitucionalidad de encierros perpetuos pero siempre que se asegure un control judicial de las condiciones para la liberación o fundamentos del encierro y de que haya existido un examen concreto de la situación del afectado (consid. 44).

También el Dr. Fayt en su voto de "Gramajo", luego de analizar el origen de las penas eliminatorias a lo largo de la historia de la humanidad y en nuestro país, afirma que *"...la idea de un Estado de Derecho que imponga penas por hechos delictivos es clara, pero la de un Estado que "elimine" a las personas "molestas" o "peligrosas" no es compatible con nuestra Constitución Nacional. Se trata de una genealogía que choca frontalmente con las garantías de nuestra ley fundamental, en la que resulta claro que esa no puede ser la finalidad de la pena, por cuanto contradeciría la naturaleza del Estado de Derecho; como tampoco el objetivo denominado de "aseguramiento" frente a la presunta "peligrosidad" puede ser la razón que habilite la imposición de una medida de estas características"* (refiriéndose a la reclusión accesoria por tiempo indeterminado).

Por lo cual, se concluye que la pena de prisión perpetua en sí no sería inconstitucional, pero siempre y cuando exista una posibilidad razonable de liberación anticipada. Es decir, si la pena perpetua no es perpetua, lo cual implica con todo respeto un contrasentido.

Ahora bien, tengo por cierto que de declararse la inconstitucionalidad de las penas perpetuas en la actualidad se generaría un estado de gravedad institucional aún peor, habida cuenta que los delitos más graves quedarían totalmente impunes. Por ello, urge una reforma legislativa integral que contemple esta cuestión. Entiendo además que, para honrar el principio de legalidad, resultaría imposible la aplicación analógica de otras escalas penales alternativas, aún a favor del reo.

Al respecto señala Zaffaroni (945 pto 4) que *"...toda pérdida o afectación de derechos proveniente de una consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica imborrable durante toda la vida de un sujeto. De aceptarse lo contrario, la ley estaría creando una capitis diminutio o la muerte civil, con la consecuencia que de ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados de por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible. Esta posibilidad es inadmisibles incluso en los delitos más graves, cualquiera sea la teoría de la pena que se sostenga, puesto que por grave que sea el delito siempre es indispensable prever un momento en el cual, después del cumplimiento o extinción de la pena, la huella jurídica del delito se extinga definitivamente"*

Ahora bien, suponiendo que el estatus quo de la constitucionalidad de las penas perpetuas se mantenga vigente por un tiempo o para siempre, veamos si en nuestro régimen jurídico la cuestión de vías de revisión periódicas y liberación anticipada están debidamente regladas.

La imposición de penas perpetuas en nuestro Código Penal resultarían en principio constitucionales, puesto que de no reunir el condenado la condición de "reincidente" conforme

los requisitos previstos por el artículo 50 del C.P. y por interpretación a contrario sensu del art. 14 del C.P., conforme lo prevé el art. 13 del mismo cuerpo normativo, aquellos condenados a penas de prisión o reclusión perpetua, podrán obtener la “libertad condicional” luego de cumplidos 35 años de la condena impuesta. Transcurridos cinco años más y cumplidas todas las reglas impuestas, podrán acceder a que se considere cumplida la totalidad de la misma y en consecuencia se declare extinguida (art. 16 C.P.). Corresponde mencionar que en el punto g) de este trabajo nos centraremos en la crítica de aquellos casos especiales en que tampoco podrán acceder a la libertad condicional los autores de ciertos delitos (art. 14 C.P. segundo párrafo).

De esta manera, la pena perpetua en realidad no lo sería del todo, habida cuenta que, el artículo 13 del C.P. autoriza a la revisión de esta medida y, eventualmente, a considerar el egreso del penado bajo el régimen de la libertad condicional.

Asimismo, podrá acceder con anterioridad a la libertad condicional al régimen de “Salidas transitorias” para afianzar y mejorar lazos familiares, para cursar estudios o participar en programas específicos de pre libertad en miras a la obtención del beneficio de la libertad condicional o al programa de Semilibertad para trabajar (a los 15 años art. 16 y ss. L. 24660) y al régimen de Libertad Asistida (art. 54 L. 24.660) salvo que su egreso pueda constituir un grave riesgo para el condenado o para la sociedad.

Ahora bien, para ser bien gráficos propongo el siguiente análisis, teniendo en consideración la edad en que se impone la pena, edad en la que accedería a beneficios Ley 24.660, cuándo podría acceder a la libertad condicional (siempre que cumpla con los requisitos legales del art. 13 C.P.) y finalmente a que se considere extinguida la pena (art. 16 C.P.) .

Edad a fecha Condena	Sal. Transit./Semilib.	Libertad Condicional	Extinción de la pena
18	33	53	58
20	35	55	60
25	40	60	65
30	45	65	70
35	50	70	75
45	60	80	85

Nótese que aún la aplicación de los beneficios de la ley 24.660 no atenuarían su imposición, habida cuenta su excesiva prolongación hasta la fecha en que el penado podría acceder a la libertad condicional (vgr. ¡20 años de régimen de semi-libertad!). Resulta igualmente necesario mencionar que en el punto f) de este trabajo se postula la inconstitucionalidad del art. 56 bis de la ley 24660 (ref. Ley B.O.) por prohibir a los condenados a pena perpetua por los delitos allí mencionados, la posibilidad de acceder a éste régimen.

Recordemos igualmente que para ciertos casos extremos, a juicio del Tribunal, existe la posibilidad de imponer la prisión bajo régimen domiciliario (art. 10 C.P. y 32 de la Ley

24.660), cuando razones humanitarias impiden que el condenado cumpla detención en un establecimiento carcelario. Estos casos son: a) El interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario, b) Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal, c) Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel; d) Al interno mayor de 70 años, e) a la mujer embarazada, f) a la madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Conviene aclarar que no incluyo a los menores (16 o 17 años) dado que a partir del fallo “Maldonado” (1022:39) de nuestra Corte Suprema, la imposición de penas perpetuas encuentra fuertes objeciones constitucionales que impiden su imposición. Así, entendió en lo sustancial que las mismas no debían aplicarse a niños en conflicto con la ley penal habida cuenta los fines resocializadores tenidos en mira en la Convención de los Derechos del Niño, como así también la necesidad de velar por su “interés superior” y el principio de subsidiariedad de la pena (arts. 3° y 37 inciso “b” de la C.D.N. de rango constitucional art. 75 inciso 22 C.N.) y los instrumentos de derecho internacional citados; descartándose toda validez definitiva a los pronósticos de peligrosidad y por aplicación del principio de culpabilidad por el hecho que, en el caso de los menores, obliga a formular un reproche menor a los imputados dada la lógica inmadurez que presentan debido a su juventud. Por último, la sola previsión de las penas perpetuas para menores se encuentra siendo objeto de discusión a raíz de una denuncia presentada en contra del Estado Argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ahora bien, yendo al análisis de la ley vigente y si partimos de las personas más jóvenes y teniendo en cuenta la expectativa de vida según el Indec en el año 2001 (Indec: Datos correspondientes al año 2001 en www.indec.gov.ar) entre 70,04 para los varones y 77,54 para las mujeres resultando 73,77 la media del país y más específicamente para la Provincia de Salta 68,73 para los varones y 75,24 para las mujeres, resultando la media de 71,88, por lo que tenemos entonces que éstos pasarían el mayor tiempo de su vida activa en prisión más que gozando de su libertad. Otros, saldrían al final de su vida activa con menores chances de reinserción social y laboral. Por último, los adultos mayores o enfermos, salvo por aplicación del beneficio de la prisión domiciliaria, encontrarían la muerte en prisión.

Todo lo cual, sumado a las reales condiciones de ejecución de las penas privativas de la libertad antes apuntadas, el efecto denigrante de la “institucionalización” prolongada y la posibilidad de que con motivo de la violencia interna pueda cometer algún nuevo delito intra muros, se puede afirmar irónicamente y con facilidad de que sería menos cruel la pena de muerte que nuestro régimen actual de prisión perpetua.

Repito nuevamente, no digo que la pena perpetua en sí sea inconstitucional, sino que las actuales condiciones de su ejecución no permiten su revisión periódica y que existe una

clara discriminación en perjuicio de aquellos condenados que han encarado responsablemente el tratamiento de resocialización frente a aquellos que lo rechazan.

Y es que al igual que se discutió en el fallo “Gramajo” respecto de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, la imposición de la pena perpetua se efectúa como resultado de un juicio de reproche luego de cometido el delito. Pero una vez, iniciada la ejecución de la pena, el nuevo paradigma debe ser la resocialización del delincuente y, en este caso, la “peligrosidad” del mismo queda definida arbitrariamente por el legislador en la ley impidiéndole salir al condenado antes de cumplidos los 35 años de prisión efectiva, lo que implica casi una vida.

Conviene aclarar que el tope de 35 años para que el condenado a pena perpetua pueda acceder al beneficio de la libertad condicional fue impuesto por la reforma de la Ley 25892 (B.O. 26/05/04) por influencias de la presión de la opinión pública ante un resonante caso (caso Blumberg). Con anterioridad se preveía un plazo de 20 años (Ley 11179 B.O. 16/01/85) cuando soplaban sin duda vientos más democráticos en nuestro país. Entiendo que este último régimen que resultaba más adecuado como se refleja en la tabla que sigue, teniendo mayor sentido la posibilidad de acceder a los beneficios de la Ley 24.660 previos a la libertad definitiva que durarían tan sólo 5 años:

Edad a fecha Condena	Sal.Transit./Semilib	Lib. Condicional	Extinción de pena
18	33	38	33
20	35	40	45
25	40	45	50
30	45	50	55
35	50	55	60
45	60	65	70

Con lo cual, el nuevo régimen, a mi criterio por resultar más gravoso resultaría a todas luces inconstitucional. No sólo, para los jóvenes, que se verían privados de su reinserción social y laboral tempranas sino también para las personas ya adultas que carecerían de posibilidad alguna de reinsertarse a la vida activa nuevamente.

Tal como se señaló en “Gramajo”, análogamente se puede decir que este juicio de “peligrosidad” del delincuente -efectuado por el legislador de 2004- es del todo arbitrario y contrario a los principios constitucionales. En efecto señala el Dr. Petracchi (Consid 38) que “...la imposibilidad de pronosticar conductas delictivas respecto de quienes aún merecen ser considerados ciudadanos no sólo va en contra de principios fundamentales de un estado liberal de derecho. Tales pronósticos resultan además, casi imposibles de sostener racionalmente en la práctica...la criminología se ha ocupado de señalar, una y otra vez la imposibilidad de pronosticar la reincidencia... Una incertidumbre que basta por sí para cuestionar reglas de estas características”

Por lo cual entiendo que una posibilidad, en caso de que el imputado se encuentre en condiciones de acceder a la libertad condicional antes de cumplir el plazo de 35 años y al menos transcurrido el de 20 años que preveía el régimen anterior, podría solicitarla planteando la inconstitucionalidad del tope legal impuesto. Además, el plazo de veinte años como se intuye de la explicación que formula Zaffaroni (pag.944) puede tomarse de una interpretación armónica con el artículo 65 del C.P. que establece que las penas perpetuas se prescriben a los 20 años. Por tal motivo, si el Estado expresa que pierde interés en hacer cumplir la pena a quien se encuentra condenado a prisión perpetua pero prófugo y aún más, garantizándole la impunidad luego de transcurridos los 20 años, no puede imponerle un régimen más gravoso que para el que efectivamente la está cumpliendo. También, porque no, podría solicitarla antes de ese plazo siempre y cuando se acrediten condiciones favorables a la readaptación social del interno y aún podría pedirse al menos la morigeración del cumplimiento de la pena por la modalidad domiciliaria.

También, como lo aconseja el Dr. Zaffaroni, entiendo que la defensa también puede invocar el régimen previsto por la Ley 26.200, por medio de la cual se ha implementado el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para la represión de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión(art. 5). En ese marco, el art. 47 que trata de la “Ejecución de las Penas” efectúa un reenvío al art. 103.1 y ss. del Estatuto de Roma que justamente trata este tema. Resulta llamativo que dicho instrumento internacional que reprime los delitos más graves que pueden existir (hablamos de crímenes de guerra y lesa humanidad con alcances masivos) dispone en el art. 110 la posibilidad de que la Corte penal Internacional reduzca la pena impuesta por revisión, y admite esta posibilidad a los 25 años del cumplimiento de las penas perpetuas (ver consid. 36 y ss. del voto del Dr. Zaffaroni en Fallo “Estévez” ya citado). Es decir, el régimen de la pena perpetua en el Estatuto de Roma resulta más benigno que nuestro régimen de libertad condicional para condenados a pena perpetua por delitos graves pero comunes.

Resulta además interesante que este régimen prevé una pena máxima 25 años (art. 8° que se aparta del máximo de 30 que prevé el art. 77 del Estatuto) o bien la perpetua en los casos en que cuando mediaren una o más muertes (que agrava el régimen del art. 77 del Estatuto que la prevé en casos de extrema gravedad y atendiendo a las condiciones personales del imputado). Es decir que un homicidio agravado por el art. 80 del C.P. es penado más gravemente que un crimen de guerra o de lesa humanidad de gran escala (vgr. esterilizaciones masivas, torturas, experimentos biológicos en humanos, confinamientos masivos, causar lesiones mentales o físicas graves, esclavitud, apartheid, etc- mientras no causen muertes).

Por último, para tener una idea del universo de casos, pude obtener del Registro Nacional de Reincidencia la siguiente estadística en relación a penas perpetuas impuestas: Año 2008: Bs.As.: 16, Cap.Fed.: 11, Catamarca: 0, Cordoba: 11, Corrientes: 6, Chaco: 5, Chubut: 0, Entre Rios: 3, Formosa: 0, Jujuy: La Pampa: 1, La Rioja: 0, Mendoza: 5, Misiones: 3, Neuquen: 1, Rio Negro: 2, Salta: 6, San Juan: 4, San Luis: 1, Santa Cruz: 0, Santa Fe: 6, Stgo del Estero: 0, Tierra del Fuego: 0, Tucumán: 0, Total: 83 (sobre un total de 40.671 penas impuestas)

Es decir que, afortunadamente la imposición de penas perpetuas no es muy frecuente en el universo de penas impuestas lo cual, más que justificarlas, nos obligaría en materia de política criminal a adoptar una posición más limitativa de las mismas y obliga a la autoridad a realizar mayores esfuerzos en los tratamientos tan circunscriptos que deben aplicarse.

Posibles soluciones. Además de la necesaria reforma legislativa que derogue las penas perpetuas -salvo para los casos del Estatuto de Roma - y ante la evidente inconstitucionalidad de la norma por resultar eliminatória, debe establecerse un régimen de revisión periódica de menor extensión (vgr. cada 10 años).

En este punto es dable traer a colación la opinión de Ferrajoli, quien en base a estudios criminológicos concluyó que *“Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y acaso, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo, pongamos, de 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tras un largo o acaso interminable período haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión. Y sería posible por las mismas razones que están en la base de la crisis de la cárcel: la eficacia disuasoria y estigmatizante alcanzada, en la actual sociedad de los medios de comunicación, por el proceso y la condena pública, más que por la ejecución de la pena privativa de libertad”*

Y agrega que *“el progreso cívico y cultural, que hace hoy intolerables los sufrimientos inútiles o en cualquier caso excesivos; el hecho de que, guste o no guste, en la actual sociedad informática las funciones de seguridad y de prevención general de los delitos tienden a ser satisfechas mucho más por las funciones de policía que por la amenaza de las penas. El objetivo de la inmediata reducción del límite máximo de la pena a diez años de reclusión, por otra parte, no es en absoluto irrealista. Ya actualmente en Italia, tras la reciente ley de 1986, la pena de cadena perpetua ha desaparecido de hecho, al ser posible su conmutación después de quince años por la medida de semilibertad y poco después por la libertad condicional...La flexibilidad de la pena producida por las medidas alternativas ha sido antes criticada por la estrategia correccionalista que la informa, por los caracteres de falta de certeza y de arbitrio extra-legal....”*

.....Y para no abusar del recurso a la cita, pero movido por la profundidad de su razonamiento, corresponde destacar su visión del condenado frente a las penas perpetuas: *“Que una persona a distancia de decenios cambia radicalmente es un hecho que puede ser asumido como cierto con carácter general, sin necesidad de una decisión específica en cada caso; y justifica por consiguiente la reducción para todos de las penas legales más que su arbitraria flexibilidad. Además, una vez que la pena privativa de libertad resulte sustituida para los delitos más leves por las actuales medidas alternativas, y reducida a 10 años o a un tiempo menor, para los más graves, dejarán de ser necesarias en sede de ejecución las revisiones de la duración de la pena en función de la buena conducta, el cese de la peligrosidad del interno o similares.... La reducción de las penas legales en lugar de su sustitución discrecional durante la ejecución permitirá, en suma, salvaguardar todos los elementos garantistas de la pena: su predeterminación legal, su determinación judicial, su certeza, su igualdad, su proporcionalidad a la gravedad del delito, la inmunidad de las conciencias frente a los modos y los tiempos de su ejecución. Y quizá, algún día, contaremos los países que conserven las penas de cadena perpetua y de varios decenios de duración, inevitablemente asociadas a los tratamientos diferenciados y a las distintas formas de*

beneficios discrecionales, del mismo modo que hoy cuentan y se deploran los que todavía conservan la pena de muerte. (cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Valladolid, 1995, pág. 414 y ss) Opinión que por su profundidad es digna de consideración y estudio.

Sin perjuicio de ello, no dudo, como se adelantara, que debe plantearse la inconstitucionalidad del plazo de 35 años previsto para que alcancen los penados la libertad condicional, siempre que el interno esté en condiciones de obtener la libertad condicional bajo el régimen de la ley antes citada y aún por aplicación de la analogía in bonam partem del artículo 65 del C.P. o de la ley 26.200 y principio pro homine, de jerarquía constitucional.

Además, la petición del indulto o conmutación de pena, resulta en estos casos una herramienta válida para que el Poder Ejecutivo evite o disminuya su responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos, no pudiendo invocar, entiendo razones de oportunidad, mérito o conveniencia para oponerse habida cuenta los derechos constitucionales involucrados.

b) Otro caso que corresponde analizar es el de aquellos condenados a pena perpetua que, fueron declarados reincidentes en los términos del art. 50 del C.P. y que por aplicación del art. 14 del Código de Fondo, no podrán obtener nunca la libertad condicional. ¿Cuándo cumplen entonces su pena?. La única solución será que se extinga por su muerte o por el indulto.

En efecto, si bien como se dijo, el artículo 13 del C.P. autoriza a los condenados a reclusión o prisión perpetua acceder al beneficio de la libertad condicional si hubiere cumplido 35 años de pena y demás requisitos allí exigidos, lo cierto es que el artículo 14 del C.P. veda la concesión de la libertad condicional a los reincidentes. Es decir, que tampoco operara jamás la extinción de la condena luego del plazo de cinco años de libertad condicional previsto por el art. 16 del C.P. y en consecuencia, la única posibilidad de extinción de esta condena para quien se encuentra cumpliéndola será el indulto, la amnistía o la muerte.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el apartado a) de este trabajo y la situación que se plantea en estos casos, puede afirmarse sin dudas que se trata de una verdadera pena eliminatoria, dado que no existiría posibilidad alguna de que el imputado recuperara su libertad en algún momento.

Posibles soluciones. Además de la derogación del artículo 14 del C.P. por su manifiesta inconstitucionalidad al oponerse al principio de resocialización consagrado constitucionalmente por parte del Poder Legislativo; y la posibilidad de solicitar al Poder Ejecutivo el indulto del reo bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional; en los casos en que el imputado se encuentre en condiciones de solicitar la libertad condicional, la defensa habrá de pedirla planteando la inconstitucionalidad de la citada norma (art. 14 C.P.) y eventualmente planteando todos los recursos necesarios a tal efecto.

Sobre el momento en que ha de considerarse que se encuentra en condiciones de acceder a la libertad condicional, nuevamente resulta de aplicación el régimen más benigno y por

invocación del principio pro homine del previsto por interpretación armónica del art. 65 del C.P. o por la Ley 26.200.

Reciente jurisprudencia ha señalado que: *“analizada aún la cuestión desde la óptica de los fines de la pena, hoy no cabe duda alguna que a partir de la reforma de la Constitución en el año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de ‘prevención especial’ o ‘readaptación social’ (art. 75, inc. 22 C.N.; art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5.6. de la Convención Americana de Derechos Humanos; y con jerarquía superior a las leyes internas, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de la O.N.U. de 1957 - regla 63 y siguientes-), constituyendo ‘un deber del Estado frente al condenado proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad’ (Francisco CASTEX, ob. cit.). En tales términos, impedir al reincidente la posibilidad de acceder a la libertad condicional es una contradicción en sí misma, ya que importa negar que la pena haya surtido su efecto resocializador en la persona del delincuente, impidiéndole reintegrarse a la sociedad, quebrantando por añadidura el principio de “igualdad ante la ley” (art. 16 C.N.), ya que por un mismo hecho asiste tal posibilidad al delincuente primario” (Fallo: “Giménez, Miguel A. s/ Tenencia de Arma de Guerra, Robo Calificado y daño Expte. 165-989, TOC N° 1 de Necochea rta. 4 de junio de 2002 del voto de María Angélica BERNARD).*

Al respecto, recientemente el Tribunal Oral Federal de Córdoba declaró la inconstitucionalidad del artículo 14 del C.P. (cfr. TOF Córdoba “Gómez, Roque s/Legajo de Ejecución Expte. 06/08” a.i. del 27 de julio de 2010 y “Pistrini” a.i. nº 42/2004) descalificando en lo esencial la imposibilidad de que un condenado (a la pena de 4 años y dos meses), declarado reincidente, que cursó estudios durante su encierro y entre otras circunstancias favorables accedió a un nivel de conducta “ejemplar”, se le impida el acceso al régimen de libertad condicional. Ello, por vulnerar la ley los principios de culpabilidad, lesividad, reserva, derecho penal de acto y autonomía moral, derecho de defensa y readaptación social mínima, principio de judicialidad y tutela judicial efectiva previstas en los arts. 18 y 19 de la C.N., los tratados internacionales con jerarquía constitucional art. 75 inciso 22 C.N. y en especial el art. 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ante la presunción de peligrosidad iuris et de iure que efectúa la norma cuestionada. ver considerando 7 in fine).

c) La reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art .52 C.P.)

El artículo 52 del Código Penal establece que: *“Se impondrá reclusión accesoria por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1 Cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años. 2. Cinco penas privativas de la libertad, de tres años o menores. Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26”.*

Afortunadamente, no me queda aquí más que reproducir las conclusiones más importantes a las que arribaron los jueces de nuestra Corte Suprema en el caso “Gramajo” (del 5/9/06) y que motivaron la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

Gramajo, era un sujeto que fue condenado a la pena de 2 años de prisión, pero además, por aplicación del artículo 52 del C.P. se le impuso la reclusión accesoria por tiempo indeterminado lo que implicaba que, cumplida la pena impuesta, le restarían cumplir otros 5 años más hasta que el nombrado pudiera acceder al régimen de libertad condicional.

El fallo es contundente y digno de lectura. Sólo reproduciré las conclusiones más importantes.

El artículo 52 establece una pena accesoria y no una medida de seguridad (ver consid 7 voto de mayoría), aludiéndose al origen histórico de la norma ligado a la pena de relegación, cuya ejecución se da en las mismas condiciones que cualquier otra pena de prisión y que resulta incompatible con el texto de nuestra Constitución, en especial a partir de la reforma de 1994.

La pena mencionada es contraria al estado de derecho y al principio de responsabilidad penal por el hecho, principio de reserva y autonomía moral de la persona (art. 18 y 19 C.N.) y abreva histórica e ideológicamente en el derecho penal de autor y las doctrinas peligrosistas y además resultaba concretamente desproporcionada en el caso puesto que la pena accesoria era mayor que la pena originalmente impuesta.

Implica además una infundada presunción de peligrosidad, con cita de Binding (“de aceptarse la peligrosidad como fundamento de la pena impuesta con el nombre que sea, sería necesaria otra revolución francesa” en “Die Normen...” Tomo II, Leipzig, 1914 pág. 464) señala a los fines del presente trabajo que cualquier sustento de peligrosidad presunta o establecida a priori en base legislativa “*carece de cualquier base científica por cuanto la peligrosidad es un concepto que reconoce una base incuestionablemente empírica... se invocaría la peligrosidad con prescindencia de si efectivamente existe o no en el caso concreto, en virtud de que una presunción en realidad significa tener por cierto aquello que en definitiva podría resultar falso*” (Consid. 26 voto mayoría).

A ello, corresponde nuevamente adunar lo expuesto por el Dr. Petracchi (Consid 38) en cuanto que “*...la imposibilidad de pronosticar conductas delictivas respecto de quienes aún merecen ser considerados ciudadanos no sólo va en contra de principios fundamentales de un estado liberal de derecho. Tales pronósticos resultan además, casi imposibles de sostener racionalmente en la práctica...la criminología se ha ocupado de señalar, una y otra vez la imposibilidad de pronosticar la reincidencia... Una incertidumbre que basta por sí para cuestionar reglas de estas características*” (con cita de Strantewerth).

Motivo por el cual, agregar la accesoria por tiempo indeterminado a una pena temporal resulta inconstitucional.

Ya nuestra Corte de Justicia de Salta, se había expedido favorablemente a la declaración de inconstitucionalidad de la norma en el fallo “Correa” (105:975) de fecha 2 de junio de 2006.

d) La reclusión accesoria del art. 80 del C.P.

El artículo 80 del Código Penal prevé como única posibilidad la imposición de penas perpetuas a quienes cometan los homicidios agravados allí previstos, salvo que existan circunstancias extraordinarias de atenuación (en cuyo caso la pena será de 8 a 25 años), efectuando un reenvío al artículo 52 del C.P., facultando al Tribunal a imponer la mentada “reclusión accesoria por tiempo indeterminado”.

La norma en cuestión, a mi entender resulta inconstitucional, no sólo por las conclusiones expuestas en el apartado a) de este trabajo, sino también en virtud de lo resuelto por nuestra Corte Suprema en el caso “Gramajo” cuyos fundamentos fueron ya expuestos en el punto c) de este trabajo, aplicables por analogía en relación a la norma que estamos analizando. En este sentido, aunque expresamente la Corte excluyó el análisis de esta cuestión en el considerando 29 (voto mayoría) del citado fallo “Gramajo” lo cierto es que tampoco era materia del recurso interpuesto en ese caso.

Ahora bien, tal como se expusiera en el punto a) de este trabajo, si ya el sistema de penas perpetuas y la posibilidad del acceso a la libertad condicional resulta en algunos casos de dudosa constitucionalidad, cuanto más si se le agregan las prolongadas restricciones previstas en el art. 52 del C.P., que implicarían sumar cinco años más de prisión al finalizarse el cumplimiento de la extremadamente prolongada pena perpetua.

Igualmente, tanto el artículo 80 como el 52 in fine del C.P. no disponen la aplicación automática de esta pena, por lo que a la luz de los principios constitucionales expuestos y hasta tanto esta ley sea derogada, resultará sumamente conveniente que los Tribunales nacionales se abstuvieran de aplicar esta pena accesoria, evitando la posibilidad cierta de hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional o bien, en todo caso, corresponderá a la defensa cuestionarla.

e) El nuevo sistema de construcción de escalas penales para los casos de concurso de delitos.

Con motivo de la reforma de la Ley 25.928 (B.O. 10/09/04) se modificó el sistema de imposición de penas en caso de concurso de delitos, estableciéndose ahora en el art. 55 del C.P. que: *“Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de 50 años de reclusión o prisión”*.

Con anterioridad, el límite estaba dado por el máximo legal de la especie de pena que se trate que, en el Código Penal era de 25 años para la prisión (por remisión al 80 último párrafo del C.P.) pero luego de la reforma introducida por la Ley 23.077 en el capítulo de los “Atentados al Orden Constitucional y a la vida Democrática” art. 227 ter del C.P. se estableció una agravante genérica al disponerse que: *“El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional”*.

Si bien no pude acceder a estadísticas en la materia, es difícil observar la imposición de penas tan altas. Sin embargo, le tocó a la Corte analizar recientemente en el citado fallo “Estévez” la imposición de una pena de treinta y cuatro años y seis meses de prisión (comprensiva de la pena de veinticuatro años de prisión impuesta por los delitos de robo agravado por el uso de armas, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa reiterado en dos oportunidades y tenencia de arma de guerra y de la pena de diez años y seis meses de prisión impuesta con anterioridad por la comisión del delito de homicidio en concurso real con lesiones leves). Si bien la defensa planteó que se trataba de una pena inhumana, cruel y degradante y por la conculcación del principio de legalidad los argumentos fueron rechazados por la mayoría de la Corte. En primer lugar, porque el Tribunal realizó una acertada aplicación del derecho común conforme la antigua redacción del art. 55 y aplicando como máximo de pena de prisión posible la aplicación al máximo de la prisión de 25 años la agravante del 227 ter del C.P..

Ahora bien, al momento de tratar en el considerando 9 el agravio respecto a que dicho monto de pena era cruel, inhumano y degradante, la Corte (en mayoría casi absoluta) opinó que la pena “per sé” no podía declararse inconstitucional, sobre todo en vista de la “extrema gravedad” de los diversos hechos por los que se condenó a Estevez, *“no advirtiéndose a partir de lo argumentado por la defensa”* (no pude tener acceso al recurso completo) *“por qué razón respecto a la impuesta al nombrado sí cabría impugnarla del modo que se intenta”*.

Sin perjuicio de que desconozco el contenido de la fundamentación de este agravio que la Corte juzgó insuficientemente motivado, lo cierto es que hubiera sido también una buena oportunidad para unificar las penas aplicando la doctrina de la “unidad de reacción penal” (Cfr. Zaffaroni, ob cit pág. 1006) o de la “composición” a fin de eliminar la ficción que implica la ejecución en paralelo de dos penas. Si una es de veinticuatro años, es evidente que la de 10 años y seis meses se hará en paralelo con la otra.

En fin, me detendré nuevamente en la cita de única disidencia del Dr. Zaffaroni. El citado Magistrado opina que por obra de la Ley 26.200 antes citada, el máximo de la especie de pena prevista para la prisión, por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna vuelve a ser la de 25 años de prisión.

En lo que interesa a este trabajo, Zaffaroni fustiga las penas prolongadas y critica decididamente la imposición de una pena de cincuenta años de prisión como autoriza el actual régimen, la cual resulta absolutamente inconstitucional debido a su excesiva duración.

Ello, es de lo más evidente, no solo porque resulta absolutamente desproporcionada y chocante a la razón, sino porque además de la simple comparación de los estudios estadístico-científicos del Indec, implicarían confinar a una persona durante toda su vida.

Al respecto, señala Zaffaroni que: *“...podría discutirse en casos particulares si la cuantía de la pena implica directa o indirectamente la cancelación total de la vida de la persona conforme las expectativas de vida corrientes, lo que puede entenderse como la reintroducción de la pena de muerte por vía de un equivalente...”*. Al respecto agrega en el considerando 33 que *“Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5º, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización”*

Y que: *“Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por inocuización. No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, lebenslange o ergastolo sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente a la pena de muerte. Así lo consideró esta Corte cuando señaló que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional”* (Fallos 329:2440).

Para concluir que: *“La pena de prisión de cincuenta años sería en el código vigente una pena más grave que la perpetua o eventualmente inferior en modo no significativo, y la posibilidad de liberación superaría en muchísimos casos las expectativas de vida de la persona y en todos los casos las de su vida laboral, de forma tal que caería en la inconstitucionalidad en que nunca cayó nuestra tradicional pena perpetua”* (cfr. Consid 7)

En ese marco, tengamos en cuenta que aún por aplicación el art. 13 del C.P. (siempre que el imputado no reúna la condición de reincidente art. 14 en función del 50 del C.P.), recién podría acceder a la libertad condicional luego de 33 años de cumplimiento efectivo de la condena.

Por ello, es que el tope de 50 años es inconstitucional y corresponde atenerse por obra del principio de razonabilidad y de aplicación de la ley penal más benigna al máximo de 25 años re-establecido por la Ley 26.200, que le permitiría al imputado acceder a la libertad condicional antes de los 17 años de cumplimiento efectivo de la pena.

Además, el criterio aritmético propio de las matemáticas, resulta ajeno a la condición y dignidad humanas dado que, como lo destaca Zaffaroni en su voto, se llega al ridículo en el que por ejemplo veinticinco hurtos tendrían una escala máxima de 50 años, mayor que una pena perpetua o bien que la pena prevista en la Ley 26.200 para quien saquee una ciudad entera, sería inferior a la que hipotéticamente podría aplicarse para el autor de dos robos con armas.

f) Caso de las excepciones para el acceso a los beneficios de la Ley 24.660 y de la libertad condicional (art. 14 C.P.).

En el Capítulo II bis de la ley 24.660 (incorporado por Ley 25948 BO: 12/11/04) se establecen las “Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución”.

En un único artículo 56 bis se dispone que: *“No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1.Homicidio agravado previsto en el art. 80 inciso 7, del Código Penal 2.Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal 3.Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal 4. Homicidio en ocasión de robo, previsto en el artículo 165 del Código Penal 5. Secuestro extorsivo, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal. Los condenados por cualquiera de los delitos enumerados precedentemente, tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley”* (texto según Ley 25.982 B.O.:25/5/05).

Por su parte, el artículo 14 del C.P. dispone que: *“La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos de los artículos 80 inciso 7), 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170 anteúltimo párrafo”*.

Nuevamente, los vientos punitivistas del año 2004 introdujeron una reforma que interpreto inconstitucional a la luz de los principios y fines de la pena reconocidos en nuestra Carta Magna.

Los autores de los graves hechos descriptos, en la mayoría de los casos serán penados con pena perpetua como única posibilidad (salvo el autor del delito del art. 165 del C.P.), por lo que la imposibilidad de acceder a estos beneficios agravará aún más las condiciones de encierro prolongado e institucionalización de los imputados.

Nuevamente, como en el criterio “sustancialista” de la prisión preventiva y los casos antes expuestos, prima el criterio inconstitucional de que una persona se presume para siempre peligrosa en razón de la pena impuesta por el delito cometido. No dudo que los casos expuestos resultan sumamente graves, pero nuestro sistema constitucional privilegia la

reinserción o readaptación social del delincuente y, la imposibilidad de obtener cualquier tipo de beneficio durante el período de prueba, resulta contrario a los principios de la Carta Magna.

Siempre mi planteo se fundamenta, repito, desde el punto de vista del interno que al ingresar al penal colabora con el tratamiento de resocialización y al llegar a esta última etapa, período de prueba, luego de transcurridos ya 15 años de cumplimiento de pena –según el régimen hoy vigente- (ver art. 17 y 23 de la Ley 24660) resulta notablemente discriminatorio que no pueda acceder a los beneficios del período de prueba (que apuntan a su gradual inserción en el ámbito social, familiar, cultural y laboral) frente a aquellos otros internos en las mismas condiciones que no hubieran efectuado esfuerzo alguno. Claramente esta situación resulta contraria a derecho.

Más grave aún resulta el caso del artículo 14 del C.P., en los casos en que la pena impuesta es perpetua. Esta situación es equiparable a la expuesta en el punto b) de este trabajo en el caso de los condenados por comisión de los delitos previstos en los artículos 80 inciso 7), 124, 142 bis, anteúltimo párrafo y 170 anteúltimo párrafo. Aquí nuevamente la pena se torna absolutamente eliminadora, habida cuenta que al vedarse la posibilidad de acceder a la libertad condicional, las penas perpetuas impuestas en estos casos (única posibilidad legal vigente) se tornarían interminables y sin posibilidad alguna de salida. Por tal motivo, resultan aplicables las mismas consideraciones expuestas en el punto b) de este trabajo.

En tal sentido, corresponderá a la defensa, acreditados estos extremos, plantear la inconstitucionalidad de las normas citadas (art. 56bis de la Ley 24.660 y art. 14 C.P.), las que, desde ya, deben ser derogadas. Para el caso de los internos que no colaboran con el tratamiento no habrá ningún problema, desde que la propia ley ya prevé la posibilidad de que el juez deniegue los beneficios si el condenado no reúne un mínimo puntaje de conducta y concepto, a más de los dictámenes favorables de los organismos asesores.

g) Caso de imposibilidad de acceder por segunda vez (y subsiguientemente) al beneficio de la libertad condicional para quienes, encontrándose condenados a pena perpetua, violen reglas de libertad condicional.

El artículo 15 del C.P. establece que *“La Libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad”*.

Hasta aquí, a mi modo de ver, aparece una sanción suficientemente justa, para quien hubiera quebrantado la libertad condicional.

Ahora bien, el art. 17 del C.P. dispone: *“Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente”*.

Esta última situación, si bien podría implicar también en algunos casos una sanción razonable cuando se hayan aplicado penas temporales, nuevamente se torna eliminadora en el caso de que la condena que viene cumpliendo se trata de una pena perpetua. Ello así, puesto que al no poder volver acceder al beneficio. Así, si un penado a prisión perpetua, durante su libertad

condicional comete un nuevo delito (vgr. lesiones culposas en accidente de tránsito) o bien incumple con su obligación de residencia y en virtud de ello se le revoca su libertad condicional art. 15 del C.P., conforme la norma citada (art. 17 del C.P.), no podrá volver a obtener la libertad condicional nuevamente.

Si bien he llevado el ejemplo del nuevo delito al ridículo, la cuestión no es menor, puesto que el artículo 15 del C.P. no distingue si el nuevo delito es doloso o culposo. Lo que sí es cierto es que en virtud de lo normado en el art. 17 del C.P. no podría acceder nuevamente a este beneficio, lo cual le impediría volver a recuperar la libertad, de modo análogo a lo dispuesto por el artículo 14 del C.P. para los reincidentes (que de hecho lo sería), por lo que resultan aplicables a esta disposición las mismas críticas expuestas en el punto b) de la presente exposición.

CONCLUSIONES:

La imposición de una condena es un proceso muy distinto del que persigue la venganza. Por mandato constitucional no pueden imponerse penas crueles, inhumanas o degradantes. Jamás podrán ser justas si atentan contra la dignidad humana.

Si la legislación queda en manos de “ingenieros” sociales, por las inexorables leyes físicas el penado resultará eliminado de la sociedad y no podrá intentarse siquiera la resocialización como lo manda nuestra Carta Magna, por lo que corresponde ahora a los juristas restablecer ese equilibrio. La física y las matemáticas son muy distintas al Derecho y no podemos pretender aplicar sus reglas al mismo, como lo hace también el actual régimen de concurso real que suma penas según las reglas aritméticas aunque resulten de imposible cumplimiento en la vida de una persona. Las matemáticas están para servir al hombre y no para destruirlo. Por eso, luego de los vientos que soplaron en 2004, corresponde ahora los juristas volver a poner todo en su quicio.

Entiendo que existe una necesidad de dividir el juicio de responsabilidad y el de imposición de pena. Un primer juicio estará destinado a discernir la pena en base a la culpabilidad y enviar a la sociedad el mensaje preventivo especial de que: quien resulta declarado culpable de la comisión de un delito recibe una pena, imponiendo además si cabe aún, el “castigo simbólico” (irracional) previsto en la ley penal: “pena perpetua”. En segundo término, un juicio más adecuado con alto asesoramiento técnico, que irá revisando periódicamente la condena impuesta según el avance del imputado en su proceso de readaptación, promoviendo y favoreciendo su gradual salida del régimen de encierro. El primer juicio tendrá como límite la culpabilidad. El segundo, el monto de la pena como límite máximo al encierro, que nunca podrá impedir definitivamente la salida del imputado pues de lo contrario se convertiría en una pena cruel, inhumana y degradante de la condición del penado. Máxime, en las condiciones espaciales, sociales y culturales en que se ejecuta actualmente.

Si bien las penas perpetuas no resultan *per se* inconstitucionales, siempre debe concederse la posibilidad de una salida anticipada y razonable en el tiempo. El plazo actual previsto (35 años) es excesivamente prolongado e inconstitucional, lo mismo, las restricciones impuestas en los casos expuestos para acceder a los beneficios de la ley de ejecución penal o a la libertad condicional.

Dada su escasa aplicación en el universo de penas impuestas en nuestro país, de todas maneras, correspondería su derogación para delitos comunes y sólo reservarlas para los delitos más graves previstos en nuestra ley (crímenes de guerra, de lesa humanidad o de agresión).

Existe también una urgente necesidad de reformar el Código Penal a fin de readecuar el sistema de imposición de penas, del régimen de ejecución, libertad condicional, de concurso y de unificación en base a teorías de la composición.

Por último, resulta necesario profundizar los estudios penológicos, criminológicos, psicológicos, antropológicos, sociológicos, educativos y éticos, para una mejor diagramación y diseño personalizado de tratamientos penitenciarios, a fin de que el Estado pueda cumplir con las obligaciones impuestas en materia internacional y constitucional. A tal fin, resulta necesario dotar al Poder Judicial y al Ministerio Público de un órgano asesor especializado y de investigación en la materia -a disposición también de la defensa privada- como así también reforzar la planta profesional existente en el ámbito del Servicio Penitenciario.

*El autor es Abogado y se desempeña actualmente como Secretario Letrado de la Defensoría Penal Correccional N° 3. El presente trabajo fue presentado por el autor en el Seminario organizado por la Asociación Salteña de Estudios Penales. Salta, 8 de junio de 2011.