



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

CUIJ: 13-05365349-3/1((018601-159312))

INCIDENTE EN AUTO FC/ IBAÑEZ BENAVIDEZ YAMILA M. Y ORTIZ
ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS (159312) P/
PLENARIO



En Mendoza, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil veinte, reunida la Suprema Corte de Justicia en acuerdo plenario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa CUIJ n° **13-05365349-3** caratulada “**INC. EN AUTOS F. c/ IBAÑEZ BENAVIDEZ, YAMILA M. Y ORTIZ ROSALES MAXIMILIANO E. P/ HOMICIDIOS CALIFICADOS P/ PLENARIO**”.

En los autos CUIJ n° 13-04876364-7/1 caratulados «*F. c/ Ibañez Benavidez, Yamila M. y Ortiz Rosales, Maximiliano E. p/ Homicidio agravado*» (fs. 702); en los autos CUIJ 13-04879377-5/1 caratulados «*F. c/ Tizza, Antonio Sebastián y González Zárate, Celeste Yanina p/ homicidio agravado*» (fs. 1190) y en los autos CUIJ 13-04876349-3/1 caratulados «*F. c/ Gutiérrez, Mariano Alan N., Yañez Astorga, José Rafael y Yañez Astorga, Abel Augusto p/ homicidio agravado*» (fs. 1488), el señor Procurador General solicitó la resolución de los planteos relativos a la constitucionalidad de la prisión perpetua por parte del Tribunal en un «pronunciamiento pleno-plenario». El Presidente de la Sala Segunda, Dr. Omar A. Palermo, hizo lugar a la petición y convocó a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia para expedirse, en fallo plenario, sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

De conformidad con lo determinado en la convocatoria a plenario quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, Dr. DALMIRO GARAY CUELI; segundo, Dr. OMAR A. PALERMO; tercero, Dr. JULIO R. GÓMEZ; cuarto, Dr. JOSÉ V. VALERIO; quinto, Dr. PEDRO J. LLORENTE; sexto, Dr. MARIO D. ADARO; y, séptima, Dra. MARÍA TERESA DAY.

Por su parte, este Tribunal se encuentra convocado a responder a las siguientes cuestiones:



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es inconstitucional la pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino?

SEGUNDA CUESTIÓN: En caso afirmativo, ¿qué escala penal corresponde aplicar?

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LOS DRES. DALMIRO GARAY CUELI, JOSÉ V. VALERIO, PEDRO J. LLORENTE Y MARÍA TERESA DAY DIJERON:

Puestos a resolver la primera cuestión convocada a plenario corresponde adelantar que se impone la respuesta negativa. La pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino no resulta inconciliable con la Constitución Nacional, ni tampoco vulnera las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos que la República Argentina ha suscripto y que tienen jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 22). Ello, en base a las consideraciones que se efectúan a continuación.

A fin de abordar los diversos argumentos que sostienen la posición asumida y adelantada en el párrafo precedente, consideramos apropiado estructurar su exposición de acuerdo con el siguiente orden. En primer lugar, se realizarán algunas consideraciones de carácter introductorio que estimamos relevantes sobre la cuestión. En segundo orden, al avocarnos al tratamiento de los diferentes motivos que frecuentemente son expuestos para cuestionar la constitucionalidad de la prisión perpetua, daremos cuenta de nuestra posición. Finalmente, y en función de las consideraciones anteriores, señalaremos las conclusiones

Sin perjuicio de lo reseñado precedentemente, no podemos pasar por alto que el procedimiento por el que llegamos a la presente decisión atravesó la realización de una audiencia de carácter público, en la que intervinimos todos los miembros de este Tribunal. Estimamos que la relevancia de su realización resulta incuestionable, desde que habilitó la posibilidad cierta, directa y efectiva de escuchar múltiples opiniones y posiciones respecto de la temática en cuestión, las que fueron canalizadas mediante exposiciones orales efectuadas por ciudadanos y ciudadanas con enfoques sociales de naturaleza esencialmente heterogénea. Muestra de ello es que la participación de sujetos pertenecientes a ámbitos esencialmente diversos, quienes aportaron argumentos de carácter técnico o de filosofía de vida, a favor y en contra de la constitucionalidad de la prisión perpetua. La riqueza de esa expresión comunicativa es evidente, sin advertimos que ese ámbito de expresión le permitió a la



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

ciudadanía en general expresarse libremente al respecto. En este último aspecto, cabe resaltar que significó un espacio de visibilización de las víctimas de hechos delictivos en general, pues si bien en los últimos años han tenido una notable y positiva incidencia en el ámbito de los delitos de lesa humanidad, motivando ciertamente los procesos judiciales realizados dentro del mismo, ese rol también es asumido por otras víctimas como, por ejemplo, las que resultan de delitos cometidos dentro de un contexto de violencia de género. En este último sentido deben destacarse las leyes 8869 y 8971 de nuestra provincia, que establecieron una clara política judicial de oralidad y derecho a intervenir a la víctima; en la primera, para la audiencia de trámite del pedido de prisión preventiva, se la debe citar y en la segunda, para los incidentes de ejecución penal, se les debe notificar su realización.

Por estas razones, más allá de su naturaleza como acto procesal, aquella audiencia pública importó un gran acontecimiento **republicano** siguiendo la regla constitucional que establece la publicidad de todos los procedimientos ante los tribunales de la provincia serán públicos -art. 146 de la Constitución de la provincia de Mendoza-, asegurando la visibilidad, cognoscibilidad, accesibilidad y por lo tanto controlabilidad, porque «[e]l medio de impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece, es la publicidad de todos los actos que lo constituyen», «[l]a publicidad es la garantía de las garantías», «[e]l pueblo debe ser testigo del modo como ejercen sus mandatarios la soberanía delegada por él» (ALBERDI, Juan Bautista; “Derecho público provincial argentino”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 80) y **democrático** por la posibilidad cierta de participación directa de los habitantes ejerciendo el derecho constitucional de peticionar ante todas y cada una de las autoridades -art. 10 de la Constitución de la provincia de Mendoza-, para este Poder Judicial que lo acercó provechosamente a la realidad social, permitiéndonos la posibilidad que, en tanto integrantes del Máximo Tribunal de Justicia de la Provincia, podamos visibilizar no sólo los aspectos dogmáticos y jurídicos que aparecen involucrados en la cuestión a debatir, sino también, las necesidades, demandas, preferencias y conceptos de vida de diversos y variados sectores de la sociedad, con el aporte de visiones sobre el contexto en el que impactará la decisión que aquí hemos de adoptar.



No está demás mencionar que muchos de los argumentos y posiciones allí expuestos -como se verá- han sido especialmente considerados en la exposición que aquí se realiza. Ello con la finalidad de hacer realidad aquella idea según la cual «[e]l pueblo debe ser testigo del modo como los tribunales desempeñan su mandato de interpretación y aplicación de las leyes; debe constarle ocularmente si la justicia es una palabra, o es una verdad de hecho. Para ello debe ser administrada públicamente, y las sentencias deben expresar sus motivos» (ALBERDI, Juan Bautista; ob. cit.; p. 81).

a.- Consideraciones preliminares

1.- Los integrantes de este Tribunal hemos sido convocados a emitir un pronunciamiento plenario llamado a dar respuesta a un interrogante con carácter de doctrina obligatoria en los términos del art. 7 de la Ley 4969. Por ello, resulta necesario circunscribir la materia sobre la cual existe el deber de pronunciarnos puesto que, al definir la competencia para el ejercicio de la jurisdicción, paralelamente nos circunscribe los márgenes analíticos e interpretativos sobre los que discurrirá el análisis y examen de la temática en cuestión.

En ese sentido, advertimos que el tema que aquí nos convoca ha quedado establecido -y limitado- a expresarnos fundadamente respecto de la validez constitucional de la pena de prisión perpetua prevista de manera abstracta en la legislación penal de fondo como uno de los tipos legales de respuesta punitiva aplicable frente a la comisión de los delitos más graves. Dicho de otro modo, lo que en esta oportunidad estamos convocados a examinar es si resulta o no posible que ese tipo de pena pueda ser interpretada y, por ende, aplicada frente a la comisión de un ilícito penal, sin que con ello se vulneren los principios, declaraciones y garantías contenidos en nuestra Constitución Nacional, así como con aquellos que surgen de los instrumentos internacionales que, en las condiciones de su vigencia, gozan de jerarquía constitucional y que, sin derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos (inc. 22 del art. 75 CN); los cuales aparecen ciertamente involucrados cuando, como consecuencia de la sustanciación de un juicio penal, una sentencia condenatoria impone ese tipo de sanción.

Ese objeto de examen resulta coherente con los límites de la jurisdicción promovida en este caso. Ello por cuanto, *so pretexto* del control de constitucionalidad



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

—entendido desde antaño como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, «[q]ue es elemento de nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no su conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentra en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del poder judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos» (Fallos 3:131, sentencia del 5 de diciembre de 1865)—, no pueden los órganos judiciales inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos. 257:127; 293:163; 113-613; entre otros) y en ejercicio de la representación de la soberanía popular delegada.

Ahora bien, al momento de abordar el tema convocado, tampoco puede desconocerse que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que «la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera» (Fallos: 249:51; 264:364; 288:325; 328:1416) y que «el acierto o error, el mérito o la conveniencia, de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Sólo los casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inocuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces» (Fallos: 310:642; 312:1681; 320:1166). Por ello, «solo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable» (Fallos: 285:322), puesto que «no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados» (Fallos: 315:923).

Ello se entiende si tomamos en cuenta que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución Nacional gozan en principio de una *presunción de*



legitimidad del origen del poder y *constitucionalidad* de su ejercicio que opera plenamente y obligan a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. De este modo, sólo será procedente la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal cuando la contradicción con la cláusula constitucional no puede ser impedida sino a costa de remover el obstáculo que representa aquélla como norma de inferior jerarquía. Cuestión que determina, según comprendemos, que toda duda que se plantee en esa labor debe resolverse a favor de la validez constitucional de la norma en cuestión.

Lo contrario desequilibraría el sistema institucional de los poderes del Estado, fundado en que cada uno de ellos actúe con la armonía que exige el cumplimiento de sus fines dentro de las atribuciones delegadas, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y un poder encargado de asegurar ese cumplimiento. De allí que cuando un tribunal interviene a los fines de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma, debe imponerse la mayor mesura (Fallos 249:51; 260:153; 264:364). Esto porque los poderes en los actos de gobierno como «... *representantes no tienen más poder que el que han recibido del pueblo por delegación; si toman más cometen una usurpación*» (ALBERDI, Juan Bautista; “*Fragmento preliminar al estudio del derecho*”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 110).

Consecuencia necesaria de lo antes dicho es que, de acuerdo a la referida limitación del objeto de conocimiento y decisión plenaria, no resulta esta la oportunidad para extender e incluir dentro del mismo la validez constitucional de otros institutos jurídicos, al no resultar el momento procesal de expedirse al respecto. Me estoy refiriendo en particular a las normas que prevén y/o regulan algunas de las consecuencias jurídicas que se derivan de la aplicación de la prisión perpetua.

2.- Por otra parte, habiendo delimitado ya el objeto que será materia de análisis constitucional, debemos advertir también que la temática en cuestión resulta determinada por la relación ***delito-pena***, entendida como la potestad que tiene el Estado de sancionar leyes penales para fijar pena al delito y, en determinados casos, otras medidas, que son, también, consecuencias del hecho típicamente antijurídico. De manera tal que ese linde, acota -también- el debate al que estamos convocados en esta ocasión, eximiéndonos de ampliar el espectro analítico a cuestiones inherentes a la problemática que es propia a la relación entre



delincuente-pena, pues ésta no está destinada al delito sino al sujeto que debe soportar la pena.

Consideramos que subyace en esa distinción una cuestión que resulta muy clara, desde que una cosa es preguntarse cuál es la razón que fundamenta la facultad represiva o potestad punitiva -que en otros sistemas jurídicos se denomina *ius puniendi* (derecho de punir) derivado de la concepción monárquica del poder, donde éste tenía el derecho de hacerlo- y la que pone la meta en manos del Estado, que conlleva a la formulación de interrogantes vinculados a: a) la existencia o inexistencia de la facultad punitiva del Estado; b) ¿cuál es la razón de que el Estado aplique al delincuente una pena?; y, finalmente, c) ¿por qué reside en el Estado, y únicamente en él, la facultad represiva?. Mientras que otra muy distinta es indagar respecto de cuál es la razón para que, quien ha delinquido, deba asumir las consecuencias del delito que el Estado le impone, es decir, aquella mediante la que se cuestiona por qué el delincuente debe cargar con las consecuencias del delito, lo que nos conduce al problema del estudio de la responsabilidad penal.

En este punto, entendemos que un extremo de la relación entre el delito y la pena aparece constituido por la atribución de *reprimir*, cuestión que no debe ser confundida -como frecuentemente sucede- con la que trata de fijar un *fin* a la pena. De esta manera, compartimos cuando se afirma que se trata de *problemas* diferentes, desde que una cosa es preguntarse *por qué el delito se pena*, y otra distinta *para qué se aplican las penas*. Así, el primer interrogante es respondido a través de las teorías fundamentan el Derecho Penal, esto es, el fundamento de la penalidad o del facultad a reprimir. Mientras que a la segunda interrogación responden a las teorías que tratan de fijar un fin de la pena, precisando los efectos o resultados que la pena, en sus distintas etapas, se propone conseguir (ver al respecto, FONTÁN BALESTRA, Carlos, “*Derecho Penal. Introducción y Parte General*”, décimo sexta edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 81).

Si bien plantean cuestiones esencialmente diversas, no puede soslayarse que hay una innegable relación entre ambas hipótesis de trabajo -potestad de reprimir y finalidad de esa represión-. De manera tal que, aun cuando no haga directamente al análisis constitucional al que hemos sido convocados, no puede pasarse por alto la oportunidad de efectuar -aún en términos ciertamente exiguos- algunas consideraciones -mínimas- con



relación a los fines de la pena, máxime cuando en el marco de la audiencia pública, se propusieron argumentos diversos al respecto.

Por ello resulta trascendental tener en cuenta que *«[d]esde su origen, la teoría retributiva fue una concepción antiestatal, base de una sistematización que condicionó el ejercicio del ius puniendi, preservando al individuo de las extralimitaciones del poder público»*. Por ello promovía que *«...: 1) el principio general es la libertad de la persona humana y por consiguiente ilimitado el ámbito de los comportamientos autorizados; 2) el número de prohibiciones es, por el contrario, restricto y por ello limitado al ámbito del Estado; 3) consecuentemente, la regla es la libertad y la excepción la pena»* (RIGHI, Esteban, *“Derecho penal, parte general”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 48). Esta concepción no sólo era antiestatal, sino esencialmente antimonárquica porque cuestionaba la idea del *ius puniendi* como el derecho de punir que tenía el monarca, basados en la idea del ser humano libre e igual y simultáneamente promovía la concepción de la *potestad punitiva* como facultad limitada y no tan sólo a limitar. Pero *«[e]stas bases fueron puestas en tela de juicio por los clásicos puntos de vista preventivos, sean generales o especiales, ya que las teorías relativas formularon sistemas alternativos que fueron concebidos desde el Estado, por lo que el punto nuclear de la estrategia dejó de ser limitar a quien ejerce el poder, al ser desplazado por el objetivo de extirpar la delincuencia»* (RIGHI, Esteban, *“Derecho penal, parte general”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 48) y aunque en su evolución algunas variantes no tienen como objetivo extirpar la delincuencia sino disciplinarlo y otras tienen fundamentos humanistas, pero todas siguen siendo pensadas desde el Estado y para el Estado.

En este sentido Juan Bautista ALBERDI, decía en 1837, *«[e]l poder sancionador del Estado es un inmediato y natural resultado de la individualidad del hombre, y tiene por límite esta misma individualidad; parte del derecho y cesa en el derecho; es un poder de equilibrio y de armonía, no de venganza y reacción; es el sostén de la libertad no el invasor: tal es el principio y fin de todo sistema sancionador, téngase a la vista. El poder sancionador del Estado tiene el doble fin de remediar el mal del delito y evitar su repetición. El mejor sistema sancitivo, será pues aquel que con más justicia y eficacia llene esta doble misión. Se ha dicho el mal de delito, y a propósito, porque no todo mal procede de delito. No*



hay delito sin imputabilidad; ni imputabilidad sin libertad. Pero la libertad es una facultad mixta de inteligencia y voluntad. Luego no es libre el hombre sino con relación al desarrollo de su inteligencia y voluntad; y por tanto, no es imputable y delincuente sino en el propio respecto» (ALBERDI, Juan Bautista, “Fragmento preliminar al estudio del derecho”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 125/126).

A su vez, advierte el padre del garantismo Luigi FERRAJOLI advierte que «[m]uchos de los equívocos que influyen sobre las discusiones teóricas y filosóficas, en torno a la clásica pregunta de “¿por qué castigar?” dependen [...] de la frecuente confusión que se genera entre los diversos significados que a ella se atribuyen, entre los diversos problemas que ella refleja y entre los diversos niveles y universos de discursos a los cuales pertenecen las respuestas admitidas por aquella pregunta» (Ferrajoli, Luigi, “Escritos sobre derecho penal”; Volumen 1; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2014; p. 115). Así, «[l]a pregunta “¿por qué castigar?” puede ser entendida con dos sentidos distintos: a) el por qué existe la pena, o bien por qué se castiga; b) el de por qué debe existir la pena, o bien por qué se debe castigar» (ob. cit., p. 116). De tal manera, «[u]n vicio metodológico que puede observarse en muchas de las respuestas a la pregunta “¿por qué castigar?”, consiste en la confusión en la que caen aquéllas entre función y fin, o bien entre el ser y el deber ser de la pena, y en la consecuente asunción de las explicaciones como justificaciones o viceversa. Esta confusión es practicada antes que nada por quienes producen o sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como “teorías de la pena”. Es de tal modo que ellos hablan, a propósito de las tesis sobre los fines de la pena, de “teorías absolutas” o “relativas”, de “teorías retributivas” o “utilitarias”, de “teorías de la prevención general” o “de la prevención especial” o similares, sugiriendo la idea que la pena posee un efecto (antes que un fin) retributivo o reparador, o que ella previene (antes de que deba prevenir) los delitos, o que reeduca (antes que deba reeducar) a los condenados, o que disuade (antes que deba disuadir a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos» (ob. cit. ps. 116/117).

Por ello propone denominar «[...] “ideologías” ya sea a las doctrinas como a las teorías que incurren en las confusiones antes indicadas entre modelos de justificación y esquemas de explicación. Por “ideología” -según la definición estipulativa que he asumido en otra ocasión- entiendo, efectivamente, toda tesis o conjunto de tesis que confunde entre



“deber ser” y “ser” (o bien entre proposiciones normativas y proposiciones asertivas), contraviniendo así el principio metalógico conocido con el nombre de “ley de Hume” según el cual no se pueden derivar lógicamente conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas ni viceversa. [Se denominan] ideologías naturalistas o realistas a las ideologías que asumen las explicaciones empíricas también como justificaciones axiológicas, incurriendo así en la “falacia naturalista” que origina la derivación del deber ser del ser; y denominaré ideologías normativistas o idealistas a las que asumen las justificaciones axiológicas (también) como explicaciones empíricas, incurriendo así, para decirlo de algún modo, en la “falacia normativista” que produce a derivación del ser del deber ser» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; ps. 118/119).

Entendemos importante dejar en claro que, con relación a los fines de la pena participamos de aquellas posturas denominadas de la unión. El fundamento de esta asunción se encuentra en que no es posible tener una visión única y unidireccional del tema y ello por tres razones. La primera se encuentra en que la ley no lo establece. La segunda en el pluralismo de nuestra sociedad democrática. La tercera en la diversidad que existe en los bienes jurídicos protegidos y los daños producidos. Además es trascendental la opinión de Ferrajoli cuando afirma que uno de los fundamentos por los que el derecho penal no puede suprimirse es para evitar la venganza privada (FERRAJOLI, Luigi, *“Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”*, ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 340). En efecto, *«[e]l paradigma garantista del derecho penal opera, por lo tanto, en dos direcciones, que se corresponden con los dos fines que, a mi parecer, justifican el poder punitivo: la prevención de los delitos y, por ende, de las ofensas injustas, y la prevención de las penas informales o excesivas, esto es, de los castigos injustos»* (FERRAJOLI, Luigi; *“Escritos sobre derecho penal”*; Volumen 2; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2014; p. 211). *«Por ello, toda hipótesis de abolicionismo penal equivale a una abdicación del rol garantista del derecho y de la razón; porque toda defensa garantista de las libertades fundamentales supone necesariamente la defensa del derecho penal y de la pena contra las formas de control no jurídico, de tipo salvaje o disciplinar, a las cuales darían espacio las hipótesis abolicionistas. La sanción penal, en cuanto técnica de minimización de la violencia provocada tanto por los delitos como por los castigos informales, es la primera garantía del derecho penal. Repito: es, en realidad, una*



doble garantía: no sólo contra los delitos sino también contra las venganzas y las reacciones arbitrarias, desmedidas o excesivas, es decir, inspiradas en la lógica de la guerra, a la cual daría espacio la ausencia de derecho penal. Y es a la reducción de esta doble función que puede reconducirse toda crisis degenerativa del derecho penal: la cual consiste o en la impunidad de los delitos y/o en el uso de técnicas punitivas informadas por el arbitrio; o en el fracaso de las funciones de prevención de los delitos y de protección de las partes ofendidas; o en el fracaso de las funciones de prevención contra las penas arbitrarias y de tutela de los imputados; o en la ineffectividad (primaria) del derecho penal sustancial o en la ineffectividad (secundaria) del derecho procesal penal» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; ps.213/214).

A lo señalado, el mismo autor agrega que «[l]as dos funciones preventivas -la defensa social contra los delitos y la garantía individual contra el mismo sistema punitivo- están, por ello, unidas en el plano axiológico, por la misma finalidad, tanto de defensa social como de garantía de los derechos fundamentales de todos: tanto de las posibles partes ofendidas, como de los posibles imputados y condenados» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 214).

En relación con el predominio de las teorías de la unión se declara con razón, que «[...] resulta casi imposible encontrar sistemas jurídico-penales en los que pueda reconocerse la influencia exclusiva de una concepción unidimensional». Por ello «[...] cuando se afirma que determinada legislación está orientada por alguna teoría, sea retributiva o preventiva, normalmente lo que en realidad se sostiene es que ese cuerpo normativo ha acentuado -a veces en exceso- la incidencia de algunos puntos sobre otros». Así, «[...] es necesario adoptar un modelo pluridimensional [por lo que] la decisión debe encontrar fundamento en un examen de la realidad social, sobre la que el remedio penal está destinado a incidir». Por lo tanto «[...] debe desalentarse toda proposición que sobredimensione la función preventiva del derecho penal [...]» (RIGHI, Esteban, “Derecho penal, parte general”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, págs. 46 y ss.).

Asimismo, entendemos relevante hacer hincapié en que la potestad punitiva del Estado en la República Argentina está distribuida en forma vertical -federal y provincial- y horizontalmente entre el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. De manera



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

tal que resulta posible distinguir ámbitos y momentos diversos, cada uno de los cuales aparece caracterizado por la intervención competente de poderes distintos, y, a su vez, por perseguir finalidades mixtas. Nos referimos al “*establecimiento*”, “*aplicación*” y “*ejecución*” de la pena, cuya combinación determina y diseña las notas características que hacen a nuestro sistema normativo según surge de la forma de gobierno representativa republicana federal (art. 1 CN). Veamos.

Por un lado, al Congreso de la Nación, le corresponde exclusivamente establecer aquellos comportamientos que se consideran lesivos de bienes jurídicos y que serán categorizados como delitos. También en su ámbito se encuentra la asignación de consecuencias a esos comportamientos. Esas consecuencias son las penas. Ello puede alcanzarlo al disponer que los delitos tengan una escala que oscila entre un máximo y un mínimo; o puede establecer que la consecuencia sea una pena fija, o disponer sólo máximos. También le corresponde a ese poder del Estado la posibilidad de disponer amnistía generales (inc. 20 del art. 75 CN), así como también, y en forma concurrente con las legislaturas provinciales, sancionar las leyes sobre ejecución penal, como de conmutación e indulto de penas.

Por otro lado, será exclusivamente al Poder Judicial (federal, nacional o provincial) a quien le corresponde determinar en cada caso si un hecho de la realidad configura un delito, cuál es el grado de responsabilidad que debe asignarse a la persona acusada de su comisión y, en si el delito tuviera una pena divisible, su *quantum*.

Finalmente, concierne al Poder Ejecutivo (Nacional o Provincial) y al Poder Judicial Federal o Provincial -los jueces con competencia en materia de ejecución y esta Suprema Corte de Justicia en materia de cárceles-, cada uno en el ámbito de su competencia, todo lo relativo al régimen de ejecución de la pena impuesta que deberán hacerlo en un todo de acuerdo a la ley. A ello debe agregarse que constitucionalmente la materia de indulto (extinción de la pena) y conmutación de penas (sustitución de una pena por otra menor) es atribución del Poder Ejecutivo. A nivel federal, esa facultad es del Poder Ejecutivo Nacional para delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente (art. 99, inc. 5 de la CN), y en nuestra provincia, previo informe motivado sobre la oportunidad y



conveniencia por parte de esta Suprema Corte de Justicia (art. 128, inc. 5 de la Constitución de Mendoza).

Encontramos que la distinción mencionada es de suma relevancia, entre otras cuestiones, porque evidencia que nuestro ordenamiento jurídico es un verdadero sistema jurídico y como tal impide confundir aspectos vinculados a las funciones como a los propósitos o fines de la pena que determinan cada uno de esos momentos. Ello resulta pertinente dado que los que habitualmente se asignan como fines de la pena por algunos sectores juegan especialmente en el ámbito de la ejecución de la pena.

3.- Por último, debemos señalar que también resulta relevante destacar, aún a modo contextual pero determinante -como luego se verá- al momento de contestar la cuestión convocada, que la política criminal asumida en los últimos veinte años por el Congreso Nacional en ejercicio de la potestad punitiva, evidencia un fenómeno de expansión del derecho penal, caracterizado por la tendencia al agravamiento de circunstancias, situaciones y la tipificación de hechos delictivos como calificados y, con ello, el agravamiento de penas. Sólo por señalar algunos ejemplos dentro del espacio temporal que ha sido seleccionado para exhibir lo antedicho, se pueden mencionar los siguientes supuestos:

- a) la ley 25.297 de 2000 que introdujo el art. 41 bis al Código Penal;
- b) la ley 25.601 de 2002 que introdujo el inc. 8 del art. 80 del Código Penal;
- c) la ley 25.742 de 2003 que modificó los arts. 142 bis y 170 del Código Penal;
- d) la ley 25.767 de 2003 que introdujo el art. 41 quater al Código Penal;
- e) la ley 25.816 de 2003 que introdujo el inc. 9 del art. 80, y los arts. 163 bis y 167 bis del Código Penal;
- f) la ley 25.882 de 2004 que modificó el art. 166 del Código Penal;
- g) la ley 25.886 de 2004 que modificó el art. 189 bis del Código Penal;
- h) la ley 25.890 de 2004 que modificó los arts. 77, 163 inc.1 y 206 e introdujo los arts. 167 ter, quater, quinquie, 248 bis, 277 bis y ter, 293 bis del Código Penal;
- i) la ley 25.892 de 2004 que modificó los arts. 13, 14 y 15 del Código Penal;



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

- j) la ley 25.893 de 2004 que modificó el art. 124 del Código Penal;
- k) la ley 25.928 de 2004 que modificó el art. 55 del Código Penal;
- l) la ley 25.930 de 2004 que introdujo el inc. 15 del art. 173 y modificó el art. 285 del Código Penal; la ley 25.602 de 2002 que introdujo el inc. 6 y modificó el último párrafo del art. 174 del Código Penal;
- m) la ley 26.364 de 2008 que incorporó los art. 145 bis y ter del Código Penal;
- n) la ley 26.388 de 2008 que modificó los arts. 77, 128, 153, 155, 157, 157 bis, 184, 197 y 255, e introdujo el art. 153 bis, el inc. 16 del art. 173 y el párrafo segundo del art. 183 del Código Penal;
- ñ) la ley 26.394 de 2008 que introdujo el inc. 10 del art. 80 y modificó el inc. 5 del art. 142 bis del Código Penal;
- o) la ley 26.679 de 2011 que introdujo el art. 142 ter del Código Penal;
- p) la ley 26.734 de 2011 que introdujo el art. 41 quinquies al Código Penal;
- q) la ley 26.791 de 2011 que introdujo diversos supuestos en los incs. 1 y 4 del art. 80 del Código Penal, así como las figuras de los incs. 11 y 12;
- r) la ley 26.738 de 2012 que modificó el art. 132 del Código Penal;
- s) la ley 26.842 de 2012 que modificó los arts. 125 bis, 126, 127, 140, 145 bis, 145 ter, 250 quater del Código Penal;
- t) la ley 26.847 de 2013 que introdujo el art. 148 bis del Código Penal;
- u) la ley 26.904 de 2013 que incorporó el art. 131 del Código Penal;
- v) la ley 27.347 de 2017 que modificó los arts. 84 y 94 y 193 bis, e introdujo los arts. 84 bis. y 94 bis del Código Penal;
- w) la ley 27.352 de 2017 que modificó el art. 119 del Código Penal;
- x) la ley 27.401 de 2017 que establece el régimen penal de las personas jurídicas;
- y) la ley 27.735 de 2017 que modificó, a su vez, el art. 14 del Código Penal;



z) la ley 27.436 de 2018 que modificó el art. 128 del Código Penal.

Resulta evidente que las citadas leyes definieron una política criminal que marca una evolución del sistema legal penal. En ese desarrollo normativo, cuyo valor y sentido jurídico debe ser ubicado y asociado al contexto temporal que resulta propio a las circunstancias históricas, culturales y políticas -entre otras- circundantes al momento en que tuvieron lugar los debates legislativos dados en el seno del Congreso de la Nación en el proceso constitucional de formación y sanción de tales leyes, es indudable el aumento y agravamiento de las penas del modo señalado. Sin embargo, más allá de las opiniones personales que al respecto puedan esgrimirse, evidentemente los sucesivos integrantes de aquel poder del Estado, en tanto representantes del pueblo de la Nación Argentina, han condensado en el contenido de cada una de esas leyes el modo de ser y sentir de la sociedad argentina, es decir, representaron las características y cualidades de la mayoría de los individuos que habitamos el territorio nacional, porque los diversos sectores o frentes preponderantes legislativamente y que gobernaron el país fueron votados en las sucesivas elecciones bianuales (2001; 2003; 2005; 2007; 2009; 2011; 2013; 2015; 2017; y 2019) de renovación de mandatos de Diputados y Senadores.

En esa ponderación, los legisladores percibieron y apreciaron los intereses, necesidades y preocupaciones de la sociedad en general que volcaron en el debate propio de nuestra democracia, y luego sancionaron las normativas representativas de los requerimientos y necesidades sociales. En este sentido, no puede desconocerse que «[...] *la soberanía o facultad de declarar y sancionar el derecho (porque no es más ni menos) reside esencialmente en todo el cuerpo social. Sin embargo, no porque de todos sea el derecho, a todos ha de acompañar la capacidad de concurrir a su declaración y sanción: será pues preciso que del seno de la gran sociedad civil salga otra sociedad política, formada de los individuos capaces de concurrir a la formación de un fondo común de inteligencia y de fuerza, al doble fin de declarar y sancionar el derecho. Tal es el origen y fin primordial del Estado*» (ALBERDI, Juan Bautista; “*Fragmento ...*”; ob cit; ps. 107/108). Desde allí es posible advertir que sobre la necesaria legitimidad democrática de nuestro gobierno se debe asentar el ejercicio válido del legislativo de acuerdo con la Constitución que no puede ejercerlo de cualquier modo, sino dentro de los límites y sin afectar o lesionar derechos y



garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en los tratados con igual jerarquía (arts. 27 y 28 CN).

En nuestra de separación de poderes, si bien la facultad de determinación punitiva corresponde al Poder Legislativo, encuentra su contrapeso y control en el ejercicio de las atribuciones que le corresponde al Poder Ejecutivo (veto) y al Poder Judicial (control de constitucionalidad), quienes no pueden ejercer sus facultades de contralor desconociendo o despreciando aquello que integra el núcleo de determinación del significado de una norma y en su caso la interpretación, esto es, sus palabras y sus relaciones de unidad, coherencia y plenitud del sistema jurídico. Entonces, reconocer que la primera regla constitucional de interpretación de un texto jurídico es la de asignar pleno efecto a la letra de la norma (art. 1 CN y art. 149 CdeM), permite observar e identificar cuál ha sido la identidad de la sociedad determinante con esas leyes y en el caso con la política criminal adoptada en el transcurso de los últimos 20 años, en su clave contextual: individuo/sociedad/Estado.

Sólo así es posible evitar el vicio interpretativista de la ley en un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, o que destruya las unas por las otras o su reemplazo, por la sola voluntad judicial, dado que “..., *el interpretativismo no es una alternativa genuina al positivismo o al iusnaturalismo, ya que en el fondo oscila entre un iusnaturalismo ingenuo y un positivismo encubierto. En efecto, si bien el interpretativismo gira alrededor de la noción de la respuesta correcta, se empecina en defender la idea de autoridad institucional, al menos la de los jueces; tal vez el sayo que mejor le quepa sea entonces el de “positivismo judicial”*” (ROSLER, Andrés; “*La ley es la ley*”; Katz Editores; 2019; p. 20).

Recapitulando, delimitado el objeto del pronunciamiento para el que es convocado este Tribunal, con la prudencia que debe tener declaración de inconstitucionalidad según la doctrina de la propia CSJN, y a su vez señalada la política criminal definida por el Congreso Nacional y destacada la importancia de la realización de una audiencia de carácter público, a continuación se abordaran los argumentos por los cuales consideramos que la prisión perpetua no contraviene norma alguna de carácter constitucional ni convencional.

b.- Acerca de los cuestionamientos a la constitucionalidad de la prisión perpetua



La pena de prisión perpetua recibe, tanto desde cierto sector de la doctrina, como también desde algún ámbito jurisprudencial, críticas que se asientan en una serie de argumentos que, en general, pueden condensarse del siguiente modo: 1) que su imposición acarrea una violación a la separación de poderes y al principio de legalidad; 2) que produce un estado de incertidumbre en la persona condenada; 3) que afecta los principios de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad; 4) que provoca una afectación del «mandato resocializador» de la pena; 5) que infringe la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes; 6) que afecta el principio de no regresividad; 7) que no guarda correlación con las disposiciones del Estatuto de Roma; y 8) que no admite posibilidad de examen posterior de la pena. Si bien estos cuestionamientos no agotan toda la crítica, sí resultan los más importantes y que tienen incidencia para resolver la cuestión que motiva el llamado a plenario.

De acuerdo a lo anticipado, consideramos que no existe contradicción entre la pena de prisión perpetua como tal y el régimen constitucional, ni vulneración de los tratados internacionales que la República Argentina ha suscripto y que, en las condiciones de su vigencia, tiene jerarquía constitucional (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional); en particular, no existe contradicción respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Como desarrollaremos, existen razones de peso para afirmar que nuestro texto constitucional no prohíbe esa clase de pena, sino que protege la dignidad inherente a la persona humana vedando las penas degradantes, crueles o inhumanas. Además, debe decirse que nuestro país no ha ratificado ningún instrumento internacional que haya derogado o invalidado la pena en cuestión. Por lo tanto, no sólo no se encuentra prohibida como sanción penal sino, por el contrario, del compendio de normas jurídicas constitucionales y convencionales con jerarquía constitucional -el denominado bloque constitucional-, se advierte -como se verá- que se encuentra entre las opciones que el legislador tiene como **expresamente admitida**.

De tal manera y en función de las críticas constitucionales formuladas a la prisión perpetua, a continuación se analizarán algunos de los principios fundamentales que



rigen la pena en nuestro Estado Constitucional de Derecho, así como la proyección y explicación de cada uno de ellos sobre aquella sanción en el régimen penal argentino.

Es conveniente señalar que, en uso de sus facultades constitucionales de diseño de la política criminal, la prisión perpetua ha sido prevista desde los orígenes de la legislación sancionatoria en nuestro país por el legislador como *la pena más grave para los delitos más graves*,. Así, no solamente previó dicha pena única dentro del elenco de respuestas punitivas de las que goza el Estado para sancionar los comportamientos que revelan disvalor jurídico-social (art. 5 ss. y cc. del Código Penal) sino que, además, reservó expresa y exclusivamente la posibilidad de aplicar esa penalidad para la incuestionable gravedad que representan ciertos tipos de infracciones penales (fundamentalmente aquellos tipificados en el art. 80 del mismo cuerpo normativo).

b.1.- Separación de poderes y su vinculación con el principio de legalidad

La teoría de la separación de poderes, según la denominación que nos viene de Montesquieu en su obra *“El espíritu de las leyes”* (1748) y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, entre otras fuentes, trata de explicar cómo funciona la técnica de organización del poder y su ejercicio en los Estados democráticos modernos, desconcentrados, descentralizados, federales, frente a los Estados absolutos, autoritarios.

Suele utilizarse también la expresión “División de poderes” o “División de los poderes” para representar la misma idea de separación de poderes o para diferenciarse por su forma, incluso en otras oportunidades se invierte su significado, lo que genera una amplia confusión en su uso de tales términos.

Luigi FERRAJOLI dice que la noción de «división de los poderes» es «[...] una expresión polisémica. Según una distinción sugerida por Michel Tropol y por Ricardo Guastini, puede ser entendida con dos significados distintos: en el sentido de «división entre poderes» y en el sentido de «división del poder». En esas dos fórmulas resulta diferente tanto el significado de «división» como el significado de «poder»: en la primera fórmula «división» significa «separación» y la palabra «poderes», usada en plural, designa funciones distintas atribuidas a instituciones distintas; en la segunda «división» significa «distribución» y la palabra «poder», usada en singular, designa la misma función atribuida



por lo común a una misma institución. En el primer sentido la fórmula expresa la clásica separación formulada por Montesquieu entre el poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. En el segundo corresponde más bien al principio de checks o balances, o sea a la distribución entre sujetos distintos del mismo poder» (FERRAJOLI, Luigi; “Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia”; Volumen 1 Teoría del derecho; Editorial Trotta; Madrid; 2011; p. 817).

Como cada país ha establecido sus reglas de gobierno, encontraremos que «[e]n cada modelo anida una concepción particular y singular, de lo que se entiende por separación de los poderes» (BIANCHI, Alberto B.; “La separación de poderes: un estudio desde el derecho comparado”; Ed. Cathedra Jurídica; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; p. 399). Pero sin perjuicio de ello y de la multiplicidad de usos y significados, existen diversos modelos, pero que reconocen dos grandes variantes: una conocida como *división de poderes* sin necesidad de igualdad jurídica de los poderes, donde prima una rígida distribución de la función asignada a los órganos que cada uno integra por sobre los equilibrios y controles entre ellos y la otra denominada *separación de poderes*, que en un sentido más estricto es del tipo mencionado como “*frenos y contrapesos*”, llamado “*checks and balances*” (controles y equilibrios), porque «[...] *el principio fundamental es la separación y equilibrio de los poderes, sin preeminencia jurídica de ninguna de ellos*» (BIANCHI, Alberto B.; Ob. Cit.; p. 284), donde «[c]ada poder tiene asignada una función principal y, a la vez, controla a los demás [...]» (BIANCHI, Alberto B.; ob. cit.; p. 190).

En definitiva, y más allá del rótulo que suele utilizarse, esencialmente tenemos que en un caso se trata del «[...] *principio organizativo en virtud del cual funciones distintas se especializan mediante su atribución a instituciones entre sí independientes: el caso más importante, pero como veremos no el único, el de la función judicial con respecto a la legislativa y a la de gobierno*» que «[...] *implica la recíproca independencia entre las instituciones que son titulares en exclusiva de los poderes separados[...]*»; mientras la otra «[...] *para designar la articulación del poder de manera tal que, gracias a recíprocos controles y equilibrios, la competencia relativa a una misma función quede dividida entre instituciones, u órganos y/o funcionarios distintos, a fin de que el poder de uno delimite el del otro [...]*», y ello «[...] *comporta la inter-dependencia de los órganos y de los sujetos entre*



los que el poder se halla dividido, mediante la atribución a alguno de ellos del nombramiento y/o de la destitución de los funcionarios investidos del mismo, o mediante la participación y/o control de alguno de ellos sobre el mérito de su ejercicio» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit ; p. 817).

En «[1]a Constitución [...] reside [...] la organización de los poderes que forman su gobierno, y en la demarcación de sus facultades y límites respectivos» y esa «... organización de los poderes comprende no sólo su elección, el sueldo de los mandatarios, su título, su traje, su asiento, y algunas facultades subalternas, que entre nosotros suelen figurar en primer rango, sino muy principalmente sus atribuciones y facultades, es decir, sus poderes, como lo indica su nombre, la demarcación precisa y completa de ellos, la responsabilidad y limitaciones de los funcionarios y de su autoridad» (ALBERDI; “Derecho Público provincial argentino”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 144).

De nuestra Constitución Nacional resulta claro que la forma de gobierno adoptada (decidida) es la declarada como representativa republicana federal, en el art. 1 de la CN, pero la misma norma dispone que lo es *según la establece la presente Constitución*. Con lo cual no solo rotula al modelo con un sintagma jurídico (representativo republicano federal), sino que se establece la fuente de conocimiento de cómo es y funciona ese (nuestro) sistema de gobierno: la letra de la misma Constitución. Con ello se debe descartar toda construcción basada en la opinión universal de los autores, u otros regímenes políticos o modelos.

El análisis sistemático de las normas que integran nuestro *Contrato Social*, da por resultado que la República Argentina estableció la *separación de poderes (frenos y contrapesos)* aunque lo ha sido con sus propias características, ello porque se dispone la supremacía constitucional en el art. 31, a la que todos (los poderes constituidos, las provincias, los ciudadanos y los habitantes) estamos sometidos, y se establece la equiparación jurídica de los poderes constituidos (legislativo, ejecutivo y judicial), con distribución de competencias asignando una función principal a cada uno de ellos, de forma tal de lograr mantener el equilibrio jurídico, con ejercicio recíproco del control, con superposición funcional en colaboración (acuerdos) o no (veto de la ley o control de constitucionalidad de la misma) o el sucesivo ejercicio del tramo de una función por otro poder (el establecer las



penas, el imponerlas o el indulto y conmutación de ellas) y expresas prohibiciones (por ejemplo: art. 29 y 109).

Así como el establecimiento de la pena única o fija de prisión perpetua por el Congreso no viola la separación de poderes de la función judicial por parte de los jueces, tampoco lo hace la función de control de constitucionalidad de las leyes, sea formal como materialmente, que realizan los jueces en cuanto a la función legislativa del Congreso, porque así está diseñada en nuestra Constitución. Como decía Domingo Faustino SARMIENTO en 1853 «[...] *la Constitución argentina ha establecido en los tribunales de justicia un poder superior a todos los otros poderes, en cuanto ellos son en definitiva los intérpretes de la Constitución, y por tanto los jueces que han de resolver todas las cuestiones de derecho y de hecho que del ejercicio de aquéllas emanan; y éste es un punto capital para que lo dejemos pasar inapercibido*» (SARMIENTO, Domingo Faustino “*Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*” en “*El Pensamiento político hispanoamericano*”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1964; p. 410). Por su parte, Juan Bautista ALBERDI en 1854 expresaba «[I]a Corte Suprema, delegataria de la soberanía del pueblo argentino para juzgar en los asuntos federales, es el tribunal a quien corresponde el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución ...; esos puntos son los relativos a las leyes mismas, es decir, a la constitucionalidad de las leyes; a saber y decidir si una ley en cuestión es o no conforme a la Constitución [...] La Corte Suprema declara inconstitucionales a las leyes que lo son. No las deroga, porque no tiene el poder de legislar: derogar es legislar. Declarada inconstitucionalidad la ley, sigue siendo ley hasta que el Congreso la deroga» (ALBERDI, Juan Bautista, “*Sistema económico y rentístico*”; Editorial Ciudad Argentina; Buenos Aires; 1998; p. 129).

Por ello, en nuestro sistema de gobierno nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y por tanto la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función. Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un *principio de derecho público* al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional.

Entonces, los Poderes constituidos -Legislativo, Ejecutivo, Judicial-, como delegación de la soberanía del pueblo en el Contrato Social (Constitución Nacional), revalidada ininterrumpidamente la legitimidad democrática (de origen) desde la recuperación de la democracia en 1983 en forma bianual en elecciones limpias, transparentes y libres, y con ello, de la titularidad en cuanto Estado de la potestad limitada de imperio, de la cual se desprende la facultad de establecer los delitos y de fijar las penas. Precisamente, dentro del marco de reparto de atribuciones entre los diversos poderes que componen el sistema representativo republicano federal que establece nuestra Constitución Nacional (art. 1 de la CN) corresponde exclusivamente al Congreso de la Nación el dictado de la legislación penal sustantiva para todo el ámbito de aplicación territorial y personal de la República Argentina (art. 75 inc. 12 de la CN), lo que supone la atribución de determinar jurídicamente no sólo los delitos penales, sino, además, cuáles son sus consecuencias jurídicas.

Al respecto, resulta pertinente traer aquí a colación un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto menciona que “[n]uestra Constitución Nacional trata, en primer lugar, entre los poderes del Estado que conforman el gobierno federal, del Poder Legislativo. Una razonable justificación de la ubicación del Legislativo se encuentra en su carácter de más directo representante de la voluntad popular, toda vez que es el Congreso el órgano representativo por naturaleza, quien refleja más fielmente a la sociedad política y el ámbito de elaboración de la “voluntad general” que se expresa en la Ley como el acto de gobierno por antonomasia en el Estado de Derecho. El artículo 19 de la Constitución enfatiza ese criterio cuando fija, en el llamado “principio de legalidad”, el límite entre lo prohibido y lo permitido”. Así, “[l]a república representativa, adoptada para el gobierno de la Nación en nuestra Constitución, se funda en



el respeto a la Ley como expresión de las mayorías y en el respeto a la Constitución como garantía de las minorías contra los eventuales abusos de aquellas. Por eso nada es superior a la Ley, excepto la Constitución” (CSJN 353/2020/CS1).

Esa actividad eminentemente legislativa y deliberativa se concreta y materializa mediante la creación de figuras o “tipos” penales que definen no sólo los aspectos objetivos y subjetivos de los comportamientos -acciones y omisiones – delictivos sino, además, cuáles son las consecuencias que acarrea su realización -penas- que se manifiesta mediante la *ley*. Cabe afirmar que, en esa relación jurídica entre la definición de delito-pena, debe necesariamente mediar una correspondencia entre ambos extremos, de manera tal que las penalidades fijadas en términos generales y abstractos sean definidas con tanta certeza como sea posible, lo que se cumple determinando legalmente la especie de pena, la escala penal y los parámetros a los que debe ajustarse la cuantificación de la sanción, o una pena fija.

En nuestro sistema jurídico constitucional desde 1853, el principio de legalidad no simplemente es «[...] *del monopolio tanto de la fuerza como de la potestad normativa, del estado legislativo de derecho [...] sino el principio de constitucionalidad en virtud del cual también la ley está vinculada al derecho, según el modelo de lo que podemos llamar el estado constitucional de derecho*» (FERRAJOLI, Luigi; “*Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*” Volumen 1. Teoría del derecho; Editorial Trotta; Madrid; 2011; p. 125 y 126). Porque mientras el «“*estado legislativo de derecho*”, fruto de la que podemos considerar la primera revolución jurídica moderna: la afirmación del monopolio estatal de la producción legislativa, expresado por las codificaciones, y la consiguiente legitimación formal de la eficacia de los actos preceptivos cualesquiera que sean los efectos producidos, en función (solamente) de la forma legal de las normas que los prevén. El estado de derecho en sentido estricto o fuerte se ha afirmado en cambio como “*estado constitucional de derecho*” gracias a la que podemos considerar la segunda revolución jurídica moderna: la sujeción de toda la producción del derecho a principios normativos, como los derechos fundamentales y el resto de principios axiológicos sancionados por constituciones rígidas, y la consiguiente legitimación sustancial de la eficacia de todos los actos de poder, incluidos los legislativos, en función (también) de los contenidos o significados que expresan». «En otras palabras, si “*derecho positivo*” es todo sistema de normas «puestas» o producidas en las formas



normativamente previstas, “estado (constitucional) de derecho” es un sistema en el que la producción de normas está regulada normativamente no sólo en lo referente a las formas de producción sino también en lo referente a los significados producidos» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 462). Es decir que «[e]l estado constitucional de derecho no es otra cosa que este “derecho sobre el derecho”: el conjunto de límites y vínculos jurídicos -formales y sustanciales- que deberían envolver cualquier ejercicio de poder, no sólo público sino también privado, no sólo ejecutivo sino también legislativo, y no sólo en el seno de los ordenamientos estatales sino también en las relaciones internacionales» (FERRAJOLI, Luigi; ob cit; p. 463).

En consecuencia, el principio de legalidad (art. 19 CN) no sólo tiene un contenido formal, esto es, de previsión del delito y la pena en la ley, como avance del poder del Estado sobre la libertad de las personas, conforme un procedimiento formalmente válido de su sanción, sino que su contenido debe ser sustancialmente válido. La legalidad sustancial de la pena tiene que ver no sólo con que ella esté perfectamente delineada en la ley, en forma previa al delito (art. 18 CN), y como resultado de un procedimiento formalmente válido de sanción, sino que también, examinada en su naturaleza, en su cantidad y calidad, no alteren los principios, garantías y derechos constitucionales reconocidos (art. 28 CN) de forma tal que debe resultar compatible con la dignidad del hombre y con sus derechos fundamentales.

La contracara puede verse formulada de modo general en el principio de reserva, donde se establece un amplio ámbito de protección de la libertad de toda posible injerencia estatal respecto de las acciones privadas de las personas, debiendo considerarse como tales no sólo las realizadas en un espacio de intimidad, sino aquellas que, siendo ejecutadas en ámbitos públicos, no provoquen interferencias intersubjetivas lesivas (art. 19 CN).

Ahora bien, insistiendo en que la determinación y previsión de la proporcionalidad genérica y abstracta de la pena -como respuesta estatal frente al delito- que se individualiza en la ley es de competencia exclusiva del legislador, resulta insoslayable que ese poder del Estado se encuentra plenamente habilitado para decidir ya sea conminar delitos mediante penas que sean de tipo divisibles o indivisibles. Es decir, sanciones penales cuya fijación temporal sea diferida al conocimiento y decisión del juez competente, quien asume



cierto margen para determinar la pena aplicable al caso concreto, siempre dentro del límite legal definido por la escala penal respectiva; o, por otra parte, penalidades fijas que son insusceptibles, por su propia definición, de medición. En este último supuesto, es el legislador quien decide que determinados delitos -los más graves, en el caso de nuestro Código Penal- sean amenazados con la respuesta estatal que aparece como la que concentra la mayor intensidad punitiva.

Por este motivo, entendemos que aquel cuestionamiento no puede ser utilizado exitosamente como argumento para contrarrestar la validez constitucional de la pena de prisión perpetua, en el sentido de asociar el carácter de pena única, con una alegada prescripción o cercenamiento al ejercicio de la labor jurisdiccional inherente a la determinación judicial de la pena.

Primero, porque no existe ninguna disposición constitucional que declare, o de la que se pueda inferir de alguna manera razonable e incontestable, que la previsión de penas fijas resulte inconciliable con sus postulados.

Segundo, porque como derivación o consecuencia necesaria de lo afirmado precedentemente, con nuestro ordenamiento jurídico se ha diseñado un sistema de penas dentro del cual, para aquellos delitos considerados más graves, se le ha establecido una pena única, la más grave.

Tercero, porque existen claros límites al ejercicio de esa potestad por parte de los órganos jurisdiccionales. Así, nuestro Cívero Tribunal ha entendido que “[e]l ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces, no llega hasta la facultad de instituir la ley misma, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes. De ahí, que el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los magistrados el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, so color de desacierto o injusticia” (Fallos: 338:488).

Cuarto, tampoco advierto que la conminación legal de sanciones penales únicas o fijas signifique una intromisión o anulación de un poder del Estado sobre otro, es decir, del



Poder Legislativo sobre el Poder Judicial. Si bien se suele decir que la previsión legal de una única pena posible estandarizada impide una labor esencialmente jurisdiccional, por cuanto veda al juez la posibilidad de decidir en la sentencia la individualización de la pena aplicable, esto es, definir el *quantum* de penalidad que estima equitativo aplicar, de acuerdo a cuál haya sido el grado de culpabilidad revelado por el agente en el hecho juzgado, lo cierto es que ese argumento no encuentra correlato en el ordenamiento constitucional.

Así, vislumbrar en esta situación que con ello el legislador se arroga el conocimiento de causas pendientes, lo que supondría una transgresión a la separación republicana de los poderes y lo previsto por el artículo 116 de la Constitución Nacional, supone partir de una premisa que es errónea y resulta eminentemente inconstitucional. Pues, de admitirse como válida, también deberíamos rechazar por inconstitucional establecer mínimos en las escales penales, el límite de hasta tres años para otorgar la condena condicional. Además, la norma sancionada rige constitucionalmente para el futuro (art. 18 CN), por tanto, nunca puede dar lugar a arrogarse el conocimiento de causa pendiente que no existe al momento de su sanción, por ser futuro el hecho.

Por otra parte, advertimos que un razonamiento semejante también adolece de un error en su configuración originaria, desde que en ella se confunden aspectos o momento diversos del proceso de determinación de la pena. Nos referimos a lo que tiene que ver con el establecimiento -legal- de la sanción penal con la imposición -y en su caso la individualización- de la penalidad aplicable al caso concreto, momentos diferenciales que hacen a la labor del legislador de establecer la pena de manera abstracta, genérica y cierta para todo el elenco de comportamientos captados por la ley como disvaliosos jurídicamente, y al juez debe resolver el caso puesto a su conocimiento y decisión, aplicando la ley.

Ello, porque «[...] *la ley es la ley: el derecho que es no tiene por qué coincidir con el derecho tal como nos gustaría que fuera, es decir, con nuestras creencias morales o políticas -u, obviamente, con nuestro autor favorito-, y esto no tiene por qué ser necesariamente una mala noticia, sobre todo si el derecho pretende tener autoridad antes que dar respuestas correctas [...]* El derecho que a su vez estipula cuáles son nuestros derechos, no es entonces en sí mismo un instrumento de justicia, sino un sistema normativo institucional diseñado esencialmente para resolver conflictos sobre la justicia. En efecto, los



legisladores y los jueces dan con una respuesta que los súbditos del derecho consideran correcta porque corresponde al sistema normativo que es el derecho, y no al revés ... La decisión correcta, entonces, depende del sistema jurídico y no el sistema jurídico de la decisión correcta, o para decirlo de otro modo: el derecho no existe para darnos la razón, sino que, si queremos respetar su autoridad, somos nosotros los que tenemos que darle la razón al derecho.» (ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 16/17).

Es preciso reiterar, aún a fuerza de que pueda resultar sobreabundante -lo que se supera al reparar en el valor de este argumento-, que nos encontramos ante el ejercicio de atribuciones y competencias definidas y asignadas por la Constitución Nacional. De manera tal, y como fue señalado en los párrafos precedentes, el sistema jurídico-penal viene predeterminado por el legislador nacional, a quien le corresponde, como una de sus funciones esenciales en el diseño de la política criminal, formular positivamente las normas legales que definen comportamientos delictivos, en sus aspectos típicos, asociándolos a la sanción penal que se estime corresponder según la escala de gravedad que, en abstracto, atribuya a tal o cual especie de comportamiento punible. Se trate de figuras básicas, agravadas o atenuadas, éstas tienen siempre indicada su consecuencia de orden punitivo, con referencia al tipo de sanción y a la extensión en que puede ser objeto de aplicación.

En ese tramo de su actividad, referido exclusivamente a la tarea de establecer cada sanción penal, aquel poder del Estado, otorgado por la Constitución al Poder Legislativo, tiene a su alcance dos alternativas, a saber: puede conminar penas divisibles en razón del tiempo o de cantidad (estableciendo una escala o fijando el máximo), o sanciones únicas o fijas. Con lo cual puede resultar un sistema penal de escalas penales, o de penas fijas o combinar ambos, como en nuestro Código Penal. Ello con independencia de la conveniencia, oportunidad o eficacia de aplicar uno de esos sistemas.

Cuando la conminación genérica y abstracta de penalidad aparece realizada conforme a la primera de las opciones señaladas, la concreción de ello queda sistematizada a través de la previsión legal de marcos punitivos que permiten una oscilación en el plano de la determinación judicial de la pena. En estos casos, es la ley la que, al establecer una escala penal, le asigna al juez la capacidad o facultad para determinar la medida concreta de la pena correspondiente, por lo que el deber del juez es aplicar la pena establecida por la ley y, sólo



cuando ella lo habilita a definir tal determinación o el *quantum*, así debe proceder en el ejercicio de su función (art. 112 de la Constitución Nacional y arts. 148 y 149 de la Constitución de Mendoza).

Para cumplir adecuadamente con esa tarea de mensuración de la sanción penal, cuando resulte legalmente habilitado para ello, la ley le suministra al juez un conjunto de pautas previstas en la parte general del ordenamiento jurídico que le indican el modo de proceder ante supuestos de multiplicidad delictiva, tentativa, participación, etc. Esas herramientas legales dirigidas al juzgador para decidir sobre la pena que debe imponerse en el caso concreto, a partir de las cuales pueda establecer primeramente ante qué caso legal específico se enfrenta, se ven robustecidas con las pautas de mensura de la sanción que indica el art. 41 del Código Penal, norma en la que se sugieren un conjunto de aspectos que deberán ser considerados para la regulación de la pena en un supuesto concreto.

No es posible soslayar que ese temperamento resulta a todas luces evidente de modo particular, a través de la remisión expresa «*A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:[...]*» (art. 41 CP), de aquella norma con el art. 40 del Código Penal, desde donde se prevé que tanto las circunstancias atenuantes y agravantes que sean particulares a cada caso, así como las interpretación y aplicación de aquellas pautas o parámetros abstractos de mensuración concreta de la pena -como aspectos que los tribunales deben evaluar-, resultan operativos **sólo** en las «*[...] penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad [...]*».

Mientras que, por otro lado, ese sistema de determinación legal de penalidad, asociado con el establecimiento de escalas penales incluidas en cada una de las diversas figuras delictivas que se hayan diseminadas a lo largo de la legislación penal, con límites máximos y mínimos que suelen encontrarse generosamente separados en cuanto a su intensidad, de manera tal ofrecer al juez una cierta elasticidad, encuentra una marcada diferencia cuando se utiliza el método de conminación de pena única. Aquí, es el Poder Legislativo quien en ejercicio de la atribución propia de la potestad punitiva limita la libertad de los individuos (art. 19 CN) diseña la política criminal, determinando que, respecto de cierta clase de delitos, los más graves, la respuesta punitiva legal no admite aquella elasticidad mencionada, sino que le prescribe precisamente una sanción fija, la más grave, por lo tanto, inflexible e impasible de graduaciones.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

Sobre la base de lo expuesto, el sistema constitucional penal dispone que le corresponde de forma exclusiva al legislador nacional establecer la pena, quien se encuentra plenamente habilitado para cumplir con ese mandato a través de la determinación legal de penas. En ejercicio de esa potestad, puede establecer de manera abstracta e indeterminada penas fijas -tal es el caso de la prisión perpetua- o penas divisibles, sea en razón del tiempo y/o del monto; ello siempre de acuerdo a la descripción y definición de los alcances de las figuras delictivas de que se trate. En nuestro país, dentro de ese sistema de penas, para los delitos considerados más graves se ha establecido una pena privativa de libertad fija y la más grave.

Del mismo modo, la Constitución Nacional establece que a la Corte, tribunales y jueces les corresponde de forma exclusiva la tarea de conocer y decidir todos los casos puestos en su conocimiento (arts. 109 y 116 CN), con la salvedad que el procedimiento y la decisión de los mismos no está sujeta a la prudencia y libre discreción de los jueces, sino que el ejercicio de su poder jurisdiccional debe ser conforme a la ley, según el principio de legalidad penal -art. 18 de la CN- y su compromiso jurídico-institucional de la forma como debe ejercer su función: *«desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución»* (art. 112 de la Constitución Nacional). En nuestra provincia, equivalentemente se dispone que *«[l]os Tribunales y Jueces deben resolver siempre según la ley y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura»* (art. 148 de la Constitución de la provincia de Mendoza); como asimismo que *«[l]as sentencias que pronuncien los Tribunales y Jueces Letrados se fundarán en el texto expreso de la ley [...]»* (art. 149 de la Constitución de la provincia de Mendoza); y el deber jurídico nacido de su compromiso jurídico-institucional de *«desempeñar fielmente su cargo»* (art. 157 de la Constitución de la provincia de Mendoza). Complejo normativo desde donde se desprende que la función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución, los Tratados y la ley.

En el marco de las conclusiones alcanzadas precedentemente, y establecida la frontera en la delimitación jurídica funcional entre la actividad del Poder Legislativo



-establecer delito y pena- y del Poder Judicial -comprobar la comisión de un delito, la responsabilidad sobre el mismo y en consecuencia condenar e imponer la pena-, se colige que si la judicatura, al resolver sobre un caso concreto, decidiera imponer graduaciones o distinciones en orden a la penalidad aplicable que no resultan contempladas ni autorizadas por la ley, ello representaría una actuación jurisdiccional *contra legem*, provocando de esta manera una grave alteración del orden constitucional por violación del principio de derecho público de separación de poderes y que bajo pena de nulidad se lo establece expresamente en el art. 12 de la Constitución de Mendoza y el sistema penal, puesto que se afectaría de este modo el sistema de penas establecido según las diversas categorías legales de conductas delictivas. En otras palabras, cuando la ley ha previsto para los tipos delictivos más graves la pena más grave de prisión perpetua, el juez debe cumplir con ese mandato legal, lo que -en cuanto a lo que aquí estamos analizando- le impide transformar la pena perpetua en pena temporal, ya que decidir de ese modo implicaría una sustitución al margen de la Constitución y la ley.

En términos generales, no puede obviarse la doctrina de la Corte Suprema de justicia de la Nación que establece que “[l]a *inconsecuencia o falta de previsión no se suponen en el legislador*” (Fallos:306:721; 307:518; 319:2249; 326:704), por lo que “[l]as *leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos*” (Fallos: 200:165; 304:1795; 315:1256; 326:2390; 331:2550). Por lo cual, se ha ratificado continuamente que “[l]a *primera fuente de interpretación de la leyes su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella*” (Fallos: 312:2078; 321:1434; 326:4515), pues “[l]a *exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu*” (Fallos: 307:928; 308:1873; 315:1256; 330:2286).

Llevando este aspecto al ámbito concreto, obsérvese que la problemática que acarrea en el sistema legal una actuación como la descripta precedentemente, ha sido también abordada -de manera reciente- por la Corte Federal. Precisamente, en la causa “Álvarez”, tras considerar decisivos los argumentos vertidos por el señor Procurador Fiscal ante esa instancia, el Supremo Tribunal Nacional hizo hincapié en los efectos nocivos que provoca al régimen



legal cuando se transforma por decisión judicial una pena perpetua en divisible, habilitándose luego la creación discrecional de una escala penal que permita la determinación de un monto máximo de penalidad (Fallos: 342:1376).

Con lo cual, ningún argumento que resulte respetuoso del principio constitucional de separación de poderes, como del principio de legalidad propios de nuestro Estado Constitucional de Derecho aparece como exitoso cuando se pretenda validar una conversión no autorizada por la ley. En conclusión, establecer -en el ejercicio de la función legislativa vinculada a la atribución de la potestad punitiva- una pena única, fija, de prisión perpetua no constituye una intromisión en la función jurisdiccional, ni limita la función judicial, sino que el Congreso ejerció sus atribuciones dentro del diseño constitucional de separación de poderes propio del tipo de *frenos y contrapesos* y por tanto no es inconstitucional.

b.2.- Sobre la pretendida incertidumbre de la prisión perpetua

Vinculado con lo expuesto, también se sostiene que la prisión perpetua provoca un estado de incertidumbre tal que colisiona con principios y garantías constitucionales. Ello se sustenta, para quienes asumen esa posición, en la violación al mandato de certeza -*lex prævia et certa*- propio del principio de legalidad. Pues bien, entendemos que tal circunstancia no se configura en el ordenamiento en tanto en el caso de la prisión perpetua no existe una situación fáctica que no esté resuelta legislativamente, de manera tal de hacer surgir en el juez la necesidad de acudir a la interpretación como instrumento para garantizar el cumplimiento del mandato de certeza constitucional.

En este punto, es conveniente destacar que, aun tratándose de la pena más severa prevista en la normativa penal como respuesta punitiva frente a una determinada y precisa categoría de delitos -cuya gravedad resulta a todas luces incuestionable: homicidio calificado, matar a otro en determinadas circunstancias, situaciones o modalidades, cuando la vida es el bien jurídico individual máspreciado- surge claramente que no se trata de una sanción verdaderamente perpetua puesto que, de acuerdo a la regulación legal establecida en nuestro derecho interno, no se trata de una pena vitalicia desde que no es a perpetuidad. Ello



en tanto la persona condenada a prisión perpetua siempre tiene la posibilidad de retornar al medio libre, luego de transitar un lapso cierto y legalmente determinado en prisión.

En primer lugar, del análisis sistemático de las normas que integran nuestro sistema jurídico penal se concluye que el Código Penal argentino establece un límite máximo de duración temporal para toda condena a pena de prisión: en 50 años. Efectivamente, tenemos por una parte para los casos del concurso real de delitos en los que *«la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos»* cometidos por los que se condena, aunque puedan superar ampliamente cualquier expectativa de vida, incluso más de una vez, *«no podrá exceder de cincuenta años»* la imposición de la pena de prisión (art. 55 CP, texto según la ley 25.928, sancionada en el año 2004). Mientras que, por otra, el condenado a prisión perpetua que haya cumplido 35 años -es decir un poco más de dos tercios de 50 años- puede obtener la libertad condicional (art. 13 del C.P.), en similares condiciones que quien fue condenado a 50 años -por la limitación del art. 55 CP- puede obtenerla cuando hubiere cumplido los dos tercios de ella, es decir a los 33 años y 4 meses. En consecuencia, nuestro Código Penal establece evidentemente un límite jurídico inexorable para toda pena de privación de la libertad impuesta, como es el caso de la pena de prisión perpetua, en 50 años.

En segundo lugar, no está prohibida como especie de pena por la Constitución de Nación Argentina, ni por los Tratados de DDHH con jerarquía constitucional.

Para poder tener una visión jurídica plena sobre el sistema de límites a la potestad punitiva del Estado en cuanto a qué tipo de penas se pueden establecer, es importante partir de la pena legal más grave tolerada universalmente: la pena de muerte. Tenemos que a nivel constitucional en el artículo 18 sólo se dispone que *«[q]uedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes»*, mientras que en la Convención Americana sobre Derechos Humanos si bien en el art. 4 no prohíbe definitivamente y universalmente la pena de muerte, sí dispone: **a) condiciones en su mantenimiento** *«2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito [...].»*; **b) límites:** **b.1-) en el tipo de casos** *«4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos»*; **b.2-)**



en el ejercicio: «5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez, y extensión lo hace como convencional»; **c) derechos:** «6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente»; **d) la prohibición de su ampliación o ensanchamiento a nuevos casos** en los países que se aplica «2. ...Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente»; y **e) la prohibición de regreso** para los países que no la tuvieren instaurada «3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido» y, **f) obviamente, la prohibición de instituirla** para quienes nunca la hubieren determinado.

En similar sentido el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: **a) condiciones en su mantenimiento:** «2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente. 3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio»; **b) límites en el ejercicio:** «5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez»; **c) derechos a los sentenciados:** «4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos»; y **d) prohibición de uso** de la tolerancia en el mantenimiento «6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado Parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital».



De la atenta lectura de ambas normas, resulta evidente que la mayoría de los países que suscribieron estos instrumentos internacionales no eran partidarios de la pena capital, sino que sólo toleraron a aquellos sistemas que la tenían vigente, acordando limitaciones y derechos; pero definieron una clara **política criminal a futuro** de disminución y abolición: con la prohibición de regreso, para evitar su reimplantación, también con la prohibición de ampliación o ensanchamiento de casos, asimismo con la prohibición de uso. Ello, porque la tolerancia es al sistema de pena vigente en su momento, no a la potestad punitiva futura del Estado que la tuviera vigente para establecer la pena capital, lo que acredita la intención de promover un proceso gradual de reducción universal de la violencia en los sistemas penales y la necesaria abolición de la pena de muerte, como camino humanista del derecho penal hacia un derecho penal mínimo.

Como ya sentenciaba Sebastián SOLER, junto a la «[...] *abolición de la esclavitud, de la tortura procesal y la tortura penal; con nuevas normas de respeto al prisionero, de garantía de proceso legal*» que han sido «[...] *consecuencia de la captación de ciertos valores creados por una evolución irreversible de la cultura*», y como «[...] *el problema de la pena de muerte es un problema estricta y exclusivamente humano. Ninguna razón jurídica puede aceptarse como concluyente ni en un sentido ni en otro. Siendo así, la consideración del problema debe mantenerse en aquel plano [...]*», es en esa medida que «[l]os que pueden captar el contenido ético y humano de esa sentencia son los hombres, y la historia muestra en ellos un sentimiento creciente de rechazo que señala el curso previsible de esta institución jurídica y su gradual extinción» (“Sobre la pena de muerte” en “*Reflexiones jurídico penales*”; Editorial Advocatus; Córdoba; 2006; p. 170 y 180).

En consecuencia, comparando ambas especies de pena tenemos que no existe jurídicamente, ni en la Constitución Nacional ni en los tratados de DDHH con jerarquía constitucional y con relación a la pena de prisión perpetua limitación alguna a la potestad punitiva de mantener, ampliarla o establecerla, ni una política criminal determinada actual, ni a futuro, aunque sí límites (para imponerla *sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad* -inc. a del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño- y el fallo de la CIDH en el caso «Mendoza y ots. Vs. Argentina») y derechos. Por ello, resulta evidente que toda cuestión relacionada con la potestad punitiva



legislativa de mantenerla, ampliarla o establecer la pena de prisión perpetua es una decisión política en el ejercicio de esa potestad punitiva del Estado y aunque «[...] *hoy la política parece atravesar un eclipse duradero, en el cual se presenta en una posición subalterna respecto de la religión, de la economía e incluso del derecho, esto se debe a que, en la misma medida en que perdía conciencia del propio rango ontológico, la política evitó la confrontación con las transformaciones que de manera progresiva desde su seno han vaciado de contenido sus categorías y conceptos*» (AGAMBEN, Giorgio; “*Medios sin fin. Notas sobre la política*”; Adriana Hidalgo Editora; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2017; p. 9), es en ese ámbito político donde deben debatirse las diversas posturas que individual o grupalmente se tengan, para que en el ejercicio de la soberanía popular se tome democráticamente la disposición por consenso o mayoría, de su mantenimiento, ampliación, o su disminución, incluso su supresión. En síntesis, es una problemática de conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio que se vaya a adoptar.

En tercer lugar, y más allá de lo señalado precedentemente, existe la posibilidad jurídica que la sanción a la persona condenada sea morigerada en función de los institutos constitucionales de conmutación de penas o su indulto tanto a nivel federal como en nuestra provincia.

En base a todo lo hasta aquí expuesto en el análisis del tópico en cuestión, queda demostrado de manera suficiente que, por un lado, la prisión perpetua como sanción penal no vulnera el principio constitucional de la separación de poderes porque, conforme se explicó, en nuestro sistema constitucional está claramente delimitado el ámbito de actuación del Poder Legislativo y del Poder Judicial. Por otro lado, también ha quedado claramente demostrado que la pena de prisión perpetua quebranta el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional, derivado del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* en tanto cuando el Congreso Nacional define la política criminal a través de la sanción de normas penales que -previamente al hecho- describen las conductas que se pretenden criminalizar, así como las consecuencias del delito en lo atinente al tipo de pena y a su monto (art. 75, inc. 12 C.N.), el mandato de certeza legal resulta satisfactoriamente cumplido. A su vez, y como se explicó el régimen de la prisión perpetua no implica una privación de libertad vitalicia puesto que el máximo de la pena de prisión perpetua se haya



expresa y legalmente determinado en cincuenta años, lo que significa la consagración efectiva de una perspectiva cierta de liberación.

b.3.- Sobre la pretendida violación a los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad .

b.3.1.- ¿Es inconstitucional una pena fija por violación del principio constitucional de igualdad?

Uno de los argumentos que también suele utilizarse para cuestionar la validez constitucional de la pena de prisión perpetua, es que la diferencia entre delitos con penas fijas y delitos con penas cuantificables importa una vulneración del principio de igualdad ante la ley. No compartimos el razonamiento que subyace en sustento de lo señalado, ello sin perjuicio de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia de establecerla. Veamos.

El art. 16 de la Constitución Nacional establece que *«La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas»*. Por su parte, el art. 7 de la Constitución de la provincia de Mendoza, en similares términos, refiere que *«Todos los habitantes de la Provincia son iguales ante la ley y ésta debe ser una misma para todos y tener una acción y fuerza uniformes»*.

Nótese el aspecto nuclear y esencial del reconocimiento de este principio en cuestión, tanto en el texto constitucional nacional como en el local, donde la igualdad de los habitantes de la Nación debe ser entendida y examinada en su situación ante la ley, aunque en la regla provincial es un principio más específico al disponer además que la ley debe ser igual para todos y que tenga una acción y fuerza uniforme, que la CSJN sintetiza en la fórmula: *la igualdad de los iguales en iguales circunstancias*. Por ello, desde la misma Constitución surgen las herramientas necesarias para mantener la igualdad, en particular, la proporcionalidad como método o técnica para tal fin, sumado la progresividad y el establecimiento de categorías que, combinadas con la proporcionalidad, permitan mantener la idea de equidad. Según esa concepción, todos quienes pertenecen a una misma categoría establecida por el legislador deben ser tratados de la misma forma. Lo cual exige como



presupuesto, a su vez, la constitucionalidad de esa categorización, no solamente la dimensión de su procedencia, sino, particularmente, que no altere el principio constitucional de igualdad (art. 28 CN), comprobado por la razonabilidad de las circunstancias que son relevantes para configurar esa determinada categoría. De esa manera se puede comprender que no se viola el mandato de igualdad constitucional si a todos los que se encuentran en las mismas circunstancias relevantes se los trata de igual forma. Es lo que se ha dado en llamar como “igualdad jurídico-material” o principio de “no discriminación”.

Dicho en otras palabras, la igualdad consagrada constitucionalmente consiste en aplicar la ley a todos los casos concurrentes según sus diferencias constitutivas, es decir que no se trata de la igualdad absoluta o rígida por «rótulo» o «etiqueta». Esa garantía no impide que el legislador establezca distinciones, valederas entre supuestos que estime diferentes, en tanto aquéllas no sean arbitrarias, es decir, que no obedezca a propósitos de injusta persecución o indebido privilegio de personas o grupos (Fallos: 313:1638).

Esta concepción ha sido asumida por el Alto Tribunal Nacional de manera constante, en cuanto que *igualdad ante la ley* debe entenderse como trato igual frente a iguales circunstancias, puesto que “[l]a *garantía de la igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias*” (Fallos: 311:394; 312:826,1082;318:1256, 1403; 320:196; 322: 2701; 324:286; 328:2829; entre muchos otros), reconociéndose la facultad de “*ponderar la arbitrariedad y la irrazonabilidad de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, a efectos de impugnarlas como inconstitucionales*” pues, “[e]stablecida la *irrazonabilidad o iniquidad manifiesta de las decisiones de quienes ejercen el Poder Legislativo, corresponde declarar su inconstitucionalidad*” (Fallos: 312:826, del voto del doctor Fayt) por haberse alterado el principio de igualdad.

De manera tal que no existe ningún impedimento que, desde lo constitucional, vede la posibilidad de que sea la propia ley quien proporcione tratos distintos entre quienes frente a la ley se encuentran en situaciones o posiciones diversas, siempre que esa distinción responda a criterios razonables que la justifiquen adecuadamente. En otras palabras, resulta abiertamente constitucional realizar clasificaciones o categorizaciones por parte de la ley, pero siempre que no se incurra en diferenciaciones arbitrarias por carecer de justificación



objetiva y razonable. Pues, son las categorías legales las que precisamente vienen a hacer efectiva la igualdad como garantía constitucional y el principal amparo contra toda forma de discriminación.

Llevados estos aspectos básicos sobre la temática en cuestión, se observa que el sistema penal se basa en el reconocimiento de “clases” o “categorías” no sólo de conductas criminales -según el o los particulares bienes jurídicos que la norma, mediante su tipificación, tiende a proteger-. Desde allí es posible advertir la existencia de diferencias sustanciales entre las conductas criminalizadas, que responden a ciertas especialidades vinculadas, entre otros, a la gravedad del ilícito, a las circunstancias particulares de su realización, a las calidades del sujeto activo y/o pasivo del suceso criminoso, a los medios empleados para su comisión, por enumerar sólo algunos.

Pero, además de ese trato diferencial que pone el acento en la diversidad de delitos, también el sistema penal provee tipos heterogéneos de respuestas frente al acometimiento delictivo, cuya sistematización más clara aparece en el art. 5 del Código Penal, donde se prevé el establecimiento de cuatro formas de sanción: reclusión (más allá de lo señalado en “Miranda”, “Argañaraz” por la CSJN), prisión, multa e inhabilitación. Y en cada caso puede estar prevista la sanción con un tipo de pena, o penas alternativas o conjuntas.

Precisamente el resguardo al principio de igualdad en estas clasificaciones o categorizaciones entre delitos y penas viene determinada por la necesaria razonabilidad entre ambos extremos, de manera tal que -en términos genéricos- la ley dispense un trato que resulte justificado por ser equitativo y proporcional. Así, el criterio de proporcionalidad en la regulación establecida por la ley aparece como una forma de realización del principio de igualdad y por tanto es una exigencia del nuestro Estado Constitucional de Derecho, y lo hace en dos niveles de apreciación: (a) proporcionalidad de la propia ley; (b) proporcionalidad en la relación delito-pena en el caso concreto.

Ahora bien, más allá de los diversos criterios que puedan encontrarse al respecto, entiendo que entre ambos niveles no debe trazarse un límite divisorio que los enfrente. Considero que se trata de dos aspectos íntimamente vinculados, de manera tal que lo que debe apreciarse es si, en términos de pre configuración abstracta y genérica, la ley



dispensa un trato proporcionalmente igual o desigual entre categorías y dentro de una misma categoría legal. Pues precisamente para ello el legislador tiene un margen de apreciación en la elaboración de las leyes y, por lo tanto, en la elección de las medidas para alcanzar los objetivos que persigue. Esta ponderación general es de incumbencia propia y exclusiva del Congreso, quien definirá, de acuerdo con la gravedad que estime tenga el ilícito que se trate, cuál es la respuesta que juzga adecuada para lograr el resultado deseado, debiendo existir una adecuada razonabilidad entre aquella gravedad y la trascendencia de sus razones justificativas de la pena.

Por supuesto que esto no significa de ningún modo que el legislador goce de un nivel de atribuciones que le permita, en los hechos, obrar con un grado de discrecionalidad tal que, aún en el marco de la definición de la política criminal, conforme categorías legales que resulten abiertamente arbitrarias al no superar un adecuado test de razonabilidad. Precisamente aquí a pedido de parte debe actuarse la función jurisdiccional de control para verificar si esa operación de ponderación que subyace a la categorización legal entre los delitos y las penas, en el caso concreto, violó el ordenamiento, visto en sus primeras premisas, como orden protectorio de derechos fundamentales y, por tanto, como orden de obligatoria observancia por el legislador. Ello *“es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del Estado constitucional de Derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluido el Legislativo, y su funcionalización a la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados”* (Ferrajoli, Luigi, “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”, Ed. Trotta, Madrid, 1995, Prólogo, p. 11)

Sobre la base de que la **proporcionalidad de la pena** en la ley con carácter general, es de competencia exclusiva del legislador, sin que competa a los tribunales juzgar la conveniencia, oportunidad o eficacia de la misma, ni imponer graduaciones o distinciones que la ley no contempla, resulta evidente que la previsión normativa de una sanción única e indivisible, reservada para ser aplicada estrictamente respecto de ciertos y determinados comportamientos delictivos, no lesiona ni vulnera los principios de igualdad ni de razonabilidad.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

Ciertamente, es el Poder Legislativo quien ha determinado que aquellos hechos que revelan un altísimo grado de gravedad delictiva deben ser conminados con una sanción proporcional y razonable a esa entidad de gravedad producida, por lo que no resulta un argumento eficaz sostener que existe un cercenamiento al principio constitucional de igualdad o a la razonabilidad. A su vez no aparece afectada la relación de proporcionalidad necesaria entre el hecho delictivo y la sanción a imponerse, en consecuencia, tampoco por esta vía se altera el principio de igualdad.

Ello pues, no resulta carente de lógica ni de razonabilidad el criterio de diferenciación que hace que ciertos delitos tengan asignado tipos de penalidades de naturaleza y cuantificación diversa, mientras responda a criterios que superen satisfactoriamente la arbitraria selección y definición de aquellas circunstancias que son relevantes para configurar tales categorías de delitos. Diferenciar delitos y agruparlos sea por la gravedad, sea de la conducta que se le reprocha a su autor, sea por el resultado, o por el modo de comisión, o por la calidad del sujeto activo o pasivo, o por los fines -como pauta punitiva- para, desde allí, disponer discriminadamente el tipo, la extensión y el modo de imposición de una pena, así como el de su ejecución, otorga al sistema penal certeza y previsión, y garantiza la dispensa de un trato igual a quienes se encuentren en igualdad de circunstancias.

De acuerdo con ello, si bien existe un trato diferenciado entre delitos cuya amenaza de sanción penal aparece conminada a través de la individualización legal según se trate de penas divisibles o indivisibles, aquello reconoce la preexistencia de una causa justificadora que supera satisfactoriamente el test de razonabilidad, de modo tal que aquella distinción resulta legítima. Precisamente la razón o el criterio que se reconoce para la dispensa de un trato jurídico semejante en cuanto a las consecuencias legales del quebrantamiento de la ley -gravedad para la categorización de las penas-, encuentra recepción en el propio texto legal -como por ejemplo, el caso de las lesiones que por la misma acción que produce diverso resultado pueden ser leves (art. 89), graves (art. 90) o gravísimas (arts. 91), o luego de la reforma al título XI, capítulo XIII, introducida por la ley 25.246, corresponde señalar que el legislador considera delitos especialmente graves a aquellos cuya pena mínima fuere superior a tres años de prisión (art. 277, inc. 3, apartado a)-. Mientras que, a los efectos del concurso



de delitos, el art. 57 CP estipula que el orden en que se hallan enumeradas las sanciones en el art. 5 CP, establece la gravedad relativa de las penas de distinta naturaleza.

En consecuencia, que la pena de prisión perpetua importe una pena indivisible, no vulnera la igualdad como garantía constitucional, cuya vigencia resulta jurídicamente asegurada con la configuración racional de una especial categoría legal, que se caracteriza por abarcar los delitos que representan la máxima gravedad delictiva, a los que se les asigna la máxima pena fija establecida por el legislador para el sistema penal.

b.3.2.- ¿Es inconstitucional la pena fija de prisión perpetua por vulnerar el principio de culpabilidad?

Por otra parte, tampoco advertimos que la prisión perpetua vulnere el principio de culpabilidad.

Al respecto debe señalarse que la culpabilidad como categoría dentro de la teoría del delito determina que éste existirá en la medida en que el autor pudo conocer la antijuridicidad de su hecho, si pudo comprenderla y si pudo comportarse de acuerdo con esa comprensión. En segundo lugar, exige que el autor haya obrado con dolo o culpa. A su vez, la culpabilidad también opera al momento de la individualización de la pena, al determinar sus límites.

La adopción de la pena de prisión perpetua, tal como se encuentra regulada en el Código Penal, reiteramos, está dentro de las atribuciones de la potestad punitiva que la Constitución Nacional reserva al Congreso. De esta manera, el Poder Legislativo Nacional ha determinado una pena fija -prisión perpetua- para ciertos comportamientos delictivos de modo tal de considerar que, ante su consumación, y dada su máxima gravedad por el medio utilizado, el modo o del sujeto pasivo o activo que se trate, no existan circunstancias que viabilicen la posibilidad de atenuación ni de agravación de la respuesta penal. Por lo que, cuando se comprueba la culpabilidad, la sanción penal ya se encuentra cuantificada y legalmente individualizada. Y con ello no se vulnera ni cercena el principio constitucional de igualdad con relación a la situación en la que se encuentran los sujetos a quienes se les reprocha un delito conminado con penas divisibles, precisamente porque se trata de dos categorías jurídicas diversas en las que resulta válido jurídicamente que, desde el sistema



jurídico-penal, se dispense un trato igualmente diverso; como tampoco se lo viola entre los distintos casos (en abstracto o concreto) que encuadran dentro de dicha categoría, porque a la máxima gravedad delictiva se determina la máxima clase de pena en forma indivisible; todo ello con independencia que se comparta o no dicha decisión de creación de ese modo del derecho por el Congreso Nacional.

Esto es así por cuanto, la reprochabilidad del autor, determinada por el “*Quantum*” de la culpabilidad, en el caso de la pena perpetua, viene determinada en la sanción que el tipo penal prevé a los fines de su individualización. Resultando en consecuencia ésta última -la individualización- previsible, proporcionada y razonable en orden a la respuesta penal que el Estado prevé para estos supuestos.

Es decir, en nada se afecta el principio de culpabilidad en este caso en tanto la ley considera la relación que debe existir entre la gravedad del reproche y la gravedad de la pena que se individualiza para ese tipo de delito. De modo que su aplicación al personalizarla no vulnera la categoría dogmática de la culpabilidad, pues como enseña el profesor BACIGALUPO, queda ajustada su gravedad a la de la culpabilidad, de modo que se respeta «*la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supere la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito [...]*» (BACIGALUPO, Enrique; “*Principio de Culpabilidad, carácter de autor y Poena Naturalis en el derecho penal actual*”; en “*DERECHO PENAL Y EL ESTADO DE DERECHO*”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago-Chile; 2005; p. 145).

Claramente se advierte entonces que no se trata la pena de prisión perpetua de un supuesto que no se compatibilice con el principio constitucional de la culpabilidad, ya que no resulta alcanzada por la prohibición de determinar las penas en atención a la personalidad del autor, sino que sido por la gravedad del hecho cometido, como ya se dijo.

Ese ha sido el temperamento seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, tras reconocer la potestad legislativa en la determinación legal correspondiente a delitos, sostuvo que «*la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo*



argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua», agregando 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» (in re “Maldonado”, Fallos: 328:4343, considerandos n° 13 y 14).

b.3.3.- ¿Es inconstitucional por violar el principio de igualdad establecer categorías objetivas por tipo de delitos dentro del sistema penal?

Respecto de las categorías, podemos hacer un parangón con la situación que se produce en los casos de condena condicional (art. 26 CP), libertad condicional y reincidencia (arts. 14 en función del 50 del CP). Al respecto, resulta que el legislador ha asumido también un criterio normativo que distingue la situación entre quien luce como un delincuente primario y se le impone una pena de hasta tres años de otro que es reincidente o siendo primario se le impone una pena mayor; tanto sea al momento de imponer la pena como en la ejecución. De ningún modo puede predicarse que aquí se vulnere el principio de igualdad, pues es la pertenencia a una u otra categorización es la que habilita la dispensa de un cierto trato jurídico que resulta distinto.

Debe recordarse también que la Corte Suprema de la Nación se ha expedido al respecto al señalar que *«el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en los términos del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquéllas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe un fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso»* (Fallos: 311:1451). En el mismo sentido ha destacado que el autor que ha experimentado el encierro que importa la condena y, a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce (Fallos: 308:1938 y 311:1209).



En consecuencia, siendo de la esencia del sistema penal establecer según la gravedad del delito, la gradualidad, la proporcionalidad, la progresividad, las categorías, para disponer la pena, medios para concreta el principio constitucional de igualdad, la sola existencia de una categoría no la convierte en sí misma en inconstitucional, sino que debe acreditarse la arbitrariedad, la que no se advierte en el caso previsto de los hechos delictivos tenidos como los más graves para que se le imponga la pena única y fija más grave de prisión perpetua.

b.3.4 ¿Es inconstitucional la pena de prisión preventiva por violar el principio de igualdad el establecer categorías subjetivas que diferencian el trato a sujetos distintos que cometen el mismo tipo de delito?

Se invoca bajo el mismo argumento que la imposibilidad declarada jurisprudencialmente de imponer la pena de prisión perpetua para delitos cometidos por menores de edad, vulneraría el principio de igualdad con relación a los mayores condenados a prisión perpetua. Sin embargo, existen sobradas razones que justifican la aplicación de un régimen jurídico especial, sobre la base de la especificidad que resulta de la menor edad de quienes han infringido la ley, que determina un grado de vulnerabilidad y de reducción de la comprensión en la comisión de los actos que los diferencia de los autores mayores de edad. Esta especificidad nace no solamente de la normativa legal aplicable (Ley 22.278, que establece el “Régimen Penal de Minoridad”), sino, también, en el abordaje sancionatorio que es válido dedicarles. Asimismo, nace de los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (inc. 22 art. 75 CN): la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 37.a y cc.), como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre la aplicación de la pena de muerte para las personas que tengan menos de 18 años al momento de cometer el delito (arts. 4.5 y 6.5 respectivamente).

Este ha sido el temperamento que motivó la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, al declararse, entre otros aspectos, que la aplicación de penas de prisión perpetuas para delitos cometidos por menores de edad constituía un trato cruel e inhumano conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos y a su interpretación con relación a la Convención Internacional de los Derechos del Niño.



En este sentido, el tribunal internacional tomó los principios de *ultima ratio* y de máxima brevedad posible en la aplicación de las penas, siguiendo las directivas impartidas por el art. 37 inciso “b” de la Convención sobre los Derechos del Niños, Niñas y Adolescentes, en tanto “*la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (...) se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda*”.

La constitucionalidad y convencionalidad del criterio de diferenciación, por ser razonable la distinción, valida que se dispense un trato disímil entre quienes integran ambas categorías de sujetos activos de comportamientos delictivos. En cuanto a la temática en cuestión, esa diferenciación conlleva la abstención de la condena a penas perpetuas a quienes han cometido delitos siendo menores de edad.

En definitiva, el principio de igualdad sólo se ve vulnerado en situaciones que un derecho, obligación, facultad o carga es reconocido a determinada persona o grupo de personas y no es otorgado arbitrariamente, sin causa justificatoria razonable, a otra persona o grupo de personas. Por lo tanto, no todo trato diferente viola el principio constitucional de igualdad si está justificada objetivamente y en forma razonable, como es el caso del art. 10 del C.P. que prevé que podrá disponer el juez la detención domiciliaria para ciertas situaciones o categorías de personas. Y ha de considerarse si existe una conexión proporcional fundada en diferencias que la norma realiza las cuales son razonables, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos o despóticos.

En conclusión, no es inconstitucional por violación del principio de igualdad la diferencia de trato (estableciendo categorías distintas) entre quienes al momento de cometer el delito previsto con una pena de prisión perpetua son menores de edad de los que son mayores.

b.4.- Consideraciones acerca de la violación del mandato resocializador de las penas privativas de libertad

Para abordar adecuadamente el cuestionamiento según el cual la prisión perpetua vulneraría el mandato resocializador considero importante distinguir las eventuales finalidades que se pueden asignar a la pena en sí misma, de los fines que se persiguen mediante el sistema de ejecución de la sanción penal. Ello pues una cosa es mirar las penas en



su formulación abstracta, dirigida a un colectivo indeterminado, plano desde el cual pueden identificarse su función antes del delito, incluso sin la necesidad de que persona alguna cometa una infracción penal. Distinta es cuando apreciamos la pena en su imposición o en su aplicación, esto es, luego de la comisión de un comportamiento criminoso, puesto que aquí las penas se relacionan tanto con el infractor como con su transgresión. También aquí podemos advertir que según se defina el delito, se estructure su dañosidad para considerarlo tal, se podrá asignar o no a las penas determinadas justificaciones, funciones y finalidades.

Sin necesidad de ahondar aquí sobre las diversas y variadas posiciones doctrinarias, dogmáticas e, incluso, filosóficas desde donde se erigen múltiples corrientes teóricas sobre los fines de la pena, en las que se observan a grandes rasgos el continuo enfrentamiento entre las teorías retribucionistas contra las prevencionistas, es posible advertir que el sistema jurídico penal carece, en lo sustancial, de la falta de referencia normativa expresa a la finalidad de la pena. Ello así por cuanto, más allá de la conminación genérica del elenco de respuestas penales previstas en el art. 5, y de los parámetros indicados para su individualización en el art. 41, el Código Penal no contiene ninguna norma en la que se defina ni individualice cuál es el fin o función que se le atribuye a las penas privativas de libertad, sean estas establecidas de modo divisible o indivisible.

En cuanto de la ejecución -cumplimiento- de las penas, entendemos que tanto el art. 18 de la Constitución Nacional, como en ciertos tratados internacionales que han sido jerarquizados con ella, además de las leyes 24.660 y 8.465, brindan algunas pautas en relación con la finalidad que debe orientar esa etapa.

La lectura de la última parte del art. 18 de la Constitución Nacional permite visualizar una referencia al tema en análisis, cuando prevé que *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”*. La referencia al sustantivo cárceles precisa, sin lugar a dudas, que se trata del lugar de cumplimiento de la pena impuesta, es decir de su ejecución. Con lo cual, se refiere indiscutiblemente al régimen penitenciario, es decir, no habla de penas, sino de cárceles, y en ellas se ejecutan (cumplen) las penas. La interpretación sistemática de la Constitución a la luz de esta norma, permite interpretar que la reacción penal no puede sino ir orientada a retribuir la culpa demostrada al delinquir, y no a refrenar impulsos delictivos demostrados en ese acto,



es decir, no puede proyectarse hacia aspectos que trascienden notoriamente al hecho sancionado, por lo menos en lo que concierne a la base de legitimidad de la imposición de la pena (cfr. FLEMING, Abel y LÓPEZ VIÑALS, Pablo, “*Las Penas*”, Santa Fe, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª Edición, 2009, pág. 84).

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 10.3 establece específicamente que «[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados»; mientras que el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

A partir de tales enunciaciones, se hace emerger el comúnmente denominado «mandato resocializador» como fin de las penas privativas de libertad, en el sentido de que éstas deben propender a la reforma y readaptación social de los condenados.

Ahora bien, la determinación del sentido y alcance de esas disposiciones ofrece un punto relevante para examinar adecuadamente su significado jurídico. Es que, aún cuando ambas normas utilicen una terminología que puede lucir similar, la comparación del lenguaje de ambos textos pone en evidencia que sus términos no son idénticos pues mientras en uno de ellos se refiere al régimen penitenciario, es decir, indiscutiblemente a la ejecución de la pena, que consiste en un “tratamiento” con finalidad esencial de reforma y readaptación social (art. 10.3 PIDCP), en el otro se menciona a la pena, sin distinguir entre el establecimiento de la misma, su individualización o la ejecución, pero la interpretación sistemática desde una concepción democrática del derecho (legitimidad de origen, como la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad de ejercicio) y los principios del derecho penal liberal, según las normas del art. 29 del tratado, sólo pueden dar por resultado que se impone igual conclusión que aquella finalidad está orientada a la ejecución de la pena (art. 5.6 CADH).

Ello, por cuanto en el inc. 1 de ese mismo artículo se dispone que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, aceptar como fin resocializador, además, en el momento de establecer las penas o individualizarla, significaría violentar ese derecho de respeto por cuanto se otorga una peligrosa herramienta de



disciplinamiento y control social, que de por sí es antidemocrático y contrario al derecho penal liberal de acto y la sanción por la culpabilidad. Asimismo, afecta el derecho a la autodeterminación y suprime la elección voluntaria del propio proyecto de vida.

Por el contrario, es sólo la previa reforma, o readaptación o resocialización voluntaria del enjuiciado constatada la que permite tenerse en cuenta al momento de individualizar la pena (cuando existe margen dentro de la escala penal, como es el caso del arrepentimiento ineficaz), o la del condenado para poder gozar de los beneficios, o en su caso el examen posterior de la pena (indulto o conmutación); y no es al revés, de establecer, imponer o ejecutar la pena para resocializar.

De todos modos, lo que es determinante es que ninguna pena privativa de libertad será compatible con las disposiciones constitucionales y convencionales que se examinan si el Estado no pone a disposición de los condenados -según las circunstancias históricas, económicas y sociales de que se trate y transita- los instrumentos necesarios que les permita su voluntaria resocialización y que con ello se los habilite a solicitar y lograr incorporarse -según su particular caso- a la vida social libre, por la viabilización de alguno de los institutos jurídicos previstos y antes de cumplir con la pena.

Entonces, es claro que debemos distinguir entre la *finalidad resocializadora* de la pena (CADH) o del régimen penitenciario (PIDCyP) y la efectiva resocialización lograda por el condenado. La primera es la política penitenciaria que determina cómo debe actuar el Estado en su accionar efectivo durante la ejecución de la pena. Mientras que en el segundo caso, cuando el condenado se ha reformado o readaptado puede influir en la imposición de la pena cuando existe una escala penal o en la obtención de los beneficios/derechos del régimen progresivo de la pena, o en su caso para solicitar la conmutación de la pena o su indulto.

A partir de allí pueden formularse dos observaciones. En primer lugar, que la pena de prisión perpetua, regulada por los arts. 5, 9 y concordantes del Código Penal, ha sido concebida, en general -y como lo señalara anteriormente- de un modo que, como ya se dijo, desde un punto de vista jurídico, no son en rigor “a perpetuidad”. De modo que, al menos desde su configuración jurídica, no puede racionalmente predicarse que esas penas persiguen



la exclusión social de modo definitivo, y por ende que la misma sea contraria a los arts. 10.3 PIDCP y 5.6 CADH.

Dado tal nivel jurídico de aplicación de la pena, allí se comprende que “[1]a 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 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” (art. 1 de la ley n° 24.660, según texto ley n° 27.375).

Lo mismo cabe mencionar respecto de que «[1]a ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades se encuentra dirigida al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individuales y tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, como así también comprenda 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 rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El sistema de reinserción se desarrollará primando las labores en todas sus formas, en la capacitación, en la educación, en la introyección en el rol de las víctimas y en la retribución hacia las mismas. Deberá inculcarse la voluntad de vivir conforme a la ley y crear actitud para hacerlo, además de fomentar el respeto por sí mismo y el sentido de responsabilidad, dado que la condena responde a un hecho delictivo cometido por el autor [...]» (art. 2 de la ley n° 8.465).

Debe aclararse al respecto que la finalidad resocializadora no puede ser fundamento de la pena en sí misma por diversos motivos. En primer lugar, porque el Estado no está legitimado para imponer su sistema de creencias a los ciudadanos y habitantes. En segundo lugar, porque los programas resocializadores que se han implementado en diversos lugares han fracasado. En tercer lugar, porque un seguimiento estricto del principio



resocializador daría lugar a la tan cuestionada “sentencia indeterminada” incompatible con un derecho penal de culpabilidad por el acto.

Así lo expresa Roxin cuando señala que «una ‘socialización forzosa’ [no] tendría perspectivas de éxito [...] Por tanto, si el condenado rehúsa su colaboración para la resocialización, sin duda debe despertarse su disposición para ello en cuanto sea posible, pero no puede ser forzado. Naturalmente, también en este caso debe ejecutarse la pena; para su justificación es suficiente, sin embargo, la necesidad de prevención general [...] [C]uando el condenado, por iniciativa propia, colabora en el desarrollo de la ejecución, ello no contribuye a la violación de su personalidad, sino precisamente al desarrollo de la misma [...] Lo prohibido es únicamente la educación forzada de adultos; no obstante el condenado tiene derecho a que el Estado le ayude en la reinserción social a la que él mismo aspira» (Roxin, Claus, “Derecho penal, parte general”, ed. Thomson Civitas, 2007, Tomo 1, pág. 96). La resocialización impuesta al autor de manera forzosa es propia de los sistemas autoritarios de tipo religioso o político.

Conforme a estas ideas entiendo que en los casos en que se admite el examen posterior de la pena y su reducción (conmutación), ello es *porque*, y principalmente, el autor se ha resocializado y *no para* resocializarse -como muchas veces se sostiene-.

No está demás decir de nuevo que cuando se suele cuestionar que existen ciertas normas legales que, en el régimen de ejecución de penas vigente, restringen -para cuando se trata de condenados por determinados delitos- el acceso a determinados beneficios inherentes al régimen de ejecución penitenciaria, vinculados con el ingreso progresivo de los condenados a instituciones abiertas, semiabiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina, así como también la posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento carcelario, la incorporación al régimen de semilibertad o, por último, la liberación condicional, ello requiere necesariamente analizar en forma separada e independientemente la constitucionalidad de tales disposiciones, de lo contrario estaríamos no sólo analizando anticipadamente, en abstracto y de oficio, sino que estaríamos yendo más allá de la pregunta formulada al disponer el plenario que limita jurídicamente nuestra intervención y con la cual se convocó al debate en la audiencia pública.



Ello implica que nuestro *thema decidendum*, la constitucionalidad de establecer o imponer la pena de prisión perpetua, no depende del régimen de ejecución de ese tipo de pena por cuanto no sólo que éste es un subsistema penal sino que es consecuencia jurídica de aquel y no su causa, además porque, en el caso la forma de ejecución establecida no es una inexorable derivación única de la pena de prisión perpetua, ya que ese tipo de pena admite diversas formas de reglamentar su ejecución, por tanto su conveniencia, oportunidad, eficacia de la dispuesta es un tratamiento jurídico autónomo. Sólo si la ejecución de la pena de prisión perpetua naciera *per se* de ella exclusivamente y no estando reglamentada en normas específicas -como lo está- y existiera una sola y necesaria forma posible de ejecución -lo que tampoco es así- sería jurídicamente indivisible la cuestión a tratar y debería hacérselo en forma conjunta en esta oportunidad. Por ello, los jueces en los casos concretos no pueden en el juicio o la revisión del mismo, bajo el argumento de analizar las consecuencias de la ejecución de la pena de prisión perpetua anticipar la competencia del juez de ejecución e introducirse indebida e inconstitucionalmente al tratamiento de su constitucionalidad o so pretexto de interpretarla y declarar por su forma de ejecución la inconstitucionalidad de la prisión perpetua o directamente declarar la inconstitucionalidad del art. 14 del CP.

En conclusión, la pena de prisión perpetua no viola *per se* la finalidad esencial de resocialización de los condenados, en consecuencia, no es inconstitucional su establecimiento e imposición.

b.5.- La vigencia de la prisión perpetua en el ámbito internacional de los derechos humanos. Sobre el cuestionamiento vinculado a la violación de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes

De acuerdo con lo analizado en el acápite precedente, y sumando aquí el contenido derivado de diversas fuentes, consideramos que la pena de prisión perpetua no vulnera disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, en cuanto establecen la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes.

Esencialmente tal prohibición implica que el poder penal debe ser ejercido conforme los límites racionales que emanan del deber de respeto a la dignidad humana.



En línea con ello y con lo dispuesto por el citado art. 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe toda especie de tormento y azotes y establece simultáneamente el *principio constitucional de no regresividad* al establecer que quedan abolidos para siempre, la Argentina también tomó el compromiso de adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de cualquier otra índole, que resulten eficaces para impedir actos de tortura en su territorio, a través de la suscripción y ratificación posterior de diversos instrumentos internacionales a los cuales, bajo las condiciones de su vigencia, se les reconoce jerarquía constitucional.

El abordaje más preciso sobre estas penas prohibidas lo encontramos a través de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que fuera aprobada mediante la ley 23.338. Texto que se complementa con su Protocolo Facultativo, el que también fue aprobado por ley 25.932.

Luego de ratificar en su preámbulo que «[...] *de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo*» y de reconocer que «[e]stos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana», define el significado y los alcances que, a los efectos de esa Convención, corresponde asignarle al término «tortura», entendiendo por tal a «[...] *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 funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia*», aclarando con precisión jurídica que «**[n]o se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas**» (art. 1.1). En consecuencia, la pena de prisión perpetua legítima y constitucionalmente establecida e impuesta no puede considerarse tortura.



En función de ello, establece los deberes a los que se comprometen los Estados parte al suscribir esta Convención. En particular, a mantener “[...] *sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura*” (art. 11), y, además, a prohibir “[...] *en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” (art. 16.1).

En el mismo sentido, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que “[n]adie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art.5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “[n]adie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (art. 7), y que “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (art. 10.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere que “[n]adie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (5.2); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas” (art. 26); y, por último, la Convención sobre los Derechos del Niño manda a los Estados partes a velar porque “[n]ingún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad” (art. 37.1).



Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura -aprobada mediante ley 23.652- considera como «tortura» *“todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”* (art. 2).

El propio Comité contra la Tortura -órgano que supervisa la aplicación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 17)- en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha considerado que su art. 7° -que también prohíbe la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- se refiere a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria (Observación General n° 20, 44° período de sesiones -1992- punto 5, publicada en “Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos). Ello permite apreciar que no es posible inferir *per se* que la pena de prisión perpetua pueda estar comprendida en ese concepto, desde que el propio Pacto *tolera* limitadamente la imposición de una sanción de suma gravedad, como es la pena de muerte (art. 6°). De ello se infiere que la inteligencia de ese criterio debe coincidir con la del art. 1 de la Convención contra la Tortura, *supra* citada.

En línea con esos postulados, en el ámbito local encontramos que el Código Penal viene a cumplir con el mandato establecido en la Convención cuando tipifica las conductas mencionadas en aquel instrumento a través de los arts. 144 bis a 144 quinto. Mientas que, además, el art. 9 de la ley 24.660 dispone que “[...] *la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos y degradantes*”. En igual sentido el art. 10 de la ley 8.465 -Código de ejecución de la pena privativa de la libertad de la provincia de Mendoza-



establece que “[l]a ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Quien ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de otras que le pudieren corresponder”. Al respecto debe destacarse que también en la provincia de Mendoza mediante ley 8.284, se crea la Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Por otra parte, la doctrina se ha encargado de ofrecer parámetros interpretativos que permitan observar y delinear el campo propio que hace a las prohibiciones constitucionales y convencionales referidas. Así, se ha sostenido que el principio de humanidad en la ejecución de las penas contenido en el art. 18 de la CN ha quedado reforzado con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En ese sentido, se afirma que las garantías referidas a que la pena no puede consistir en un dolor corporal causado por azotes u otros medios de coerción física, así como respecto a la proscripción de toda medida de crueldad o excesivo rigor contra los presos «[...] *ahora lo integra, ampliándolo, la proscripción de los tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes. Esta prohibición modifica el marco anterior a 1994 en el sentido que, desde que se proscriben no solo los tratos sino también las penas crueles, inhumanas y degradantes, el principio de humanidad de las penas ya no sólo excluye toda medida de crueldad o de excesivo rigor en lo que atañe a la ejecución de la pena (C.N. 18: "las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas..")*, sino también a su consistencia, excluyéndose así las penas corporales, pero también, actualmente, aquellas cuya inhumanidad o crueldad no reside sólo en que el mal impuesto por la pena importa un sufrimiento físico, como los tormentos y los azotes (C.N., 18)» (cfr. Núñez, Ricardo, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 4ª Edición Actualizada por Roberto Spinka y Félix González, 1999, pág. 281).

Asimismo, en cuanto a los alcances conceptuales de los términos utilizados por el PIDCyP para individualizar las penas prohibidas, y luego de señalar que «[...] *en el Estado democrático de derecho la comisión de un delito no determina la pérdida de la dignidad de la persona y, por lo tanto, la reacción del derecho penal debe partir de este axioma*»,



BACIGALUPO expresa que «[p]or estas razones, las penas tampoco pueden ser inhumanas ni degradantes. Básicamente son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor», mientras que «[l]as penas del derecho penal son degradantes cuando por su contenido o por su forma de ejecución implican alguna forma de lesión de la dignidad de la persona. Fundamentalmente se convertirá en degradante la pena privativa de libertad ejecutada en condiciones que impidan la autorreflexión y el recogimiento en un mínimo de intimidad» (cfr. Bacigalupo, Enrique, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Ed. Temis S.A., 3° Reimpresión, 1996, pág 30).

A su vez, se sostiene que el carácter de pena cruel lo ostentaría la sanción penal que «[i]mpone un sufrimiento que no tiene ninguna relación con el hecho o le da una intensidad a ese sufrimiento que implica una autorización inadmisibles, planteando un problema similar al de la pena de muerte. Es infamante una pena que impone una deshonra que, al igual que la crueldad, no tiene relación con el hecho que ha provocado la reacción estatal y busca otra finalidad. Las penas crueles e infamantes buscan destruir a la persona como si se tratara de la muerte y, por ende [...] son formas de destrucción humana» (cfr. Binder, Alberto, “Introducción al Derecho Penal”, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, primera edición, 2004, p. 301-302).

El repaso de lo hasta aquí señalado permite descartar que la pena de prisión perpetua en nuestro país pueda ser encuadrada en alguno de los conceptos anteriormente señalados y, por tanto, que se trate de una pena prohibida en los términos mencionados. La normativa anteriormente referida, especialmente la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, excluye expresamente del concepto de torturas a los padecimientos inherentes a la ejecución de penas legalmente impuestas. Desde allí, no pueden considerarse tratos crueles, inhumanos o degradantes a los padecimientos inherentes a la pena, en tanto no se lleven a cabo los métodos que esos instrumentos prohíben que signifique la imposición de sufrimientos que no tengan ninguna relación con la circunstancia de la privación legítima de la libertad, o le den una intensidad a ese sufrimiento que implique una autorización inadmisibles.



En forma concurrente se ha pronunciado la jurisprudencia nacional al afirmar que «[...] *la pena de prisión perpetua en nuestro país, pese a su severidad, no puede ser encuadrada en la definición citada, ya que la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (ley n° 24.660), consagra normas que aseguran al interno asistencia espiritual y médica integral, derecho a comunicarse con su familia y allegados, así como también normas que garanticen el ejercicio del derecho a aprender; estableciendo en su artículo 9 expresamente que “la ejecución de la pena estará exenta de tratos crueles inhumanos y degradantes” y previendo, además, para quien ordene, realice o tolere tales excesos, las sanciones establecidas en el Código Penal» (Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, sentencia del 5 de agosto de 2014, “Harguindeguy, Albano Eduardo s/ recurso de casación”). Con este criterio que ha sido también aceptado por esta Suprema Corte de Justicia en los precedentes “Araya Rivas” y “Ortiz Morel”.*

b.6.- ¿La pena de prisión perpetua viola el principio de no regresividad y por ello es inconstitucional?

“En la era d. D. (después de Dworkin), nos hemos acostumbrado a creer que el razonamiento jurídico no es ni más ni menos que el razonamiento moral (o político) por otros medios; un conjunto de derechos y principios que se supone que nadie puede razonablemente negar a pesar de que no figuran en ninguna norma jurídica, y es precisamente por eso que deben ser identificados por los jueces mediante “interpretación”. Hoy en día los jueces ya no parecen tener el mandato de rastrear en derecho exclusivamente hasta su fuente -Constitución, Congreso, su ruta-, sino que básicamente se espera que tomen la decisión que ellos en cuanto coautores del derecho consideran moral o políticamente apropiada, como si hoy en día la independencia del Poder Judicial exigiera que los jueces se arrogaran el poder legislativo” (ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 13).

Pero el modelo argentino establece una determinada forma de sistema jurídico: **normativista** (principio normativo constitucional -arts. 1, 27 y 28 CN-; principio normativo convencional -art. 31 Convención de Viena-; y principio normativo legal -art. 19 CN y arts. 34, 148 y 149 CdeM-) que no resulta compatible con aquella concepción y que no puede ser introducida ni válida, ni legítimamente a nuestro ordenamiento.



Por tanto, el principio de no regresividad en materia jurídica inexorablemente debe nacer de las normas: si se trata de la Constitución Nacional estamos ante un *principio constitucional de no regresividad*, como por ejemplo cuando el artículo 18 de la CN establece “*Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes*”, es decir, desde 1853 no sólo se otorgó la potestad punitiva al Congreso de la Nación sino que se la dispuso restringida, no pudiendo establecer la pena de muerte por razones políticas, sino que además dispuso un expreso *principio constitucional de no regresividad penal (queda abolida para siempre)* establecer la pena de muerte por razones políticas y simultáneamente se dispuso no sólo la prohibición de los tormentos y azotes, tanto como medio de investigación (procesal) y como medio de castigo (ejecución penal), sino que estableció el *principio constitucional de no regresividad* a la utilización de los tormentos y azotes; o en su caso de un tratado internacional suscripto e incorporado a nuestro sistema jurídico con o sin jerarquía constitucional, que haya sido tramitado según el proceso formal (inc. 11 del art. 99 e inc. 22 del art. 75) y sustancial (la cláusula argentina, art. 28) previsto en la Constitución Nacional, como es el caso del *principio convencional de no regresividad* (inc. 3 del art. 4 CADH e inc. 2 del art. 6 PIDCyP) para restablecer la pena de muerte en ningún supuesto; o también puede nacer de la ley es decir un *principio legal de no regresividad*.

En los demás supuestos, se trata de opiniones individuales o colectivas, que por muy loables y/o compartidas que sean, se trata sólo de aspiraciones o declaraciones civiles, políticas, académicas o en su caso ideológicas (como conjunto de ideas para la acción) organizadas para lograr su supresión y que se establezca su *no regresividad*, por quien la potestad de hacerlo: el pueblo; directamente (por consulta popular art. 40 CN-) o a través de sus representantes (sea mediante una reforma constitucional, la firma de un tratado o la sanción d una ley que lo disponga), pero no es un principio: ni constitucional, ni convencional, ni legal.

En consecuencia, no estando establecido en ninguna norma constitucional, convencional o legal, no se puede invocar jurídica y válidamente la supuesta existencia de un principio de no regresividad (sea *constitucional, convencional, o legal*) para cuestionar la potestad legislativa de establecer o mantener la pena de prisión perpetua o invocar la



necesidad de cambiar su reglamentación como pena o que sólo queda la posibilidad de supresión de la prisión perpetua.

En conclusión, no estando establecido un principio constitucional o convencional de *no regresividad* de la pena de prisión perpetua o de su reglamentación en nuestro sistema constitucional penal, su imposición por los jueces no viola ningún inexistente principio de no regresividad de la pena de prisión perpetua.

b.7.- ¿Las disposiciones del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional condicionan la legislación penal argentina y por tanto es inconstitucional la prisión perpetua establecida?

Punto aparte merece el tratamiento de la compatibilidad de la pena de prisión perpetua con el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que fuera aprobado por la República Argentina mediante la Ley 25.390, que ha sido incorporado en las condiciones de la *cláusula argentina* dispuesta en el art. 27 de la CN.

Desde su creación, la Corte Penal Internacional tuvo asignada una jurisdicción **complementaria** de las jurisdicciones penales nacionales (art. 1), lo que determina una relación de subsidiariedad y no un ordenamiento jurídico penal internacional, supranacional, condicionante de los sistemas jurídicos nacionales vigentes y eficaces; instrumento internacional que simultáneamente recuerda *que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales* (Preámbulo) y siendo deber de los jueces nacionales ejercer su jurisdicción por los crímenes internacionales perpetrados en su territorio o por sus nacionales, de no hacerlo, recién se activaría la jurisdicción de la Corte Internacional. Se trata, además, de un tribunal de carácter permanente e independiente pero *complementario* y en el ámbito del Derecho Penal Internacional.

En razón de la materia, la competencia de la Corte aparece limitada, de conformidad con lo previsto en el propio Estatuto, a los siguientes delitos: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión (art. 5).

Asimismo, es el propio instrumento constitutivo el que regula las penas que serán aplicables por ese tribunal internacional. Así, se establece que podrá imponer a un



condenado por uno de los crímenes anteriormente mencionados, 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 lo que agrega que, además de la pena de reclusión, se podrá imponer: a) una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) el decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (art. 77).

De acuerdo a ello se advierte que el sistema establecido por el Estatuto de Roma, pese a no estipular “penas determinadas” para cada delito, puesto que por un lado establece los tipos penales (arts. 6, 7, 8 y 10) y , por otro, las penas aplicables en general para tales conductas prohibidas (art. 77), dejándose al juzgador la tarea de determinar la pena para el delito en particular en el caso concreto, lo cierto es que no resulta sustancialmente diferente al régimen de penas previsto en el Código Penal argentino en cuanto a que, en ambos, se prevé la privación de libertad en forma perpetua como especie de pena.

Asimismo, específicamente en cuanto tiene que ver con la determinación de la pena, tampoco el sistema internacional aparece demasiado diferente al local, dado que el Estatuto prevé diversos criterios de medición o graduación de la pena, tales como “gravedad del crimen” y las “circunstancias personales del condenado” (art. 78). Actividad de mensuración que se integra con la remisión hecha a las Reglas de Procedimiento y Prueba. En particular, prevé todos los factores que la Corte deberá tener en cuenta al momento de imponer la pena, entre ellos, la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y sus familiares, la índole de la conducta ilícita y los medios empleados para perpetrar el crimen, el grado de participación del condenado, el grado de intencionalidad, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y la edad, instrucción y condición social y económica del condenado (Regla 145, ap. 1.c). Incluso estipula que también se deberán tener en cuenta otras circunstancias, denominadas “atenuantes” y “agravantes” (Regla 145, ap. 2°).

De este modo, y para concluir, en la medida que en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional prevé 1) la complementariedad del sistema internacional al sistema penal local; 2) recordando el deber de ejercer la jurisdicción local y por tanto la irrenunciable función; y 3) prevé como sanción aplicable la reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la



extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, tenemos en conclusión que aun cuando no condiciona la legislación penal argentina, es evidente que no existe colisión del Derecho penal argentino con el internacional penal. Estimamos que, por el contrario, existe una armonía jurídica absoluta y correspondencia por la complementariedad, por lo que no es inconstitucional la pena prisión perpetua.

b.8.- ¿Es inconstitucional la pena de prisión perpetua por la imposibilidad de examen posterior de la pena?

Suele cuestionarse la inexistencia en el derecho argentino de un mecanismo que abra la posibilidad de examinar la pena de privación de la libertad una vez que ha transcurrido un determinado período de tiempo de detención como lo habilita el Estatuto de Roma para que la Corte (cumplido dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de *cadena perpetua*) examine y pueda decidir la reducción de la pena después de escuchar al recluso (art. 110), debemos aclarar que, se han instaurado en la Constitución Nacional desde 1853 dos institutos que permiten el examen posterior de la pena: 1) la *conmutación* de pena, que permite la sustitución de una pena impuesta por una menor; y 2) del *indulto* por el que se extingue la pena y sus efectos. Esto constituye en nuestro sistema normativo de gobierno no solo la forma de examen de la pena impuesta y su posible reducción (prevista en el Estatuto de Roma) sino, incluso, su extinción (no previsto en el Estatuto de Roma).

Pero, en lugar de ser la misma Corte que impuso la pena quien realice el examen como prevé el Estatuto de Roma, como ya hemos expuesto, en nuestro sistema de gobierno tanto a nivel federal la Constitución Nacional ha dispuesto estos institutos como atribución del Poder Ejecutivo con intervención necesaria del Poder Judicial. Más precisamente con «*previo informe del tribunal correspondiente*» (inc. 5 del art. 99 de la CN). Mientras que en nuestra provincia está regulado con similares características, es también atribución del Poder Ejecutivo, con la intervención necesaria del Poder Judicial -con la característica particular de la intervención de la Suprema Corte- y del Poder Legislativo -sancionando la ley reglamentaria-: «*El Gobernador [...] podrá indultar o conmutar las penas impuestas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial previo informe motivado de la Suprema Corte sobre la oportunidad y conveniencia del indulto o conmutación y con arreglo a ley que determinará los casos y la forma en que pueda solicitarse*» (inc. 5 del art. 128



reglamentaria de la Constitución de Mendoza). Con ello se da la plena posibilidad de examen de la pena impuesta en nuestro sistema constitucional, por parte del Poder Ejecutivo quien lo ejercerá con colaboración del Poder Judicial y la reglamentación por el Poder Legislativo, Es decir, con las características propias del modelo que se adoptó de la *separación de poderes* del tipo de «*frenos y contrapesos*» («*checks and balances*»), que requiere la intervención de los tres poderes del Estado.

En su dinámica la sociedad en el ejercicio de la soberanía popular tendrá posibilidad del control directo de cómo actúan los poderes esta atribución, tanto sea expresándose como opinión pública y/o en el ejercicio del derecho de voto en la siguiente elección a la decisión adoptada. En cuanto a la ley reglamentaria sería conveniente que como lo viene haciendo la H. Legislatura en las distintas reformas procesales penales, se le dé intervención a la víctima y en los casos de la pena más grave se dé la oportunidad de expresarse al pueblo. Incluso más específicamente, el derecho de “*peticionar individual o colectivamente, ante todas y cada una de las autoridades, sea para solicitar gracia o justicia*” (art. 10 de la CdeM).

En este sentido, debemos recordar lo señalado por Joaquín V. GONZÁLEZ cuando afirma que «*[h]emos dicho que los tres poderes son coordinados. Esta coordinación se establece por la armonía y conciliación constante que existe entre sus actos,...*” “*Uno de los caracteres más distintivos del sistema de gobierno que ha adoptado la Constitución, es, como lo reconocen y exponen los autores más modernos, que él obedece a todo un plan de recíprocas restricciones, y de contrapeso o equilibrio entre todos los poderes, secciones o departamentos de que se compone*» (GONZALEZ, Joaquín V.; “*Manual de la Constitución Argentina*”; Editorial Estrada; Buenos Aires; 1983, p.312 /313).

Pero, esta atribución de examen de la pena y conmutación o indulto de ella, «*¿Es una facultad de índole jurisdiccional, o una atribución de “prerrogativa inherente a la alta política del Estado”?*» (SAGÜES, Néstor Pedro; “*Manual de Derecho Constitucional*”; Editorial Astrea; 2ª Edición actualizada y ampliada 3ª reimpression; Buenos Aires; 2017; p. 463). Según Humberto QUIROGA LAVIÉ, «*significa una indiscutible atribución judicial*» (“*Derecho Constitucional*”; Editorial Depalma; Buenos Aires; 1984; p. 835). Por su parte Horacio ROSATTI, la encuadra como función jurisdiccional del Poder Ejecutivo, aclarando



que «[t]ampoco sería incorrecto encuadrar al indulto y la conmutación de penas dentro de la “función política” o “de gobierno” del Ejecutivo, en la medida en que los motivos que propician su aplicación de ese orden[...]» (ROSATTI, Horacio, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Tomo II; Rubinzal-Culzoni Editores; Santa Fe; 2011; p 378), mientras que el Doctor Carlos Fayt -en opinión que compartimos- en la causa “Daleo” dijo que se trata de una «*potestad de carácter público ... que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad*».

En definitiva, se trata de institutos atribuidos en su ejercicio a funcionarios públicos, elegidos por el voto directo de los ciudadanos, con mandatos limitados y el control de la sociedad, que tiene restricciones en cuanto al alcance y modo de ejercerlos, por haber entendido los constituyentes que separando la conmutación de pena e indulto de la amnistía y atribuirlo a distintos departamentos de gobierno, la facultad que conferían al Poder Ejecutivo no era la prerrogativa de perdonar y amnistiar que ejercieron los monarcas en el viejo régimen absolutista que hacía desaparecer hasta el último vestigio de la infracción, sino una facultad con el alcance y significado del derecho público contemporáneo (del voto en minoría en el caso «Ibáñez», de los doctores R. Méndez y D.E. Palacio citado en: GONZALEZ CALDERON, Juan A.; “*Curso de Derecho Constitucional*”; Editorial Depalma; 6ª edición, reimpresión; Buenos Aires; 1984; p. 523), además demostraban la convicción de que «[...] es indudable la conveniencia de que un poder distinto tenga la facultad de conmutar o perdonar, como lo ha reconocido y practicado tres veces nuestra Corte Suprema, juzgando en equidad, y no en estricto derecho» (GONZALEZ, Joaquín V.; “*Manual de la Constitución Argentina*”; Editorial Estrada; Buenos Aires; 1983; p.542), que tienen por su diseño constitucional todas las características republicanas.

En cuanto a la naturaleza de dicha atribución, ella ha sido construida desde la doctrina según las causas o fines que les atribuyen a esos institutos. Así, se ha dicho que «*La respuesta a esta pregunta depende de los objetivos del indulto y la conmutación, que no son solamente el perdón (según la doctrina tradicional), sino también la paz social (Ramella), la equidad (a fin de moderar el rigor de las leyes, según Joaquín V. González), la justicia (cuando un proceso ha desembocado en una solución ilegítima) y hasta el premio (cuando el condenado ha prestado servicios destacables a una comunidad, y por ello es mejor tratado*



mediante el indulto, según Escriche)» (SAGÜES, Néstor Pedro; ob cit; p. 463). Pero como la Constitución no define estos institutos, la elaboración de tales causas y fines es dinámica, y se justifican en su necesaria o conveniente aplicación en los casos concretos, pero resulta indispensable que esos objetivos sean el reflejo de las normas legales vigentes, como es el caso indiscutido de la reforma o readaptación del condenado (ley 24660 y ley provincial 8465), quien en su ejercicio del derecho de petionar (art. 14 de la CN), e incluso, tiene derecho a que se les de trámite y resuelva la solicitud (haciendo o no lugar).

Entendemos que erróneamente se le atribuye naturaleza jurisdiccional o judicial a la conmutación o indulto de la pena. En primer lugar, porque no se tiene en cuenta la distinción que existe entre el examen de la pena impuesta, del examen como *revisión* de la sentencia que impone la pena, ello porque nunca de la interpretación sistemática de la Constitución puede resultar la posibilidad de restablecer las causas *fenecidas* (art. 109 CN). En segundo lugar, porque partiendo de las causas u objetivos o fines de los institutos que han sido contruidos argumentativamente por la doctrina y no normativamente, se concluye que esa atribución es de naturaleza jurisdiccional. Es decir, que si se piensa en dar solución con estos institutos a los problemas de los errores judiciales -como lo plantean algunos-, podría decirse que indirectamente se trata de una función jurisdiccional ejercida por el Poder Ejecutivo, porque si bien no modifica la sentencia, la causa que motiva la conmutación o indulto como su finalidad da lugar a pensar en ello; pero si se lo hace normativamente, y en función de la posibilidad del reconocimiento por los importantes servicios posteriores prestados por el condenado a la sociedad o por la *finalidad esencial* de reforma o readaptación o resocialización de la ejecución penal, que una vez lograda se vea reflejada en la real posibilidad de incorporarse a la vida social, es incuestionable que se trata de una función política o de gobierno.

Por otra parte, como hemos visto estos institutos constitucionales no resultan extraños al sistema de los Tratados de Derechos Humanos, por el contrario están expresamente previstos como derechos de los condenados en los casos tolerados de pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el inc. 6 del art. 4 al disponer «[t]oda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos» y en el inc.



4 del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «[t]oda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos».

Entonces la atribución de conmutar o indultar no es función jurisdiccional, ni es propia de un poder o un órgano determinado según una única forma universal de entenderlo, sino que cada país regula quien la ejerce y el modo en que lo debe hacer, según el derecho a la libre determinación de los pueblos reconocido por el art. 1 del PIDCyP.

En consecuencia, estando establecido constitucionalmente los institutos de conmutación e indulto de la pena, como única forma de examen de la pena impuesta, en cabeza del Poder Ejecutivo, con la intervención necesaria del Poder Judicial, más específicamente por intermedio de la Suprema Corte de Justicia, ningún juez en la provincia de Mendoza puede desconocer su existencia, ni atribuirse dicha facultad de examen de la pena ya impuesta, como tampoco pueden anticipar su examen mediante mecanismos argumentativos hipotéticos sobre sus consecuencias al momento de imponer la pena violando el principio constitucional de separación de poderes, prevista bajo pena de nulidad (art. 12 de la CdeM), además de la responsabilidad que puede acarrear por desconocerlo, ya que “[d]ecir que estamos “interpretando” el derecho cuando en realidad lo estamos desobedeciendo o haciendo una excepción sólo nos lleva a confusiones que no son meramente conceptuales sino que además pueden llegar a ser políticamente muy peligrosas.” (ROSLER, Andrés; “La ley es la ley”; Katz Editores; 2019; p. 185).

Ello sin perjuicio que, en el caso concreto, como puede ser en el de aplicación de la prisión perpetua, se estime conveniente, oportuno o justo la aplicación de dicho examen y reducción, recomendarlo fundadamente. Como lo ha hecho oportunamente la CSJN: «La penalidad impuesta por la ley puede no hallarse en proporción con la gravedad del delito ... casos en los que esta Corte, al confirmar las sentencias que las aplicaban, ha invitado al poder ejecutivo a hacer uso de la facultad de indultar con que lo ha investido la ley fundamental (t. 3, p 7; t. 29, p. 330)» (GONZALEZ CALDERON, Juan A.; “Curso de Derecho Constitucional”; Editorial Depalma; 6ª edición, reimpresión; Buenos Aires; 1984; p. 520).



Pero lo que resulta inexplicable es el ruidoso silencio negacionista de los derechos constitucionales reconocidos a los condenados de petitionar la aplicación de los institutos de la conmutación de su pena o el indulto de la misma, como a su trámite y resolución, ya que en nuestra provincia el último decreto disponiendo la conmutación de pena es el N° 2674 del 1 de octubre de 2008, reduciéndose significativamente la cantidad de solicitudes que requirieron el informe de la Suprema Corte a partir de dicha fecha hasta prácticamente desaparecer. Así Sala Tercera de este Tribunal ha realizado informes requeridos aconsejando o no conmutaciones de pena e indultos a través de la Oficina de Asuntos Carcelarios de este Poder Judicial que en la década del 80/90 eran de 500 solicitudes al año; en el 2005, 500; 2006, 411; 2007, 477; 2011, 213; 2012, 168; 2013, 33; 2015, 1; 2016 1; 2019 5.

En síntesis, existiendo los institutos previstos en la Constitución Nacional y Constitución de la Provincia de Mendoza de examen de la pena impuesta por vía de la conmutación o el indulto de la pena por el Poder Ejecutivo previo informe fundado de la Suprema Corte, no se puede cuestionar jurídica y válidamente la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua con el argumento que no existe posibilidad de examen de la pena impuesta o que el mismo no esté previsto que lo haga el tribunal que dicto la pena u otro órgano del Poder Judicial o que no tienen incentivo para resocializarse al momento de imponer la pena; sino que, por el contrario, debe darse voz al silencio de quienes tienen derechos constitucionales otorgados y viabilizar ordenadamente la posibilidad de ejercer ese derecho de petitionar y que dichos institutos funcionen adecuadamente según la legislación que lo reglamente.

c. Conclusión

De acuerdo con los argumentos expuestos en el acápite precedente, consideramos que se impone, como respuesta a la convocatoria a plenario, la constitucionalidad y convencionalidad de la pena de prisión perpetua en el régimen legal vigente de nuestro país. Ello por varios motivos.

En primer lugar, porque que la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, ya que



configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico que exige prudencia y cautela en su emisión, por lo que todo planteo de inconstitucionalidad debe reunir los extremos de admisión que exige la gravedad institucional (“Malenky” Fallos, 264:364, “Bonfante”, Fallos, 288:325, y “Philco Argentina SA”, Fallos, 306:1597), para poder darle trámite a la solicitud y sólo cabe declararla cuando del acabado examen del precepto legal que se debe presumir constitucional (“Cine Callao”, Fallos, 247:121, y “Trentini”, Fallos, 220:1458), porque en caso de duda, se debe decidir por la constitucionalidad y no por su invalidez (“Bignone”, Fallos, 306:655), se tenga la plena prueba, clara y precisa, de su oposición con la Constitución (“Penisse”, Fallos, 209:200 y “Bignone”, Fallos, 306:655), que conduzca a la convicción cierta que su aplicación conculca la Constitución, lo que no ocurre con la pena de prisión perpetua.

En segundo lugar, porque no violenta nuestro principio constitucional-republicano de separación de poderes. Ello por cuanto no existe disposición constitucional alguna que prevea que la labor de individualización de la pena es inherente al Poder Judicial. La función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución y la ley (arts. 112 y 116 de la CN). En este sentido, parecen muy oportunas las palabras de Soler en relación con las leyes cuando afirma que son «[m]ás sabias que el legislador, se suele decir; pero en realidad, es más sabia también que el jurista porque en ella existe efectivamente un sedimento de experiencias que es el resultado de un largo y complejísimo proceso histórico al cual el jurista tiene acceso, es cierto, pero con muchos trabajos y fatigas. Verdad es también que ese estudio es ampliamente retributivo y satisfactorio. La ley es más sabia que el jurista, porque ella es precisamente quien le enseña Derecho» (SOLER, Sebastián, “Las palabras de la ley”, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1969, pág. 190). Y por otra parte la razonabilidad de la pena, en función de la gravedad de los hechos para los que se impone, es de competencia constitucional exclusiva del legislador, sin que exista intromisión ni que se vulnere el ámbito propio de actuación del Poder Judicial. Así, a los jueces no les corresponde establecer graduaciones que la ley no prevé.

En tercer lugar, porque no vulnera el principio de legalidad y el mandato de determinación. Esto en razón que la consecuencia legal prevista para los graves hechos conminados con ella sí tiene un límite temporal en cuanto a su cumplimiento. Tal límite está



determinado por el art. 55 del CP y la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que jurídica y estrictamente da por resultado que no se trata de un encierro a perpetuidad, sino que como para toda pena privativa de libertad en el sistema penal argentino tiene el límite de 50 años.

En cuarto lugar, porque no contraría el principio constitucional de igualdad ni los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. La razón de tal afirmación se encuentra en que no existen razones de peso para sostener qué disposición constitucional estaría vulnerando con el establecimiento de una pena fija como la prisión perpetua, y si ella reúne las características que debe tener tal declaración según desarrollamos en la primera conclusión. Lo mismo puede señalarse con relación a la ausencia de argumentos válidos que demuestren que la pena de prisión perpetua resulta desproporcionada o irrazonable en relación con la gravedad de los hechos para los que se encuentra prevista. Ello confluente en que tampoco existe violación al principio constitucional de igualdad pues existe una base objetiva y razonable de distinción en el sistema de penas -fija, por un lado, y de medición, por el otro- sustentado en la gravedad de los hechos para los que se encuentra prevista.

En quinto lugar, porque no incumple el mandato de resocialización. En tanto este último se encuentra previsto para la etapa de ejecución de las penas y no puede ser fundamento ni fin de ellas, y en función de lo explicado en relación con el principio de legalidad y al mandato de determinación, es que no existen razones que lleven a sustentar válidamente que la prisión perpetua vulnera aquel mandato.

La reforma, readaptación, resocialización del régimen penitenciario, depende de la voluntaria decisión del condenado y de la política penitenciaria debida (art. 18 CN, inc. 6 del art. 5 de la CADH y el inc. 3 del art. 10 del PIDCyP y leyes de ejecución penal) que establece la obligación del Estado de implementar el sistema con las herramientas necesarias y posibles dadas las circunstancias históricas en cada momento la sociedad y puestas a disposición del penado, para que éste pueda lograr tal fin.

Como corresponde a diversos momentos fenoménicos y jurídicos, donde cada uno es habilitado por el anterior, tenemos: el establecimiento de la pena, su imposición y la ejecución de la misma; por lo que la prohibición prevista en el art. 14 del CP a la libertad



condicional invocada como que impide o no incentiva la resocialización, es una cuestión referida a la ejecución de la pena, y si bien esta es una derivación jurídica de la condena, es independiente normativamente, y no estamos ante un caso de la posibilidad de una interpretación previsora o consecuencialista de la norma que establece la pena de prisión perpetua, sino de la interpretación de otras normas jurídicas que regulan la ejecución penal y que no puede ser motivo de análisis dicha norma, ni ninguna referida a la ejecución penal, por el juez del juicio en el caso concreto y al momento de imponer la pena. Porque la ejecución penal no es causa sino consecuencia y no existe una sola forma legislativa de regular la ejecución de esa clase de pena, porque sería anticipar el planteo extralimitando su competencia constitucional, ya que corresponde hacerlo al juez de ejecución o con competencia en ejecución (“Bonfante”, *Fallos*, 288:325; “Freito García”, *Fallos*, 299:45; “Vega”, *Fallos*, 311:1565; y “AFIP”, *Fallos*, 324:3345).

En sexto lugar, porque no se trata de una pena cruel, inhumana ni degradante prohibida por nuestra legislación. Esto por cuanto no pueden considerarse que tiene aquellas características las sanciones que implican padecimientos inherentes a su ejecución cuando fueron legalmente impuestas.

Ello porque la prisión perpetua no debilita la vigencia del principio de intangibilidad de la persona humana, humanidad e intrascendencia de la pena, en la medida que el propio artículo primero, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes, que se esgrime como argumento para objetar constitucionalmente su legalidad, es categórico al aseverar que: «*No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas*».

De ello se deriva la imposibilidad legal de asimilar a la categoría de tormento psíquico, a un padecimiento derivado de una sanción legítima y constitucional, siendo obvio por otra parte que la extensión en el tiempo de esos padecimientos, no cambian la naturaleza de la aflicción psíquica, común a toda detención.

La norma que se pretende cuestionar, dictada, como hemos visto, por el órgano constitucional competente y que materializa una política criminal que se encuentra en el



ámbito de sus facultades ha superado la distinción pena y medida de la pena, con lo cual ha liberado al Poder Judicial de los problemas inherentes a su individualización y las consecuencias legales de las mismas.

En séptimo lugar, porque la pena de prisión perpetua no está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, no hay prohibición expresa de esta pena en ninguno de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Incluso la CADH dispone en su art. 4 y el PIDCyP en el art 6 establecen las condiciones, restricciones y prohibiciones (de expansión, de regreso y de utilización), con la que tolera la continuidad de la pena de muerte en los Estados que al momento de adherir a dichos tratados la tengan instaurada. En cuanto a la Convención de los Derechos del Niño establece una categoría que está prevista en el art. 37.a. la prohibición de imponerle pena capital, como la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por los delitos cometidos siendo menores de 18 años, ello sin perjuicio de la interpretación en los precedentes de la CSJN “Maldonado” y de la Corte IDH “Mendoza y otros vs. Argentina”, de allí se infiere sin lugar a dudas que, normativamente no se encuentra expresamente prohibida para mayores de edad por norma convencional alguna. Así, si las convenciones citadas toleran la pena de muerte para los delitos más graves, definiendo una clara política criminal de gradual reducción de la misma y a favor de su abolición, por lo que no pueda sostenerse que no es convencional la pena de prisión perpetua de la que no se menciona en específico ninguna regla que establezca la prohibición o que exista una política criminal convencional de reducción, prohibición de ampliación o de regreso o de explícita abolición futura.

En octavo lugar, porque la política criminal definida por el Congreso de la Nación, en representación del pueblo argentino en ejercicio de la soberanía delegada y limitada a las atribuciones, potestades y competencias conferidas en el Contrato Social, evidencia el fenómeno expansivo del derecho penal de los últimos años que no acompaña la postura que considera inconstitucional la pena de prisión perpetua. Más allá que, como se describió, en los últimos veinte años el derecho penal a través de diversas leyes ha tendido a expandirse y ser de más rigurosidad, lo cierto es que en ninguna de esas oportunidades el Poder Legislativo se planteó la posibilidad de derogar o sustituir la pena de prisión perpetua o establecer una escala desde un mínimo hasta la prisión perpetua como máximo, o reducir la



cantidad de años de prisión como máximo. Por el contrario, hechos delictivos que se consideraron de notable gravedad fueron incluidos entre el elenco de comportamientos reprimidos por el art. 80 del CP, como el femicidio entre otros, incluso se estableció un máximo mayor para la pena de prisión y prisión perpetua, llevándola a 50 años. Lo que desautoriza cualquier planteo de inconstitucionalidad que sin sustento normativo Constitucional o convencional se lo pretenda argumentar en opinión o preferencias de sectores de la sociedad, por loables o compartidas que sean sus posturas.

En noveno lugar, porque no contraría el Estatuto de Roma, sino que son sistemas jurídicos totalmente compatibles. Esto por cuanto en ese instrumento se prevé la pena de prisión perpetua (cadena perpetua) como sanción para los hechos más graves que tipifica; mientras que con relación a la posibilidad del examen de esa pena a los 25 años de cumplida que allí se prevé, está satisfecha en nuestro caso con la posibilidad de solicitar la persona condenada y darse trámite de los institutos constitucionales de conmutación de pena, incluso el no previsto por el instrumento internacional, del indulto de la misma. Es decir, que nuestro sistema, no sólo es compatible, sino más amplio.

En décimo lugar, porque -tal como fue desarrollado, particularmente en relación a los institutos del indulto y la conmutación de penas, así como al límite establecido por el art. 55 del CP- la prisión perpetua no vulnera el principio de progresividad en tanto su cuestionamiento en abstracto carece de sustento. Ello en razón de que al ser aquél propio de la etapa de ejecución de la pena, sólo puede ser analizado cuando a una persona condenada se le niegue algún instituto del régimen de progresividad. En otras palabras, no hay violación al principio de progresividad si no se constata el interés actual en el reclamo. Más allá de ello, en tanto la progresividad del régimen penitenciario consiste en *«un proceso gradual que posibilite al interno, por su propio esfuerzo, avanzar paulatinamente hacia la recuperación de su libertad, sin otros condicionamientos predeterminados que los legal y reglamentariamente establecidos»* (art. 8, 2º párrafo, de la ley 8465), y conforme al límite de cincuenta años referido en relación a la pena prisión perpetua, nada impide el efectivo cumplimiento de aquélla.

Por ello, a los fines de asegurar el ejercicio de los derechos constitucionales de los condenados y el mejor funcionamiento igualitario, ordenado y eficaz de los institutos



constituciones de examen de la pena y la posibilidad de conmutación e indulto de la misma, resulta conveniente:

1) exhortar a la Honorable Legislatura que debata y sancione lo más pronto posible la ley reglamentaria prevista expresamente en el inc. 5 del art. 128 de la Constitución de la provincia de Mendoza, a fin de ordenar el procedimiento, establecer los casos, condiciones, tiempos y forma en que el derecho puede ser ejercido. Es importante tener en cuenta especialmente en otros motivos para su otorgamiento, la reforma, la readaptación social, la resocialización, los importantes servicios a la sociedad de los condenados peticionantes o la excesiva rigurosidad de la ley en el caso concreto. Asimismo, que se prevea la intervención de la víctima y en los hechos de mayor gravedad la participación del pueblo.

2) exhortar al Poder Ejecutivo a que establezca un mecanismo que resulte ágil y dinámico para la tramitación de los pedidos de conmutación e indulto de pena, y su resolución, con la asignación y afectación de los recursos humanos y materiales que resulten necesarios a tal finalidad.

3) solicitar al Congreso de la Nación que evalúe la posibilidad de sancionar una ley que reglamente el derecho de los condenados a petitionar la conmutación o indulto de las penas impuestas.

4) recomendar un accionar activo y eficaz para que funcionen estos institutos constitucionales y convencionales por parte de quienes tienen el deber de defender, individual o colectivamente los derechos de los condenados, como asimismo de quienes voluntariamente lo asumen.

En definitiva, en base a todo lo hasta aquí señalado y examinado, existen múltiples razones para concluir en que la pena de prisión perpetua como una más dentro del elenco de respuestas punitivas del Estado frente a la comisión de delitos penales (art. 5 del Código Penal), resulta compatible con el diseño constitucional, convencional y legal vigente, especialmente luego de la reforma constitucional de 1994 que otorgó jerarquía constitucional a tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos. Ello pues, supera satisfactoriamente el test de constitucionalidad y convencionalidad efectuado



precedentemente, en atención a que no vulnera *per se* ninguno de los principios, garantías o derechos consagrados en la Constitución Nacional (arts. 27 y 28).

Por lo tanto, en mérito a ello, considero que debe responderse negativamente al primer interrogante planteado en la convocatoria a plenario. Ello exime de pronunciamiento respecto de segundo de aquéllos.

ASÍ VOTAMOS.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR OMAR A. PALERMO DIJO:

1. Las audiencias públicas como instancia de democratización del Poder Judicial

1.1. Fundamentos de la convocatoria

El Poder Judicial presenta un “*déficit original*” de legitimidad democrática en relación a los otros poderes del Estado, en tanto sus integrantes no se someten al voto popular. Esto lo destaca con toda claridad Atienza al señalar que «*el juez no posee una legitimidad de origen, no ha sido elegido democráticamente*»¹. Es posible que esta *debilidad intrínseca* sea una de las razones principales por las que una buena parte de sus decisiones son seriamente puestas en tela de juicio por la ciudadanía. Sin embargo, no es ésta la única razón por la que ello ocurre. No es solo la *debilidad democrática de origen* sino la *falta de democratización del proceso de diálogo con la ciudadanía* lo que quizás explique los cuestionamientos a la legitimidad de las decisiones judiciales.

Resulta indispensable entonces contar con un diseño institucional que restablezca el vínculo con la ciudadanía a través de la utilización de herramientas de deliberación democrática que garanticen que los diversos puntos de vistas sobre una determinada cuestión van a ser considerados. Si el procedimiento del que deriva la resolución judicial del conflicto es abierto, público, transparente, plural y contradictorio, la decisión que se tome ganará en legitimidad, pues no será resultado de una actuación secreta y unilateral,

¹ Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, 2013, p. 680; Ya antes, en el mismo sentido, Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, 1992, p. 682, quien sostiene que «*los jueces no están elegidos directamente por el pueblo ni responden de sus decisiones ante él, a través del debate colectivo. A lo sumo son designados por autoridades democráticas, pero su legitimidad es indirecta*».



sino la consecuencia de un procedimiento plural que permite que la decisión pueda ser presentada no en nombre del juez o la jueza que resuelve, sino en nombre de toda la ciudadanía como “su” decisión.

Las audiencias públicas constituyen una de esas formas de apertura institucional. Se trata de una instancia de participación mediante la cual se pone de manifiesto la importancia de que la actividad judicial se vea fuertemente influenciada por la ciudadanía pero, a la vez, sea controlada por ella. La utilización de estos mecanismos de deliberación democrática no solo pone en cuestionamiento el prejuicio elitista de que la tarea de interpretación de las normas jurídicas es solo una cuestión de especialistas, sino que, al mismo tiempo, pone en valor las opiniones y los puntos de vista de la comunidad sobre cuestiones determinantes para la vida social, institucional y política de la provincia y el país. En definitiva, las audiencias públicas democratizan el procedimiento de elaboración de las decisiones judiciales y, de ese modo, contribuyen a que la resolución del conflicto deje de ser percibida como una imposición de un poder del Estado a sus ciudadanos para pasar a ser el resultado de un diálogo horizontal entre el Poder Judicial y la comunidad de la que forma parte.

Con esta vocación por alcanzar un modelo de justicia dialógica convocamos a una audiencia pública para escuchar opiniones respecto del tema en tratamiento. Se realizó de manera virtual los días veintidós y veintitrés de octubre del corriente año y en su desarrollo se presentaron argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Fueron dos grandes jornadas democráticas de las que cabe destacar fundamentalmente el pluralismo de voces, el federalismo y la diversidad de géneros de las personas que tomaron parte de la audiencia.

Así, ofrecieron y, a la vez, escucharon razones las organizaciones de la sociedad civil -locales y nacionales- especializadas en la temática, organismos y referentes del movimiento de Derechos Humanos, víctimas de delitos y organizaciones sociales que las nuclean, personas privadas de libertad, ciudadanos y ciudadanas interesadas de manera espontánea, abogados y abogadas del fuero especializados en Derechos Humanos y en Derecho penal, defensores públicos, funcionarios y funcionarias públicos y referentes de espacios político partidarios. El carácter federal y la diversidad de géneros presentes en la



audiencia quedaron plasmados con la participación de personas y organizaciones sociales provenientes de distintos puntos del país y, en particular, de mujeres que con convicción expusieron sus puntos de vista en uno u otro sentido.

1.2. Los principales argumentos expuestos en la audiencia

Durante las dos jornadas que demandó la audiencia pública, más de cincuenta personas hicieron uso de la palabra y expusieron sus opiniones tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de la prisión perpetua. Y si bien cada una de las exposiciones realizadas respondió a criterios personales, institucionales o políticos propios o de la organización o el colectivo en cuya representación participaban, es posible identificar ciertos ejes argumentales que a continuación se pasan a desarrollar.

Así, las treinta y cinco exposiciones que se expresaron a favor de la constitucionalidad de la pena a prisión perpetua, argumentaron fundamentalmente sobre base de la idea de que su aplicación no implicaría un trato cruel, inhumano o degradante, ni supondría tensiones con los principios constitucionales vigentes, ni con los compromisos internacionales asumidos por el Estado en materia de debido proceso penal y privación de libertad de personas en conflicto con la ley. Entre los fundamentos específicos sobre los que se construyó tal premisa se destacan el convencimiento de que no existe en nuestro país penas realmente perpetuas, la inexistencia de una prohibición normativa que impida su uso y la justificación de su existencia en tanto configuraría una respuesta adecuada ante ciertas demandas ciudadanas en materia de seguridad y, a la vez, un mecanismo de reparación para las víctimas de delitos graves.

Por su parte, los argumentos vertidos a favor de la inconstitucionalidad de la prisión perpetua estuvieron dirigidos principalmente a poner en crisis el marco normativo que regula la aplicación de esta pena, tanto en su configuración autónoma como en lo que respecta al régimen que regula su ejecución. Específicamente, las veinte exposiciones alegaron problemas con principios constitucionales y convencionales de orden rector, tales como el principio de progresividad de la ejecución de las penas privativas de libertad, el principio de



igualdad, el de culpabilidad por el acto, legalidad ejecutiva y certeza penal, reserva y la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes; y, en el mismo sentido, se subrayaron tensiones entre su regulación y el sistema republicano de división de poderes. Además, se formularon señalamientos respecto de las condiciones materiales en las que estas penas se ejecutan y sobre cómo ello generaría nuevas vulneraciones a mandatos convencionales obligatorios en nuestro país.

Finalmente, mediante una presentación que se realizó fuera del ámbito de la audiencia pública, pero a propósito de ella, el Arzobispo de Mendoza, Monseñor Marcelo Daniel Colombo abordó la tensión existente entre autores, víctimas y la realidad del sistema carcelario. Respecto a la situación de las víctimas señaló que *«el testimonio de tantas personas que, en calidad de víctimas de un delito, han sufrido personalmente o por la pérdida de vida de sus familiares, nos deja la dolorosa constatación que nada ni nadie ayudará a cicatrizar la herida permanente de cuanto han vivido, que se reabre una y otra vez en situaciones de violencia y muerte»*. Ahora, en relación a la perpetuidad del castigo Monseñor Colombo hizo suyas las palabras del Papa Francisco en la Encíclica *«Fratelli tutti»*: *«Todos los cristianos y los hombres de buena voluntad están llamados, por lo tanto, a luchar no sólo por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal que sea, y en todas sus formas, sino también con el fin de mejorar las condiciones carcelarias, en el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad. Y esto yo lo relaciono con la cadena perpetua. [...] La cadena perpetua es una pena de muerte oculta»*².

Los argumentos expuestos han sido escuchados y tomados en cuenta para decidir la cuestión que constituye el objeto de este plenario. Como podrá ser advertido a lo largo de las consideraciones que se expondrán a continuación, las peticiones realizadas en uno u otro sentido han sido contestadas, en algunos casos explícitamente, en otros de forma implícita. Esto último especialmente respecto a las presentaciones de las y los representantes de sectores pertenecientes a la política partidaria, pues sus opiniones son conocidas por toda la comunidad. Las audiencias públicas están pensadas no tanto para llevar a cabo un diálogo inter-institucional entre los diversos poderes del Estado -para eso existen otras instancias- sino

² Discurso a una delegación de la Asociación internacional de Derecho Penal, 23-10-2014 en: AAS 106 (2014), 842.



como un espacio para aquellos que carecen de la posibilidad de expresarse públicamente y pretenden acercar su pensamiento y sus críticas al sistema de justicia. Priorizar el protagonismo de la política, en este caso, implica correr el riesgo de invisibilizar aquellos sectores que carecen de voz y quizás han tenido en la audiencia pública la única oportunidad de ser escuchados.

1.3. Valoración global de la audiencia pública

La celebración de la audiencia pública deja aspectos muy positivos que la reivindican como modelo a seguir por una justicia que tenga pretensiones de ser más democrática. Uno de esos aspectos destacables es que, en tiempos de fragmentación social y de profundas divisiones políticas e ideológicas, se haya logrado un clima de tolerancia ante las diferentes opiniones y puntos de vistas expuestos, lo que pone en evidencia la importancia y la necesidad de la creación de estos espacios de diálogo institucional como un modo de canalizar pacíficamente los desacuerdos sociales existentes. Por lo demás, que en esta oportunidad la Suprema Corte de Justicia haya logrado reunir a la totalidad de sus integrantes para escuchar las distintas voces con las que se expresó la ciudadanía supone, además de una obligación, un gesto que contribuye a la generación de ese clima de respeto que imperó en la audiencia. Ello pone de manifiesto que una corte con pluralidad de miradas puede transformarse en un espacio institucional en el que se canalicen los desacuerdos de las y los potenciales afectados directa o indirectamente por la decisión judicial.

El valor de la tolerancia puesta de manifiesto en la audiencia se incrementa si tiene en cuenta especialmente la pluralidad de opiniones que fueron escuchadas. Así, por ejemplo, las víctimas de delitos que participaron de la audiencia lo hicieron expresando pensamientos diversos. Por un lado, Carla Pagliaricci y Andrés Villouta, entre otros, argumentaron a favor de la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua con un relato desgarrador a través del cual reclamaron justicia por la muerte de sus hijos e hija. Por otro lado, expuso Silvia Ontivero, quien fue víctima de la última dictadura cívico-militar, al ser privada ilegalmente de su libertad y abusada sexualmente por sus secuestradores, quien además, muchos años después debió enfrentar el homicidio de su hijo, cuyo autor resultó



condenado. Pese a ello, se mostró contraria a un encierro a perpetuidad y pidió un trato humanitario tanto respecto a sus victimarios como con relación al homicida de su hijo.

Además de las víctimas de delitos, no puede dejar de destacarse, como muestra del pluralismo que caracterizó a la audiencia, la participación de Adriana Geroli, una mujer condenada a la pena de prisión perpetua, quien relató de manera dramática las dificultades que trae consigo el encierro definitivo para poder llevar adelante una vida sin esperanzas en las condiciones en que actualmente se cumple la pena privativa de libertad.

Se debe reconocer especialmente la participación no solo de las víctimas sino también de las mujeres en la audiencia. Cada mujer que tomó parte dejó la impronta de quienes ponen el cuerpo, la emoción, la intelectualidad y/o la militancia en un tema trascendental como el que nos convoca. Sus intervenciones sin dudas enriquecieron el debate, demostrando -una vez más- la imperiosa necesidad de habilitar, en condiciones de igualdad, espacios de participación a los colectivos en histórica desigualdad. Es indudable que el Estado tiene el deber de abrir canales de participación y escuchar a los colectivos más desaventajados y que la sociedad ha dejado en sus márgenes. En particular el Poder Judicial tiene la obligación de generar toda acción positiva en favor de garantizar la accesibilidad de las mujeres cuya voz ha sido tantas veces negada y silenciada.

Por último, cabe formular algunas consideraciones respecto a la participación de las víctimas y la necesidad de dar respuesta a sus requerimientos. Por un lado, es oportuno recordar que la legislación vigente le otorga al ofendido por el delito la posibilidad de actuar como querellante particular en el proceso penal desde el inicio mismo de la investigación, hasta su finalización. A su vez, la jurisprudencia le concede a la víctima cada vez mayores facultades, a tal punto que la sola acusación privada puede fundamentar la imposición de una condena pese a que en el caso concreto pueda faltar la acusación pública del Ministerio Público Fiscal. Asimismo, la víctima tiene derecho a recurrir la sentencia absolutoria y, en caso de condena, tiene derecho a participar en el proceso de ejecución de la pena. Todo ello sin perjuicio del derecho de la víctima a reclamar la indemnización del daño ocasionado por el delito³. Dicho brevemente, el ordenamiento jurídico reconoce a la víctima plenas facultades

³ Debe advertirse, además, que tanto el ordenamiento legislativo provincial como el nacional reconocen de manera expresa los derechos que le asisten a las víctimas de delitos. En tal sentido se expresa la norma del art. 108 de Código Procesal Penal, que no tan solo enuncia los derechos de las víctimas -y/o de sus herederos



procesales durante la sustanciación de la causa hasta su finalización e incluso hasta el cumplimiento mismo de la condena.

Fuera de lo estrictamente procesal, desde lo institucional hemos desarrollado políticas de atención a víctimas que han sido impulsadas desde la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia. Precisamente con esta finalidad se creó el Servicio de Asistencia a Víctimas y Testigos de Delitos, cuya función radica en el asesoramiento y facilitación de información a toda persona víctima o testigo sobre sus derechos, estado procesal de causas de su interés y acciones posibles en el marco del proceso penal, así como también en el acompañamiento y seguimiento de casos en los que toma intervención o en la derivación responsable a otros sectores institucionales para motivar las intervenciones que resultaren pertinentes. En otras palabras, las víctimas forman parte de nuestra preocupación tanto en cuanto a sus derechos en el proceso penal como en relación a la necesidad de atención en términos institucionales.

Más allá de estas consideraciones, si bien es cierto que es nuestro deber garantizar a las víctimas el acceso a la justicia y el derecho a una tutela judicial efectiva, no es menos cierto que el sistema de justicia no puede reparar lo irreparable que significa el dolor ocasionado por el delito. Podemos garantizar los derechos que como víctimas tienen, Carla, Silvia y Andrés, solo por dar algunos nombres. Sin embargo, lo que no podemos es restituirles el bien jurídico máspreciado, a saber, la vida de sus hijos. Por ello no sería ético pretender adueñarnos de ese dolor que es propiedad exclusiva de las víctimas, de sus familiares y de sus seres queridos. Y de nadie más. Para decirlo drásticamente, tenemos la responsabilidad institucional y el imperativo moral de no hacer demagogia con el dolor de las víctimas.

2. La influencia de las teorías sobre la justificación del castigo en la discusión sobre la legitimidad de la pena de prisión perpetua

forzosos- sino que además garantiza, mediante deber impuesto a autoridad judicial o administrativa, que la persona en cuestión sea informada de ellos a efectos de que pueda ejercerlos. Por su parte, la ley nacional 27.372 -de garantías y derechos de las personas víctimas de delitos, de orden público de conformidad con lo dispuesto en su art. 1- define quiénes se consideran víctimas y reconoce los derechos les asisten en su condición de tales, al tiempo que regula de manera precisa cuales son los principios rectores que deberán orientar la actuación de las autoridades pertinentes en pos de garantizar su respeto (art. 3).



2.1. Consideraciones sobre el *abolicionismo* y el *Derecho penal mínimo*

La prisión perpetua supone la más drástica y violenta reacción del poder punitivo del Estado. Por ello, la determinación de su validez constitucional requiere de algunas precisiones previas respecto a los presupuestos de legitimidad del castigo estatal. Es decir, antes de analizar la cuestión de si es constitucionalmente admisible que el Estado encierre a perpetuidad a personas que han cometido graves delitos que el Código penal reprime con esta especie de pena, entiendo necesario realizar un breve esbozo de los conceptos fundamentales que, desde mi punto de vista, justifican, en general, la pena privativa de libertad. Pues bien, sobre la base de las conclusiones que se alcancen en este punto, me referiré luego a la cuestión de si la pena de prisión perpetua puede sortear el *test* de legitimidad por el que debe pasar toda teoría de la pena.

Antes de presentar este esbozo entiendo que resulta conveniente dejar explicitado los lineamientos generales de mis puntos de partida metodológicos. Por ello, en *primer lugar*, debo señalar que *no* comparto las bases fundamentales de las posiciones abolicionistas que sostienen que debe rechazarse de plano la legitimidad del Derecho penal y proponer su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflicto⁴. Este distanciamiento, sin embargo, de ningún modo supone negar los aportes del abolicionismo que interpelan directamente al sistema penal y cuestionan su autoritarismo y su deshumanización. En efecto, el abolicionismo, de la mano de la criminología crítica que le da su sustento teórico, ha puesto en evidencia la flagrante selectividad con la que operan las agencias policiales y judiciales, además de criticar -con buenas razones- los abusos a los que conduce la idea de resocialización, entre otras relevantes observaciones. No puede negarse la importancia de la *denuncia abolicionista* que puso en crisis la legitimidad misma de todo el sistema de justicia penal.

Ahora, de la circunstancia de que el Derecho penal sea selectivo y deshumanizador y que por éstas y otras razones se encuentre en crisis, no se deriva necesariamente su ilegitimidad, de modo que no cabe propiciar, sin más, su sustitución. Es que la idea de abolir el Derecho penal, como lo ha dicho algún sector de la doctrina, no solo

⁴ Un panorama de las posiciones abolicionistas y su crítica, puede verse en Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 18 y ss.



es utópica sino, fundamentalmente, regresiva⁵. Es evidente que el resarcimiento civil y los modelos de arbitraje propuestos por esta corriente de pensamiento, como alternativas a la pena de prisión, lucen incapaces de resolver los conflictos que generan, por ejemplo, los delitos graves o extremadamente violentos. Por ello, son irrefutables las críticas que recibe el abolicionismo en cuanto a su incapacidad de dar respuesta a la criminalidad organizada o económica, quedando su alcance limitado a la correcta solución de los problemas que presentan los delitos de bagatela.

No parece entonces que el abolicionismo sea capaz de terminar con la selectividad del sistema, en la medida que ella deriva de las desigualdades sociales realmente existentes. *Son estas desigualdades las que deben ser abolidas en una sociedad democrática.* Un Derecho penal más igualitario necesita de una sociedad más igualitaria. Por el contrario, mientras la desigualdad persista, el sistema penal la reflejará en mayor o menor medida. Por ello, la responsabilidad de un sistema de justicia que tenga pretensiones de ser socialmente igualador, es la de llevar a cabo todos los esfuerzos posibles por reducir esa selectividad. Se trata no solo de una responsabilidad moral, sino de una obligación constitucional.

Sin embargo, más allá de las razones expuestas, el motivo determinante de mi alejamiento del abolicionismo es que este movimiento le niega toda legitimidad a la intervención punitiva del Estado. Por el contrario, desde mi punto de vista considero que pese a los efectos claramente nocivos que genera el Derecho penal en la práctica, la pena cumple una función que la legitima⁶. Por esta razón, considero que una comunidad organizada no podría subsistir demasiado tiempo sin Derecho penal. En este sentido, todavía parece acertado pronosticar con Enrique Gimbernat que *“hay Derecho penal para rato”*⁷. Es que, como

⁵ Sobre ésta y otras críticas al abolicionismo, Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 20 y ss.

⁶ Uno de nuestros más importantes filósofos del Derecho penal, Marcelo Ferrante, en una brillante e inédita conferencia titulada «¿Algo más sobre la justificación del castigo?», que fue presentada el 9 de noviembre de 2017 en las Jornadas Internacionales de Derecho penal de la Universidad Nacional de Cuyo, sostuvo que la pena tiene un valor, incluso un *“valor intrínseco”*. Yo prefiero hablar sin más de la *función* que *legitima* el castigo, más allá de si la pena tiene efectivamente un valor y si realmente puede decirse del mismo que es *“intrínseco”* a ella.

⁷ Gimbernat Ordeig, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 1990, p. 150.



señala el propio Ferrajoli, es el Derecho penal el que “*constituye histórica y axiológicamente, una alternativa progresista*”⁸. En definitiva, no soy, pues, abolicionista.

En *segundo lugar*, también creo oportuno señalar mis coincidencias pero también mis desacuerdos con quienes sostienen la existencia de un *Derecho penal mínimo* en el que la pena constituye “*una amarga necesidad*”, cuyo único valor reside en su utilidad para evitar otros males. Así, dentro de esta línea de pensamiento puede ubicarse al propio Ferrajoli, quien afirma que “*un sistema penal -puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas, y puniciones arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas por ellos conminadas*”⁹. Debo señalar que comparto la idea fundamental de esta corriente de pensamiento en cuanto el Derecho penal debe evitar más violencia que la generada por la propia aplicación del poder punitivo estatal. Creo también que en la medida en que el ejercicio de esa potestad sea más racional, mayor será su legitimidad. Sin embargo, la existencia de un Derecho penal mínimo no puede eludir la pregunta sobre la justificación del castigo allí donde la pena debe ser irremediamente impuesta. Dicho con otras palabras, el *minimalismo penal* explica correctamente los límites del poder punitivo del Estado, pero no ofrece buenas razones para fundamentar la imposición de la pena estatal una vez determinado el ámbito en el que sus partidarios consideran justificada esa intervención mínima. En definitiva, lo que me aleja de esta forma de ver las cosas es que comparte con el abolicionismo su argumento central, a saber, que la pena constituye un mal al que debemos recurrir para evitar males mayores¹⁰. Y es en este punto en el que me separo de estas posiciones, pues considero que es posible encontrar en la pena una función que la legitime más allá de su evidente caracterización como “mal”¹¹.

2.2. La pena como retribución comunicativa

⁸ Ferrajoli, Poder y control, N° 0-1986, p. 43

⁹ Ferrajoli, Poder y control, N° 0-1986, p. 39.

¹⁰ Claramente en el sentido de esta crítica, Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».

¹¹ En este sentido, Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».



Ahora, ¿en qué consiste esa “función” de la pena?¹² Según creo, la respuesta a este interrogante debe hallarse desde una doble perspectiva. Por un lado, la pena debe cumplir un “función” respecto a la comunidad organizada en la que aquella se aplica¹³, lo que presupone en algún sentido que no es posible prescindir de la función intrínseca que caracteriza a toda formulación de un reproche punitivo. Por otro lado, el Estado que impone una pena no solo debe poder explicar su valor a la comunidad, sino también al condenado que está obligado a soportarla. Es decir, el Estado debe ofrecer buenas razones que permitan al acusado entender como legítima *su* condena. En otros términos, la pena no solo debe cumplir una función respecto a la comunidad que la impone, sino que también debe cumplir una función “respecto al acusado” que tiene el deber de tolerar el castigo estatal¹⁴.

La función que el castigo cumple en la comunidad organizada radica en que mediante la pena se contribuye al mantenimiento de la identidad del orden social¹⁵. Lo dicho se puede explicar de la siguiente forma: las normas expresan la manera de ser de la sociedad, esto es, constituyen una muestra, más o menos parcial, de su identidad. Ese modo de ser que expresan las normas es puesto en tela de juicio por el autor, quien a través de su comportamiento delictivo se aferra a la afirmación de que para él la norma no constituye la pauta a seguir. Mediante esta negación de la vigencia de la norma se cuestiona la identidad normativa de la sociedad. Así, la pena aparece como respuesta comunicativa que contradice la afirmación del autor. A través de ella, la comunidad confirma la vigencia de la norma

¹² A responder esta pregunta dedica su impecable texto Ferrante, «¿Algo más sobre la justificación del castigo?».

¹³ Sigo de este modo una teoría de la pena que bien podría denominarse «*supraindividual*», en el sentido que señala Pawlik, «La pena retributiva y el concepto de delito» en *La libertad institucionalizada*, Madrid, 2010, p. 84. Para este autor, el delito no debe ser percibido solo como un daño o una lesión a la persona de la víctima, sino también como un ataque a la «*comunidad jurídica como tal*». En tal sentido, para Pawlik, la pena no es un sacrificio que se le «*entrega a la víctima*», sino la reacción estatal ante el quebrantamiento del deber de todo ciudadano de contribuir al mantenimiento del Estado de libertades. Por ello la afectación de los derechos de la víctima debe tenerse en cuenta en la determinación de la pena, la que debe medirse: «*por un lado, de acuerdo al alcance del menoscabo de la libertad que le ha realizado efectivamente a la víctima o por el menoscabo que su intención causarle y, por otro lado, se mide igualmente por la medida de la lealtad del autor frente al proyecto de paz a través del Derecho penal en general*» -p. 105-.

¹⁴ Pérez Barberá, «Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena Una justificación deontológica de la pena como institución», InDret 4/2014, distingue entre la justificación de la pena como *institución* ante la sociedad de la como *acto particular* frente al autor del delito.

¹⁵ Sigo aquí la tesis expuesta por Jakobs en *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 17 y ss. Luego Jakobs abandonó -equivocadamente- este punto de vista y le dio un giro más “*cognitivist*” a su teoría. Sobre las distintas fases de evolución de la teoría de la pena en Jakobs puede verse el trabajo introductorio de Cancio Meliá-Feijóo Sánchez a Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, 2006, pp. 27 y ss.



previamente infringida y, con ello, confirma el Derecho en tanto orden efectivamente practicado¹⁶.

Es posible que la pena genere otras consecuencias beneficiosas desde la psicología social o individual. A modo de ejemplo, puede que la pena logre la utópica resocialización del autor y cumpla así una función de prevención especial. También puede ocurrir que la pena contribuya a fortalecer la confianza que otros ciudadanos depositan en la vigencia del ordenamiento jurídico, esto es, que cumpla una función de prevención general positiva. Asimismo, la pena puede ser una forma de “*coacción*” dirigida a los “*futuros delincuentes o la comunidad*” para que no delinca, de modo que cumpliría así una función de prevención general negativa. Sin embargo, lo que debe quedar claro aquí es que, más allá de que la imposición de una pena puede contribuir a la prevención de futuros delitos, su función radica en la *autocomprobación* de que la sociedad ratifica el ordenamiento jurídico como expresión de su propia identidad¹⁷. A la inversa, aunque la pena no prevenga delitos, es decir, aunque después de su imposición se cometa nuevamente un hecho delictivo, la sola circunstancia de que el siguiente hecho siga siendo caracterizado como un “*hecho delictivo*” demuestra que la pena ya cumplió su función: la confirmación del ordenamiento jurídico en tanto expresión normativa de un Estado democrático de Derecho, que es el modo en que nuestra sociedad se concibe a sí misma. En ello radica la “*función social*” del castigo¹⁸.

En cuanto a la “*función*” de la pena respecto al acusado consiste en que mediante su imposición se reconoce su personalidad, es decir, se reconoce al autor del hecho como igual a los demás, en el sentido de que se lo toma en serio como persona responsable. Con ello se quiere señalar que el Estado no puede *cosificar* al acusado, degradándolo como si se tratara de un objeto peligroso. Expresado en terminología hegeliana, mediante la pena no puede tratarse a la persona como un animal salvaje al que se le amenaza con un palo. Por el contrario, el castigo debe expresar el respeto a la persona como parte integrante de la

¹⁶ Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 18.

¹⁷ Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, p. 18.

¹⁸ Es conveniente distinguir entre la dimensión vertical de la pena como reacción estatal que tiene carácter público ante la lesión de la vigencia de la norma, con la dimensión horizontal del delito, que determina la relación entre el autor, la víctima y la sociedad, pero que no cumple una función específicamente penal. Sobre esta distinción y la importancia de no incurrir en confusiones respecto de ambos planos, Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, pp. 21 y ss.



sociedad, según las reglas que ésta se ha dado a sí misma. Pues bien, la imputación de culpabilidad lleva ínsito ese reconocimiento a la personalidad del acusado¹⁹. Y ello es así porque la pena supone el reconocimiento a la libertad del condenado de auto-configurar su ámbito de organización, a la vez que se lo hace responsable por las consecuencias lesivas que derivan de esa configuración contraria a Derecho²⁰.

Sin embargo, cabe mencionar algunos supuestos en los que esta relación de reconocimiento aparece al menos parcialmente debilitada por no poder demostrarse, por distintas razones, la perfección del sinalagma auto-organización/responsabilidad por las consecuencias. Me refiero, por un lado, a los casos de responsabilidad de adolescentes que se encuentran en conflicto con la ley penal. En tales supuestos, no puede acreditarse la completitud del sinalagma porque las personas menores de edad carecen de una plena libertad de organización. En efecto, los adolescentes menores dieciséis años no tienen derecho al voto, en general carecen de capacidad negocial, de modo que no pueden trabajar, no pueden celebrar contratos, no tienen el deber positivo de pagar impuestos, etc²¹. Es decir, gran parte de los derechos de las personas menores de edad no son auto-administrados por éstas sino hetero-administrados por sus representantes legales. Pues bien, esta restricción a la libre organización debe impactar necesariamente en el grado de responsabilidad penal de los y las adolescentes, a tal punto que no son punibles hasta los dieciséis años y que, en caso de resultar punibles, el legislador establece una reducción de pena que, en mi opinión, y de acuerdo con las razones que he expuesto en otro lugar, constituye un imperativo legal para el juez o jueza que debe aplicarla²².

Por otro lado, cabe señalar que el reconocimiento de un ámbito de libre administración al acusado presupone la existencia de un Estado que garantiza a sus

¹⁹ En el mismo sentido, con otra fundamentación, Kindhäuser, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 108 y ss., sostiene que el reproche de culpabilidad implica un reconocimiento del sujeto a quien el hecho se imputa como culpable en su calidad de participante potencial en la acción comunicativa.

²⁰ Sobre este punto, como aquí, Lesch, *La función de la pena*, Madrid, 1990, p. 16.

²¹ He tomado esta idea de Orce, «Culpabilidad de los menores», en Montealegre Lynett/Caro John (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, 2008, pp. 454 y ss.

²² Sobre ello, ver el fallo de esta SCJ de Mendoza en el caso *Ledesma Reche*.



ciudadanos un mínimo protección no solo en lo formal sino también en lo material²³. Es que como señala Silva Sánchez, el Estado tiene un deber de garante de protección tanto negativa como positiva, en el sentido de que debe ofrecer protección a todas las personas que se encuentren en su territorio, a la vez que debe asegurar las condiciones sociales mínimas de respeto a la dignidad humana²⁴. Por el contrario, en una sociedad en la que el Estado lesiona de manera sistemática la justicia distributiva, la relación de reconocimiento se debilita a tal punto que la pena se parece más a un puro ejercicio de poder que tiene su origen en el sistema policial, que lo administra selectivamente con la escasa resistencia del sistema judicial, que a un reconocimiento de la calidad de ciudadano²⁵. Por esta razón, los déficits de socialización que no son imputables al autor sino a la injusticia distributiva generada por el propio Estado, deben tener un lugar al menos en la determinación de la pena²⁶.

Más allá de estos supuestos en los que el vínculo de ciudadanía se debilita al menos en parte, es posible concluir en que el respeto a la libre elección del acusado sobre la base del principio de auto-administración constituye el fundamento del reconocimiento de su personalidad. De este modo, el autor del hecho no es excluido, sino reconocido como persona²⁷. En dicho reconocimiento se explica la “función” de la pena frente al autor del hecho delictivo²⁸.

²³ En este sentido, Silva Sánchez, «Presupuestos socio-político de atribución de responsabilidad penal», en Fernández Teruelo (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, pp. 715 y ss. Para este autor, lo decisivo es que «el destinatario de las normas se halle a su vez protegido por éstas [...] si el ordenamiento protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración de éste, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena».

²⁴ Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, pp. 86 y ss.

²⁵ Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, p. 25, agrega que el funcionamiento defectuoso de las estructuras sociales de reconocimiento recíproco obliga a considerar la corresponsabilidad de la sociedad en la comisión del delito.

²⁶ Así, Pawlik, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, 2016, p. 70: «en el nivel de la determinación de la pena debería llevarse a cabo, por supuesto, una diferenciación, en función de cuánto le facilita a cada uno la sociedad el comportamiento fiel al Derecho».

²⁷ Lesch, *La función de la pena*, p. 16.

²⁸ En este sentido, con otros argumentos, Mañalich, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», en Kindhäuser/Mañalich, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, p. 65, quien con una fundamentación cercana a la teoría democrática deliberativa, entiende también a la pena como un acto de reconocimiento a la personalidad del autor: «La imposición de la pena retributiva conlleva un reconocimiento del sujeto sancionado. La paradoja del reproche expresado en la pena se encuentra en que el reproche constituye un reconocimiento cuyo sentido es la desaprobación: la paradoja está en que reconocemos al autor, mediante el reproche de culpabilidad, como un participante en la interacción comunicativa. Que en esta desaprobación hay un reconocimiento se sigue necesariamente de la suposición de que el reproche y la



La teoría expuesta coincide en lo esencial con un modelo retribucionista expresivo o simbólico de la pena, que tiene por función el restablecimiento del ordenamiento jurídico lesionado por el delito mediante la refutación del significado del hecho, a costa de su autor responsable. Se trata de una teoría que en parte es absoluta y en parte es relativa. Es absoluta en tanto tiene una mirada retrospectiva respecto al hecho: la pena consiste en una respuesta reactiva que, como tal, solo puede imponerse frente al previo discurso que supone el hecho delictivo (*qui peccatur est*), y no para evitar que se cometan delitos en el futuro (*ne peccetur*). A la vez, se trata de una teoría relativa, en tanto la pena no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene una función temporal y no trascendente, consistente en «*el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social*»²⁹.

Este modelo tiene importantes consecuencias para el análisis del tema que constituye el objeto de este plenario. En primer lugar, presenta una ventaja que es inherente a toda teoría retributiva y que está vinculada con la vigencia del principio de culpabilidad como fundamento de la pena. El enfoque aquí propuesto centra su mirada en la perturbación social generada por el quebrantamiento de la norma y no en el sujeto perturbador que lo ha generado. Expresado en terminología clásica, la teoría expuesta conduce a un *Derecho penal del hecho* en lugar de un *Derecho penal de autor*, lo que quiere decir que ninguna razón de prevención general o de prevención especial justifica que el *quantum* de la pena pueda superar la medida de la culpabilidad por el hecho cometido. En otras palabras, mediante la pena se refuta solo el hecho perturbador. No menos, pero tampoco más³⁰.

En segundo lugar, toda teoría de la pena debe ser respetuosa de la dignidad humana porque, como señala Kant, la persona «*no es una cosa, y por tanto no es algo que pueda ser usado como un mero instrumento, sino que tiene que ser tenido en todas sus acciones como un fin en sí mismo*». De lo que se trata es de garantizar el imperativo práctico kantiano que reza: «*actúa de tal manera que nunca utilices la humanidad como instrumento ni en tu persona ni en la persona de los demás, sino siempre como fin*». Pues bien, en la medida en que la imputación de culpabilidad se fundamenta en el sinalagma libertad de

pena deben ser merecidos, que es el núcleo de la exigencia de la culpabilidad».

²⁹ Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, 1997, p. 38.

³⁰ Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, p. 38: «*esto es lo único que se corresponde con el principio de culpabilidad: el autor responde solo por su culpabilidad. Esta culpabilidad se encuentra en la perturbación del orden. La pena es la remoción de esta perturbación, es la cancelación de la culpabilidad*».



organización/responsabilidad por las consecuencias, la teoría de la retribución aquí sostenida aparece como absolutamente respetuosa de la dignidad humana, porque el autor es definido como persona en sentido material, esto es, con plena capacidad autónoma de organización. Dicho de otra manera, mediante la pena *no se pretende cambiar al sujeto* modificando su auto-configuración a través de una resocialización obligatoria, sino que se lo respeta en su libertad de auto-administración, a la vez que se lo hace responsable de ella. No hay nada más respetuoso con la dignidad de la persona que garantizar plenamente el derecho del acusado a la libertad de auto-organización.

Ahora ¿por qué no es posible obligar al condenado a modificar su auto-conformación mediante la resocialización? La doctrina ha dejado bien en claro que la prevención especial positiva instrumentaliza al autor del hecho y lo “*mezcla entre los objetos del Derecho de cosas*”, pues obligar de manera coactiva a una persona adulta a la resocialización es degradarlo como persona libre con el fin amoldarlo al sistema dominante de valores. Ello supone una injerencia inadmisibles en la esfera íntima de la persona, en razón de que el Estado carece de legitimidad para ordenar el tratamiento de personas auto-responsables contra su voluntad: «¿*Qué legítima a la mayoría de la población a que una minoría se tenga que amoldar coactivamente a las formas de vida que prefiera esa mayoría?*»³¹. Como puede advertirse, la existencia de un «*deber de resocializarse*» supone el sometimiento del condenado a un inadmisibles proceso de control estatal que lo sustrae de su propia responsabilidad. Dicho brevemente, el autor, en lugar de ser respetado por su capacidad de auto-administración, pasa a ser hetero-administrado por el Estado.

Lo expuesto hasta aquí sobre la posible existencia de un «*deber de resocialización*» conduce, además, a una paradoja irresoluble por la que la teoría de la prevención especial no puede fundamentar la legitimidad de la pena³². La paradoja consiste en que al autor se le imputa culpabilidad porque se lo considera responsable de su elección. En ello radica la justificación del castigo frente al acusado. Sin embargo, al mismo tiempo, si se pretende obligar al autor a que se resocialice, dicha elección en realidad no es respetada, en

³¹ Lesch, *La función de la pena*, p. 34.

³² Sobre esta paradoja, Orce, «Culpabilidad de los menores», en Montealegre Lynett/Caro John (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, pp. 453-454.



tanto se pretende modificar su personalidad a través del tratamiento penitenciario. Pues bien, la paradoja radica en que solo si se respeta la auto-configuración del autor ésta puede serle reprochada. Sin embargo, si se pretende modificar esa auto-configuración mediante la resocialización obligada del autor, se extingue el presupuesto del reproche de culpabilidad. En conclusión, más allá de su estrepitoso fracaso empírico, la resocialización puede cumplir una función latente en la discusión sobre la justificación de la pena castigo, pero de ningún modo puede constituirse en el argumento que la legitime.

Si de acuerdo con lo dicho hasta aquí la teoría de la prevención especial positiva no puede constituirse en el fundamento legítimo del castigo ¿qué queda en pie de la idea resocialización? Está claro que el Estado no puede renunciar a la resocialización aunque las cárceles no resocialicen a nadie. En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “Convención Americana” o “CADH”) en su artículo 5.6. establece que *«las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados»*. Es decir, existe para el Estado argentino un *mandato de resocialización*. Sin embargo, con ello no quiere decirse que el penado tenga algo así como un *«deber de resocializarse»*, sino que es el Estado quien tiene el deber moral y político de ofrecerle al condenado condiciones de resocialización, sin vulnerar sus derechos individuales. Dicho brevemente, la idea de resocialización no puede ser más que una oferta que el Estado debe hacerle al condenado y que éste último puede tomar libremente, pero que de ninguna manera está obligado a aceptar.

En resumen, la pena significa la auto-comprobación de que la sociedad se mantiene firme en la vigencia de sus normas, es decir, significa la auto-confirmación de su identidad social. Sin embargo, la pena no se impone *para* ratificar el orden social sino que ella misma constituye ya esa ratificación. Se trata de una teoría retributiva de la pena que reconoce como límite el principio de culpabilidad por el hecho, en la medida en que refuta solo la perturbación social generada por el delito. La pena así concebida no instrumentaliza al autor, sino que lo respeta como persona libre y a la vez responsable de su elección. Este reconocimiento de la dignidad humana del autor se completa con la imposibilidad de someter al condenado al tratamiento penitenciario en contra de su voluntad. Por ello, el *mandato de resocialización* que impone el Pacto Interamericano de Derechos Humanos con jerarquía



constitucional consiste en el especial deber del Estado de garantizar las condiciones de socialización del penado, pero que requieren de la colaboración voluntaria de este último.

2.3. Las consecuencias del modelo retribucionista en la determinación de la legitimidad de la pena de prisión perpetua. Su compatibilidad con el *mandato de resocialización*

Si se vinculan estas consideraciones con el objeto del plenario que nos ocupa, cabe adelantar que existen buenas razones para sostener que la pena de prisión perpetua puede sortear con éxito el test de legitimidad esbozado en las páginas anteriores. En *primer lugar*, no parece que, pese a su drasticidad, sobrepase el límite del principio de culpabilidad por el hecho. En efecto, la dureza de la prisión perpetua se puede explicar perfectamente en términos retributivos, porque mediante ella se refutan hechos de extrema gravedad que ponen en tela de juicio normas que constituyen el núcleo duro de la identidad social de las y los argentinos. Es decir, la pena de prisión perpetua está prevista para sancionar hechos que cuestionan la vigencia de normas *constitutivas* del orden social sin las cuales ninguna sociedad podría subsistir. Por ello, el peso social de la respuesta del Estado frente a estos casos se encuentra en consonancia con la medida valorativa de la negación de normas centrales para la vida en sociedad.

Relacionado con lo anterior, y solo por mencionar algunos ejemplos, la pena de prisión perpetua cumple en la actualidad la función de refutar los hechos más violentos y repudiables de nuestra historia institucional, como son los delitos de *lesa humanidad* cometidos por el *terrorismo de Estado*, durante la más larga y oscura noche de nuestra última dictadura cívico-militar. En este proceso histórico de *memora, verdad y justicia*, la imposición de la pena de prisión perpetua a los responsables de este genocidio significa que la sociedad argentina ha confirmado, ante sí y ante la comunidad internacional, que se mantiene firme en sus convicciones democráticas, contradiciendo los hechos que negaron la vigencia misma de nuestro Estado de Derecho.

En el mismo sentido, esta modalidad de castigo permite negar la contradicción de las normas que protegen el derecho a la vida de las mujeres y personas que integran



colectivos de diversidad; y de aquellas que protegen a la sociedad en su conjunto del obrar ilegítimo de las fuerzas de seguridad cuando éste atenta contra la vida de quienes la integran. Así, estas formas extremas de ejercicio de violencia patriarcal o institucional, respectivamente, receptadas en los incisos 4, 9, 11 y 12 del art. 80 del Código penal -conforme modificatorias dispuestas por leyes 25.816 y 26.791- son reprimidas con prisión perpetua. En efecto, el que matare *“por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”*, o a *“una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género”*, o *“con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación”*; o cuando el autor *“abusando de su función o cargo [...] fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”* merecerá la pena cuya constitucionalidad estamos discutiendo. Y ello es así porque en la reconfiguración de los consensos nucleares de nuestra identidad colectiva, la violencia por razones de género contra mujeres y personas con identidad género- sexual diversa y sus formas más extremas de expresión -los *femicidios*, los *femicidios vinculados* y los *crímenes de odio*- son absolutamente inaceptables.

En la misma línea argumental, el que matare a otro *“abusando de su función o cargo, cuando fuere miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”* es merecedor también de la pena antes aludida. Pues bien, la inclusión de este tipo agravado en nuestra legislación luego de casi un siglo de vigencia del Código penal -mediante ley 25.816 de 2003- explica cómo aquel pacto democrático de defensa del Estado de Derecho al que hice referencia, se extiende desde los crímenes denunciados en el *Nunca Más* hasta las formas contemporáneas de ejercicio de las violencias institucionales cometidas por las fuerzas represivas; y expresa la vigencia de un diseño institucional anclado al enfoque de derechos humanos como limitante del ejercicio de la violencia legítima reservada a aquellas.

En definitiva, la pena de prisión perpetua expresa el significado de negar la vulneración de *normas centrales* cuya vigencia resulta indispensable para el desarrollo de nuestro orden de libertades, de modo que no puede afirmarse, sin más, que mediante este tipo de penas se vulnera el principio de culpabilidad por el hecho. La magnitud del valor de la negación de estas normas no depende de constantes antropológicas, sino del grado de



configuración en el que se encuentra el orden social en el que la pena tiene lugar. Dicho en términos hegelianos, un mismo Código penal no puede tener vigencia para todos los tiempos, sino que *«pertenece por eso esencialmente a su época y a la situación que ocupa en ella la sociedad civil [...] Las penas duras no son pues en y para sí injustas, sino que están en relación con la situación de cada época»*³³. Pues bien, no puede negarse que, pese a su creciente desprestigio, la pena de prisión perpetua forma parte de nuestro estadio de desarrollo como sociedad. Ello quizás explique, por un lado, por qué nuestro legislador nacional no la ha derogado como especie de pena o, por otro lado, por qué tanto los tratados internacionales de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”), no han declarado el carácter en sí mismo inconveniente de la pena de prisión perpetua.

Sin embargo, nuestro *“espíritu del tiempo”* no solo viene determinado por el Código penal vigente, sino también por nuestra Constitución nacional y los pactos internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados, que constituyen un “límite infranqueable” al poder punitivo del Estado. Es que más allá de que son tiempos de respuestas estatales adecuadas a la gravedad de los hechos que niegan la convivencia pacífica entre las personas, no puede dejar de tenerse en cuenta que también son tiempos de protección de los Derechos Humanos, con la finalidad de evitar, si fuere posible, sus graves violaciones o de sancionarlas una vez perpetradas. Con ello se pone de manifiesto que la teoría retributiva no está condicionada a que la pena suponga el encierro hasta la muerte del condenado. Por el contrario, ninguna pena puede ser *realmente* perpetua ni *indeterminada*.

En relación a la *perpetuidad del encierro* cabe señalar que, si bien es cierto que la retribución está vinculada al principio del hecho, no es menos cierto que ese hecho es la expresión comunicativa de una *persona*, que, en definitiva, es el verdadero destinatario del reproche: mediante la pena retributiva se refuta el significado del hecho, pero se castiga a seres humanos. Para la teoría de la retribución, la persona sigue siendo la medida de todas las cosas. Expresado a modo de tesis, no hay delito tan grave que pueda justificar la

³³ Hegel, *Principios de la Filosofía del Derecho*, Vermaal (trad.), Barcelona, 1999, § 218.



despersonalización del condenado mediante la imposición de una pena que suponga su *encierro de por vida*. En el mismo sentido, la teoría de la retribución es contraria a un sistema de penas temporalmente indeterminadas. La formulación de un reproche mediante la restricción de derechos no puede ser compatible con la indeterminación del tiempo por el cual se restringen esos derechos. El reproche debe ser formulado con claridad para que la pena cumpla su función de restablecimiento y eso exige que sea *temporalmente determinada*.

Lo expuesto nos obliga a compatibilizar el régimen legal de la prisión perpetua con los estándares internacionales de Derechos Humanos que rigen en la actualidad la ejecución de las penas. Con ello se quiere decir que la prisión perpetua no puede convertirse en un modo de exclusión de la persona del condenado mediante su segregación definitiva de la sociedad, pues ello la convertiría en una forma de trato cruel, inhumano y degradante, que no solo sería contraria a la proscripción del art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que la tornaría incompatible con el mandato de resocialización que surge del art. 5.6. de la citada Convención, pues la rehabilitación social del condenado “*es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas*”³⁴. Una “*pena eterna*” no supera el test de legitimidad del castigo, pues podrá ser el medio a través del cual la sociedad refuta hechos gravísimos, pero a la vez puede convertirse inadmisiblemente en una forma de exclusión del condenado, lo que supone la negación de su personalidad. Y la pena, como se dijo, es un modo de reconocimiento de la personalidad, no una manera de negarla.

Con el objeto de evitar estas consecuencias lesivas cabe formularse el siguiente interrogante: ¿cómo es posible compatibilizar el régimen de la prisión perpetua, de modo que pueda seguir cumpliendo su función de refutación de los hechos que más gravemente afectan a nuestro orden social, con el “*mandato de resocialización*”, a través del cual se pretende evitar que la perpetuidad del castigo suponga una especie de destierro hasta la muerte del condenado? La respuesta no puede sino estar en consonancia con lo que la jurisprudencia internacional de los Derechos Humanos ya ha expuesto sobre la cuestión traída a plenario: para que la prisión perpetua no se transforme en un trato cruel, inhumano y degradante y, por ello, en inconvencional, el Estado debe garantizar a la persona condenada, *en el momento*

³⁴ Sancinetti, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, 1997, p. 38, nota 20 □.



*mismo del inicio de la ejecución de la condena, la expectativa real de recuperación de la libertad*³⁵, debiendo poner a su disposición las herramientas necesarias de acceso a mecanismos de rehabilitación social.

2.4. Los estándares de la jurisprudencia del Sistema Internacional de protección de los Derechos Humanos como límites al régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua

Lo dicho hasta aquí confirma que la prisión perpetua es compatible con la teoría retributiva expuesta, en tanto a través de su imposición la sociedad expresa su rechazo a la vulneración de *normas constitutivas* de nuestro ordenamiento jurídico, político y social. Sin embargo, una sociedad que ha sido víctima de las más aberrantes violaciones de los Derechos Humanos no puede prescindir de los estándares de protección que ofrece tanto el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos como el Europeo, que han encontrado en el mandato de resocialización y en la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes un factor crítico para el análisis sobre la convencionalidad de la pena en cuestión. Veamos entonces el estado de la jurisprudencia internacional sobre el tema que nos ocupa.

No puede dejar de subrayarse que la jurisprudencia del Tribunal Interamericano ha puesto en evidencia la tensión existente entre la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y la aplicación de penas privativas de libertad a perpetuidad, que se expresa e impacta tanto en los *modos* de imposición del castigo, como en la observancia del *principio de proporcionalidad* que deben ostentar las penas aplicadas por las agencias estatales. En este sentido, la Corte IDH ha sido clara al señalar que «*las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes*» (Corte IDH, Caso «Mendoza y otros vs. Argentina», 14/05/13, párr. 174).

³⁵ En este mismo sentido Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 945, quienes encuentran el fundamento de la necesidad de un límite temporal en la racionalidad republicana.



Pues bien, de acuerdo a la jurisprudencia internacional, este análisis de convencionalidad -que siempre encuentra anclaje en la lesividad que la pena perpetua importa o no en materia de derecho a la integridad personal y prohibición de la tortura y otros tratos crueles- responderá a diferentes parámetros de valoración según la persona condenada sea o no mayor de edad. Como se sabe, en caso de que sean personas menores de edad las destinatarias de una condena a prisión perpetua, el estándar convencional que deberá guiar el accionar estatal surge del *leading case* de la Corte IDH «Mendoza y otros vs. Argentina», que indica que la pena a prisión perpetua para adolescentes es, en sí misma, inconvencional.

Los argumentos que cimientan esta posición de la Corte IDH pueden sintetizarse del modo siguiente. En *primer lugar*, la prisión perpetua a niños, niñas o adolescentes es inconvencional porque no satisface los estándares de *ultima ratio*, no implica la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permite la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños (párrs. 161 a 164). En *segundo lugar* aparece el problema de proporcionalidad: se entiende que la prisión perpetua de adolescentes no cumple con la finalidad convencional de lograr «*la reforma y la readaptación social del condenado*» leída a la luz del interés superior del niño -principio interpretativo dirigido a garantizar la máxima satisfacción de sus derechos- «*sino que esa pena opera en un sentido meramente retributivo que no resulta proporcional con la finalidad de la sanción penal a niños*» (párrs. 165 a 167). Y en *tercer lugar*, la prisión perpetua resulta lesiva del derecho a la integridad personal de los niños: se consideran inconvencionales las derivaciones que en materia de prohibición de la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos y degradantes emergen de la aplicación de una pena perpetua desproporcionada, que «*impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento*»; y que «*no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad*» (párrs. 172 a 183).

Ahora, este análisis sufre modificaciones cuando la pena de prisión perpetua se impone a personas plenamente capaces de culpabilidad. En estos casos, los estándares a considerar han sido delineados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). Aquí el criterio central es diferente al establecido respecto de jóvenes, por cuanto se



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

establece que la imposición de penas de prisión perpetua a un adulto no es incompatible con el art. 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (equivalente al art. 5.2 de la CADH en lo que refiere a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes) siempre que no sea sumamente desproporcionada y que exista, a partir de la fecha de imposición de la misma, una posibilidad real de revisión de condena y una perspectiva de puesta en libertad (cfr. TEDH, «Murray Vs. Países Bajos», 2016; «TP y AT Vs. Hungría», 2016; «Viola Vs. Italia», 2019; entre otros).

Como puede advertirse, se trata de un criterio complejo del que surgen múltiples derivaciones. Ello, tal vez, debido a que el mismo se consolidó a través de un proceso evolutivo que implicó múltiples intervenciones de la Gran Sala del TEDH y que ha tenido aplicación en diversas decisiones de Salas -incluidas algunas emitidas recientemente-. Por estas razones, y en tanto a las aristas que se han tratado en tal desarrollo resultan pertinentes respecto a la cuestión que nos ocupa, considero necesario detenerme con algo de profundidad en el análisis de ese devenir jurisprudencial.

No obstante el hecho de que la imposición de una pena perpetua a una persona adulta no está en sí misma prohibida o no es incompatible con el art. 3 o con cualquier otro artículo del Convenio, en el año 2008 el TEDH reconoció la existencia de una posible tensión entre el derecho a la integridad personal y la imposición de una pena privativa de libertad perpetua irredimible (TEDH, Gran Sala, «Kafkarys Vs. Chipre», 12/02/08). Y si bien fue contundente al admitir la procedencia del margen de apreciación de los Estados en materia de elección de los sistemas penales concretos reconoció como potencial eje problemático la posibilidad de que la pena fuere o no reducible de *iure* o de *facto*.

Sobre la base de ese reconocimiento avanzó la Gran Sala en el año 2013, mediante su pronunciamiento en el caso «Vinter y otros vs. Reino Unido» (TEDH, Gran Sala, 09/07/13). En este caso, el TEDH sostuvo con mayor claridad que una pena manifiestamente desproporcionada es contraria al art. 3 del Convenio y, fundamentalmente, aportó consideraciones nucleares respecto de las características convencionales que debe reunir la oferta del Derecho nacional en materia de revisión de penas a prisión perpetua y posibilidad de liberación. Agregó que la decisión sobre la duración de las penas de prisión es facultad de los Estados parte. Reiteró, además, que la elección del sistema penal concreto de un Estado



-incluidos los mecanismos de revisión de las penas y las condiciones para la puesta en libertad- se encuentra fuera del ámbito de supervisión del sistema internacional, e insistió en que ello encuentra su límite en posibles contravenciones a los principios establecidos en el Tratado.

En particular, el TEDH advirtió sobre el derecho de la persona condenada a perpetuidad a tener una expectativa de recupero de libertad y de posibilidad de revisión de la condena. Aclaró que la manera en que tal prerrogativa debe concretarse es a través de la implementación de mecanismos de revisión que permitan a las autoridades evaluar la importancia de los progresos que hubiere logrado el condenado en torno a su rehabilitación. Además, explicó la inconvencionalidad que supone el hecho de exponer al condenado a esperar un número de años indeterminado de condena antes de que pueda alegar que la misma vulnera esa prohibición, por ser ello incompatible con los estándares emergentes de la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, concluyó que tal vulneración a la norma convencional se produce *en el mismo momento en el que se impone la pena a prisión perpetua*.

Este razonamiento continuó delineándose años después, particularmente con el pronunciamiento de la Gran Sala para el caso «Murray vs. Países Bajos» (TEDH, Gran Sala, 26/04/2016). En dicha oportunidad, se profundizó en la definición de las garantías a ser observadas en los mecanismos que las autoridades nacionales deben diseñar para advertir si se han registrado progresos en la rehabilitación de la persona condenada, debiendo basarse en criterios objetivos y preestablecidos. Pero, además, aportó criterios muy precisos respecto de las condiciones de *facto* que deben ser garantizadas por el Estado para que la persona condenada a prisión perpetua pueda, de hecho, contar con los recursos necesarios para avanzar en los procesos de readaptación que se entienden necesarios para fundar sus pedidos de recupero de libertad. En tal sentido, señaló que la imposibilidad de acceder a mecanismos de rehabilitación que otorguen a las personas condenadas de por vida las herramientas necesarias para acceder a la libertad condicional -u otra forma de liberación- importa tornar la pena como irredimible de facto. Y, consecuentemente, advirtió sobre la obligación positiva estatal de garantizar regímenes penitenciarios que sean compatibles con objetivos de rehabilitación y permitir a los condenados la posibilidad de progresar hacia su rehabilitación.



En suma, el estado actual de la jurisprudencia del TEDH considera que la prisión perpetua, en sí misma, no es incompatible con ninguna norma convencional. Sin embargo, el tribunal considera que sí se vulneran deberes derivados de la prohibición de la tortura y otros tratos crueles e inhumanos cuando la condena no cuente con una perspectiva de liberación de hecho y de derecho al momento de recibir la condena. Este estándar europeo, además, debe completarse con el mandato específico que tiene nuestra Convención Americana -ya mencionado- respecto de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, que resulta en perfecta armonía y congruencia con la postura del TEDH.

3. El discurso de la exclusión: la prisión perpetua en el contra-modelo del Derecho penal del enemigo

3.1. ¿El fin preventivo general como fundamento legitimador del castigo estatal?

Si para la teoría retributiva aquí defendida la *función* de la pena se encuentra en la confirmación de norma quebrantada por el delito mediante la refutación del significado del hecho a costa de su autor responsable, para las teorías de la prevención general su *función* tiene una explicación más claramente consecuencialista: mediante la pena se intenta influir en la comunidad para que en el futuro no se cometan delitos. Esta influencia en la comunidad se intenta lograr a través de la *coacción psicológica* (prevención general negativa) o mediante el reforzamiento de la *confianza en el orden jurídico* (prevención general positiva). Es decir, así como la teoría de la retribución tiene una mirada retrospectiva, en tanto la pena se impone porque se ha delinquido (*qui peccatur est*), en las teorías preventivas la mirada es prospectiva, pues la pena se impone para evitar la comisión de futuros delitos (*punitur ne peccetur*).

En contra de esta teoría hay que decir, en *primer lugar* que, para ser coherente con su modelo utilitarista de justificación del castigo, debería al menos poder demostrar empíricamente los resultados que acrediten sus reales efectos preventivos. En efecto, si la pena se impone porque previene delitos, debería poder comprobarse efectivamente este extremo fáctico, pues para un consecuencialista no hay nada más relevante que “las consecuencias” que pretende alcanzar. Pues bien, la mayor parte de los partidarios de las



teorías preventivas no recurren a argumentos que demuestren realmente el efecto preventivo de la pena, de modo que quedan atrapados por la paradójica situación de incurrir en un “*preventivismo sin prevención*” o, en lo que algunos denominan, “*consecuencialismo sin consecuencias*”³⁶.

En *segundo lugar*, tanto a la teoría de la prevención general negativa como a la positiva se les presenta la dificultad de que la acción delictiva que se ha llevado a cabo demuestra que el autor no tuvo en cuenta la amenaza de pena y que tampoco lo inspiró el posible reforzamiento de la confianza en el orden jurídico. Si algo acredita la comisión del hecho delictivo es que la función de evitación, que justifica el castigo para las teorías preventivas, fracasó, de modo que no puede hablarse de «prevención de delitos». Ahora, si la pena debe imponerse pese a que no pudo prevenir el delito cometido ¿qué queda del argumento preventivo en estas teorías? Está claro que la ejecución de la amenaza penal prevista en la ley, o la idea de que mediante la pena se refuerza la confianza en la norma, solo puede tener por objeto, no el delito que finalmente no pudo prevenirse, sino la evitación de otros delitos que se cometerán en el futuro. Dicho brevemente, mediante la pena no se intimida al autor del hecho, pues respecto a él la intimidación fracasó, sino a *otros futuros autores*.

En definitiva, la pena en las teorías preventivas se impone, no para intimidar o motivar al autor del hecho, sino para intimidar o motivar al resto de la comunidad, con el fin de que no se cometan nuevos delitos. Ello pone de manifiesto que mediante la imposición de la pena el autor es utilizado como un medio para el logro de las finalidades preventivas. De este modo, estas teorías no pueden evitar caer en la instrumentalización del condenado, quien aparece así “*mezclado entre los objetos del Derechos de cosas*”. La persona deja de ser considerada un fin en sí mismo para pasar a ser un medio para el logro de otros fines, a saber, los fines preventivas de la pena.

En *tercer lugar*, las teorías de la prevención general negativa y positiva no se encuentran en condiciones de orientar la pena al principio de culpabilidad por el hecho, pues la medida de la pena viene determinada no por la magnitud del delito cometido sino por todo

³⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, «¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿Deontología sin merecimiento? Acerca de algunas aporías de la teoría de la pena en el Derecho penal continental», en Carnevalli (coordinador), *Derecho, sanción y justicia penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 423 y ss.



lo que resulte necesario para intimidar a los demás o para el reforzar la confianza en la norma por parte de la comunidad. En este esquema, el principio del hecho como límite para la imposición del castigo se desdibuja: «*Esto podría dar lugar, por ejemplo, a que, por un lado en delitos de bagatela o de poca importancia, pero muy frecuentes, y por otro lado en delitos de gran importancia pero con “peligro de contagio” relativamente reducido, se originen en ciertas ocasiones grandes desproporciones entre el daño y el quantum de la pena*»³⁷. En suma, las teorías preventivas no proporcionan un baremo confiable para establecer la medida de la pena.

Ahora ¿qué trascendencia tienen estas consideraciones en el ámbito de la prisión perpetua? Si la pena de prisión perpetua se impone por razones de prevención general, su función deja de ser la refutación retrospectiva del hecho y pasa a ser la necesidad prospectiva de la neutralización de los peligros que amenazan la seguridad de la sociedad. Ello conduce a que el autor, en lugar de ser reconocido como persona, sea utilizado como un instrumento para el logro de finalidades preventivas de la perpetuidad de la pena. Está claro que esta instrumentalización del autor no puede tener incidencia en la medida de la pena, en tanto la pena de prisión perpetua es una pena fija cuya magnitud, en consecuencia, no puede ser rebasada. Sin embargo, es posible que la mirada preventiva tenga consecuencias en el régimen legal de ejecución de la pena de la prisión perpetua que, como puede verse, es el ámbito donde precisamente el Sistema Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos han fijado su atención. En efecto, la mirada policial del conflicto, propio de las teorías preventivas, puede constituirse en el argumento que fundamente graves limitaciones al régimen de progresividad de la pena, cuya convencionalidad puede estar seriamente puesta en tela de juicio. Sobre ello se volverá luego.

3.2. La pena como combate ante peligros y la *inocuidad* del autor

A idéntica conclusión que la alcanzada en el punto anterior debe llegarse si la prisión perpetua se fundamenta en la idea de prevención especial negativa, que considera que

³⁷ Lesch, *La función de la pena*, pp. 33-31.



el fin de la pena privativa de la libertad es el aseguramiento de la sociedad frente al autor, mediante su encierro. El defensor más significativo de la prevención especial negativa fue Franz v. Liszt, quien en su programa de Marburgo de 1882 sostenía que la pena debía actuar mediante la *intimidación* del autor que no requiere corrección, o a través de la corrección del autor capaz de corregirse y necesitado de *corrección* y, finalmente, mediante *inocuidación* del autor habitual, en tanto no cabe esperar de él que mejore o desista de cometer hechos delictivos. Este pensamiento, que conduce a la exclusión del autor, fue expresado por von Liszt incluso para el encierro a perpetuidad de las personas condenadas: «*la pena puede tener también como misión suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes, separándole de la sociedad (selección artificial). Aquí se trata de la inocuidación*»³⁸.

En este modelo la pena no cumple ninguna función expresiva, pues el trato con el condenado es puramente instrumental: mediante ella se pretende corregirlo o inocuidarlo. El encierro cumple así una función de protección ante peligros más cercana a las medidas de seguridad que a la pena³⁹. Una teoría con estas características no puede ser sostenida en la actualidad, en tanto vulnera las más elementales garantías previstas en la Constitución Nacional y en los tratados de Derechos Humanos a ella incorporados. En el mismo sentido, la prisión perpetua, en tanto pena privativa de la libertad, no puede seguir la lógica de las medidas de seguridad, tal como lo propician estas teorías de la prevención especial.

Quizás la versión actual más acabada de este cuestionable modelo de exclusión que propicia la teoría de la prevención especial negativa, sea la que ofrece el denominado, de acuerdo a la terminología acuñada por Jakobs, *Derecho penal del enemigo*. Según este autor, el enemigo es aquel individuo que ha abandonado el derecho no ya de manera incidental, sino de forma duradera, a tal punto que no ofrece la garantía cognitiva mínima de respeto al orden jurídico. Por esta razón, el *Derecho penal del enemigo* sigue reglas distintas al *Derecho penal del ciudadano*. En efecto, aquél se caracteriza por producir adelantos de punibilidad de los hechos a fases anteriores al comienzo de la tentativa, con penas desproporcionadas a tales adelantamientos, limitando, además, el alcance de las garantías procesales, entre otras graves

³⁸ Von Liszt, *Tratado de Derecho penal*, 2ª. ed., Madrid, 1999, t. II, p. 10.

³⁹ En este sentido, Mañalich, «Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena», p. 64.



medidas punitivas. Así, «con este lenguaje –adelantando la punibilidad, combatiendo con penas más elevadas, limitando las garantías procesales- el Estado no habla con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos»⁴⁰.

Estas polémicas aportaciones de Jakobs culminaron en una modificación -en mi opinión, desafortunada- de su teoría de la pena⁴¹. Según su última versión, la pena debe marginalizar no sólo el significado del hecho sino también la perturbación a la «cimentación cognitiva» de la norma, en tanto el hecho demuestra que siempre debe contarse con defraudaciones a expectativas normativas. Pues bien, el aspecto fáctico de la pena, esto es, el *dolor penal*, constituye, según este punto de vista, la garantía de «cimentación cognitiva» que convierte al hecho, definitivamente, «en una empresa fracasada»⁴². Asimismo, sostiene este autor, no sólo la norma necesita preservar su «cimentación cognitiva», sino también la persona debe ofrecer suficiente garantía cognitiva de lealtad al Derecho: «de quien no quepa esperar una conducta conforme a Derecho, y, en particular, incumple de modo persistente sus deberes, sólo se puede postular su condición de persona, pero sectorialmente (concretamente, en la medida en que próximamente vaya a delinquir) ya no podrá ser tratado realmente como tal: junto a la deuda del autor por el hecho sucedido aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos venideros»⁴³.

El Derecho penal del enemigo, cuyas bases teóricas han sido esbozadas aquí, ha merecido el rechazo enérgico de la mayor parte de la doctrina⁴⁴. Tal como fue expuesto, se ha dejado en claro que la teoría de la retribución es compatible con un Derecho penal de culpabilidad por el hecho, pues el autor responde en la medida de lo que hizo y no por lo la forma en la que *condujo su vida*. El condenado debe responder en la medida de la culpabilidad por el hecho y nada más. En cambio, el Derecho penal del enemigo constituye

⁴⁰ Jakobs, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en Estudios de Derecho judicial, 1999, p. 139.

⁴¹ Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, 2006, pp. 167 y ss..

⁴² Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 12 -prólogo-. Sobre mis críticas a la irrupción de la dimensión fáctica en la teoría de la pena en Jakobs, ver Palermo, «Reincidencia, injusto y culpabilidad», en Maldonado Fuentes (coordinador), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 147 y ss.

⁴³ Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad*, p. 13 -prólogo-.

⁴⁴ Por mi parte, hace ya varios años que expresé mi total desacuerdo con el Derecho penal del enemigo. Sobre ello, Palermo, «La legítima defensa: ¿reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?», en Cancio Meliá-Gómez Jara Díez (coordinadores), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Montevideo-Buenos Aires, 2006, v2, pp. 437 y ss.



una forma de Derecho penal de autor, esto es, un Derecho penal de peligrosidad, en el que el sujeto responde por su forma de ser⁴⁵. Pues bien, un Derecho penal de estas características es incompatible con el principio del hecho que garantiza el art. 19 de la CN. Solo un Derecho penal de ciudadanos es compatible con un Estado de Derecho⁴⁶. Es que si la pena no refuta hechos sino que combate peligros, resulta evidente la vulneración del principio de culpabilidad, pues la medida de la pena no viene determinada por la mayor culpabilidad del autor por el injusto cometido, sino por la cantidad de *dolor penal* que garantice cognitivamente la *inocuidación* del autor con el fin de que éste no cometa delitos en el futuro⁴⁷. Pues bien, la evidente instrumentalización de la persona condenada a la que conduce este planteamiento no necesita aquí de mayor fundamentación.

En todo caso, del mismo modo que la prevención especial negativa, el Derecho penal del enemigo aparece como un derecho propio de medidas de seguridad, sin vinculación con la función de la pena en sentido estricto. Si estas consideraciones se vinculan con los límites de la pena privativa de la libertad, está claro que la lógica de las medidas de seguridad puede transformar la pena de prisión perpetua en un encierro de por vida, sin expectativa real alguna de recuperación de la libertad. Pues bien, si el Derecho penal de enemigos deriva en normas que tienen estas características, su inconventionalidad parece evidente.

3.3. La negación del modelo del Derecho penal del enemigo por la CSJN en el caso *Gramajo*

La exclusión del autor mediante su encierro definitivo con el objeto de «*suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad*» propiciado por von Liszt, aparece de algún modo en la legislación argentina en el art. 52 del Código penal, que le impone al condenado, en caso de ser un reincidente múltiple, la

⁴⁵ Sostiene que el Derecho penal del enemigo es una forma de Derecho penal de autor, Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», en Jakobs/Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, pp. 100 y ss.

⁴⁶ Cancio Meliá, «¿"Derecho penal" del enemigo?», p. 89, señala que hablar de Derecho penal de enemigo constituye una contradicción en sus términos: «*no debe haber Derecho penal del enemigo porque es políticamente erróneo (o: inconstitucional)*».

⁴⁷ En esta línea crítica, pero en el ámbito de los delitos sexuales, Silva Sánchez, «El retorno a la inocuidación. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en Silva Sánchez, *Estudios de Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 233 y ss.



reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Se trata de una institución que persigue el *aseguramiento fáctico del autor ante el posible peligro de reiteración delictiva*, sin ninguna función expresiva, esto es, con la sola finalidad instrumental de *inocuar* a la persona condenada. Sin embargo, el art. 53 del Código penal, le “*tiende*” al autor una especie de “*último puente*” con la sociedad, estableciendo un límite al encierro una vez transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria. En tal supuesto, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única, podrá otorgarle a la persona condenada la libertad condicional, siempre y cuando se den los presupuestos legales para su concesión.

El fin de la historia jurídica de este instituto es conocido: la CSJN lo declaró inconstitucional en el *caso Gramajo*⁴⁸, pese a la mencionada posibilidad legal del condenado de obtener la libertad condicional. En efecto, en este histórico precedente se señaló que el encierro definitivo propiciado por el art. 52 del Código penal resultaba violatorio de las garantías constitucionales consagradas -de manera expresa o por derivación- en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. Así, aparecían vulnerados el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad de la pena, el principio de reserva, el principio de legalidad, el principio de prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in idem*).

Asimismo, la CSJN también declaró en *Gramajo* la inconvencionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado, por ser contraria a lo establecido por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) y la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

La fortaleza de *Gramajo* radica, según creo, en que nuestro Alto Tribunal se aferra a la defensa del *viejo y buen Derecho penal liberal*, que en la actualidad se ve amenazado por una legislación penal de enemigos que tiende «*ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer*»⁴⁹. Así, subraya la importancia de garantizar un *Derecho penal de culpabilidad por el hecho*, por oposición a un *Derecho penal de autor*, cuya base es un pronóstico de peligrosidad apoyado en la forma en que el condenado ha conducido su vida. Del mismo

⁴⁸ «Gramajo, Marcelo», 05.09.2006, *Fallos*, 329:3680.

⁴⁹ Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª. ed., Madrid, 2001, p. 167.



modo, cuestiona el encierro definitivo, por considerarlo más vinculado con la pena de muerte que con el mandato de resocialización que imponen los tratados internacionales. Veamos.

En cuanto al denominado *Derecho penal de autor* la Corte no ahorró críticas, al señalar que el art. 52 del Código penal es una «*clara manifestación de derecho penal de autor*» porque «*no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino [...] debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa*». De manera coherente con esta línea de pensamiento, se mostró explícitamente contraria a un Derecho penal de *culpabilidad por la conducción de la vida*, subrayando los problemas que plantea vincular la pena con la personalidad del autor: «*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 arroge la potestad -sobrehumana- de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad o, si se prefiere, mediante la pena o a través de una medida de seguridad*». En consonancia con lo anterior, la Corte pronunció en contra de la constitucionalidad del discurso de la exclusión a través de un Derecho penal de enemigos: «*porque la pretendida presunción de peligrosidad confirma que en el fondo se trata de una declaración de enemistad que excluye a la persona de su condición de tal y de las garantías consiguientes*».

Por lo demás, *Gramajo* va en línea con los postulados que ofrece el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues la Corte sostuvo la inconvencionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado sobre la base de los estándares establecidos por la Corte IDH en el *leading case* “*Fermín Ramírez Vs. Guatemala*”. Allí se sostuvo una mirada crítica de las normas penales que se fundamentan en las características personales del agente y no en el hecho cometido. Por ello, se cuestiona el desplazamiento del Derecho Penal de acto o de hecho -al que define como propio de un sistema penal de una sociedad democrática- por el Derecho Penal de autor que, a su entender, abre la puerta al autoritarismo en una materia en la que se encuentran en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía: «*la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad*».



criminal y, por ende, contrario a la Convención»⁵⁰. En suma, la Corte IDH concluye que es «absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos» la sanción de una persona no en función de lo haya hecho sino en razón de lo que ella es.

En definitiva, se puede concluir en que *Gramajo*, pese al transcurso del tiempo, sigue siendo una jurisprudencia iluminadora, que aporta los estándares de Derecho penal y de Derechos humanos que deben servir como ejes rectores para la resolución del objeto de este plenario. Nada de lo que aquí se diga sobre la definitividad del encierro puede prescindir de los conceptos fundamentales que expresó la CSJN en este fallo. En particular, cabe recordar las históricas palabras que expresó en este fallo el juez Petracchi, quien vinculando el *mandato de resocialización* del autor con la *prohibición de la pena de muerte* llegó a esta conclusión arrolladora: *«el Estado no puede "eliminar" a ninguna persona en forma definitiva de la sociedad, sea que lo haga a título de pena o de "medida". En este sentido, cabe recordar que el "encierro perpetuo" aparece como un sucedáneo de la pena de muerte, y que los argumentos que se esgrimen en su favor son prácticamente idénticos a los que se invocan, aún hoy, en favor de la pena de muerte: ambos buscan una "solución final", por medio de la exclusión absoluta del delincuente».*

4. Conclusiones provisionales: bases para interpretación convencional del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua.

La revisión crítica llevada a cabo hasta aquí de los dos modelos antagónicos de justificación del castigo estatal ha permitido sentar las bases teóricas sobre las que, según creo, resulta posible determinar las condiciones de legitimidad de la pena de prisión perpetua y su régimen de ejecución.

Así, de la teoría de la retribución comunicativa aquí sostenida pueden extraerse, a modo de resumen, las siguientes conclusiones:

a) La pena de prisión perpetua es compatible con el modelo de la teoría de la retribución, en tanto no se advierte que a través de su imposición se vulnere el principio de

⁵⁰ En el mismo sentido, los pronunciamientos de la Corte IDH en el año 2019 (Casos *Martínez Colorado*, *Valenzuela Ávila* y *Rodríguez Revolorio*, todos contra el Estado de Guatemala).



culpabilidad o que, mediante ella, se instrumentalice a la persona del condenado para el logro de otras finalidades que no sea la refutación del significado del hecho.

b) Se refutan hechos pero se condena a seres humanos. La persona sigue siendo la medida de todas las cosas. Por ello para una teoría retributiva no hay delito tan grave que pueda justificar la *despersonalización* del condenado mediante la imposición de una pena que suponga su *encierro de por vida*.

c) Si es verdad que, en principio, la pena de prisión perpetua no vulnera derechos fundamentales de la persona, la decisión político-criminal de su mantenimiento o su derogación forma parte -con las limitantes convencionales que le son propias- del margen de apreciación reservado al Estado nacional. Esta atribución, de acuerdo con las pautas constitucionales de organización federal y teniendo en cuenta su naturaleza de Derecho de *fondo*, es exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación.

d) Sin embargo, con el fin de evitar actos generadores de responsabilidad internacional, no puede dejar de advertirse que el Estado argentino tiene el deber constitucional y convencional de cumplir con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos humanos para el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua.

e) El Estado tiene el deber jurídico, moral y político de cumplir con el *mandato de resocialización* que impone la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por esta razón, es garante de ofrecer un proceso de ejecución de la pena que posibilite la rehabilitación de la persona condenada, siempre que se cuente con la colaboración voluntaria de esta última.

f) La prisión perpetua no puede constituirse en una forma de trato o pena cruel, inhumano y degradante. Por ello, el Estado argentino debe garantizar, desde el comienzo del cumplimiento de la condena, no solo las herramientas necesarias para que la persona condenada tenga acceso a mecanismos de rehabilitación social, sino que, además, debe ofrecerle una expectativa real de recuperación de la libertad.

g) El *Poder Judicial*, en tanto intérprete de la Constitución Nacional y de los Pactos de Derechos Humanos a ella incorporados, tiene la responsabilidad de desempeñar



un rol determinante que garantice la plena vigencia del Estado de Derecho y sus garantías fundamentales, tanto durante el proceso penal del que deriva con la imposición de la condena a perpetuidad, como durante todo el régimen de ejecución.

En cuanto al contra-modelo preventivista y sus consecuencias sistemáticas, de lo hasta aquí expuesto se pueden formular las siguientes conclusiones:

a) Existen dificultades para poder fundamentar la prisión perpetua en motivos de prevención general y ello por tres razones. La primera es que la teoría de la prevención general no ha podido demostrar en el plano empírico sus reales efectos preventivos, de modo que incurre en un paradójico *“preventivismo sin prevención”*. La segunda es que estas teorías no pueden evitar caer en la instrumentalización de la persona condenada, la que deja de ser considerada un fin en sí mismo y pasa ser un medio para el logro de las finalidades preventivas de la pena. La tercera razón es que el fin preventivo puede convertirse fácilmente en el argumento a través del cual se impongan graves e inconventionales limitaciones al régimen de progresividad de la pena.

b) La prisión perpetua tampoco puede inspirarse en la teoría de la prevención especial negativa, en tanto conduce a un modelo de exclusión mediante la inocuización del autor. Así, la función del encierro no es la refutación del hecho sino la protección ante peligros. En consecuencia, el encierro se parece más a una medida de seguridad que a una pena. De este modo, los límites del régimen de libertad condicional de la prisión perpetua quedan desdibujados.

c) El Derecho penal del enemigo se fundamenta en la idea según la cual el autor que persiste en el incumplimiento de sus deberes jurídico-penales no ofrece seguridad cognitiva alguna de lealtad al Derecho. En tales supuestos, el Estado mediante la pena no habla con sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos. Pues bien, el Derecho penal del enemigo es un Derecho penal de autor con base en un pronóstico de peligrosidad propio de las medidas de seguridad. Una tesis de estas características conduce a que la prisión perpetua aparezca como una forma de encierro definitivo. Solo un Derecho penal de ciudadanos es respetuoso del Estado de Derecho.



d) La reclusión accesoria por tiempo indeterminado, que conduce al encierro definitivo del reincidente múltiple, constituye una forma de legislación penal de enemigos que la CSJN declaró inconstitucional e inconvencional. La Corte vinculó el art. 52 del Código penal con un *Derecho penal de autor* y con un *Derecho penal de culpabilidad por conducción de la vida*. Asimismo, de la correlación de reglas entre el mandato de resocialización y la prohibición de la pena de muerte, concluyó que el encierro definitivo «*aparece como un sucedáneo de la pena de muerte*».

En suma, desde la óptica de una teoría de la retribución comunicativa de la pena, la prisión perpetua no es en sí misma inconstitucional y tampoco inconvencional. No obstante, debe analizarse si la legislación actual del régimen de ejecución de esta especie de pena responde a los estándares internacionales antes reseñados. La cuestión a determinar es si la legislación vigente se vincula con un modelo de pena retributiva que respete el Derecho Internacional de los Derechos Humanos o, por el contrario, se relaciona con un modelo *peligrosista* propio del Derecho de enemigos, en cuyo caso dicha legislación debe seguir la misma suerte que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado en el *caso Gramajo*.

5. Sobre la constitucionalidad y la convencionalidad del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua

5.1. Consideraciones generales

Si el Estado tiene el deber jurídico y la responsabilidad moral, política e institucional de cumplir con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos humanos, el régimen de ejecución de la pena no debe transformar a la prisión perpetua en una forma de trato cruel, inhumano y degradante. Para evitar convencionalmente esta transformación se debe ofrecer respuesta a por lo menos dos interrogantes. El primero es el siguiente: ¿se le garantiza a la persona condenada a perpetuidad una expectativa jurídica y fáctica de recuperación de la libertad? El segundo está relacionado con la posibilidad de compatibilizar el *mandato de resocialización* con el cumplimiento de la pena perpetua. Aquí la pregunta es: ¿se le garantiza a la persona condenada el *acceso formal y material a mecanismos de rehabilitación social*?



En todo caso, tanto los interrogantes planteados como sus posibles respuestas demuestran el carácter inescindible de la prisión perpetua con su régimen de ejecución. En efecto, el cumplimiento de los mandatos convencionales vigentes requiere no solo del análisis aislado de la constitucionalidad o convencionalidad de la perpetuidad de la pena, sino que dicho examen debe comprender a los institutos que surgen del Código penal y de las leyes especiales que resultan de aplicación en materia de ejecución de esta especie de pena. Y ello es así porque el carácter *efectivo* del encierro perpetuo viene necesariamente definido por su régimen legal de ejecución y porque, además, el acceso del condenado a instancias reales de libertad depende no solo de las condiciones que formalmente se ofrezcan sino de las condiciones materiales en las que se cumple el encierro. Ello explica que de la regulación sobre la ejecución de la pena dependa que la persona condenada tenga la posibilidad real de ser resocializada. Dicho de otro modo, no puede ofrecerse una respuesta completa a la pregunta de este plenario sobre la constitucionalidad y convencionalidad de la prisión perpetua sin contrastar su régimen de ejecución con los estándares internacionales que rigen la materia.

Sobre la base de lo expuesto corresponde analizar la convencionalidad del tema que nos ocupa. Cabe aclarar que dado que la normativa ha sufrido modificaciones sustanciales respecto a la posibilidad de que las personas condenadas puedan acceder a instancias de libertad, es necesario realizar un breve recuento de los elementos trascendentales que caracterizaron cada una de las etapas hasta llegar al régimen actual. Asimismo, para evitar llegar a una conclusión que quede anclada en lo puramente formal, se debe hacer referencia a las condiciones materiales en las que se cumple la pena de prisión perpetua en nuestras cárceles, que no son ni tan sanas, ni tan limpias, como para poder cumplir realmente con el fin resocializador que inspira constitucionalmente el régimen progresivo de la pena.

5.2. Acerca de la racionalidad de la evolución legislativa. Análisis crítico

5.2.1. El carácter regresivo de la legislación actual

La evolución del régimen legal de la ejecución de la pena en nuestro país se caracteriza por la existencia de tres etapas claramente diferenciadas. La primera se inicia a



partir de decisiones adoptadas en diferentes momentos históricos y reflejadas en cuerpos normativos independientes, como el Código Penal y la ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad 24.660. Este primer régimen de ejecución derivó en un sistema que bien podría calificarse de armónico, razonable e integral. La segunda etapa, que comenzó a partir de la sanción de la ley 25.892, se caracteriza por el acotamiento de las posibilidades de avance en el régimen progresivo en la ejecución de la pena de ciertos delitos, ya sea por la imposibilidad absoluta de llegar a su última etapa o por el endurecimiento de los requisitos normativos para lograrlo. La tercera etapa es configurativa del régimen actual de ejecución de penas y fue instaurada a partir de las reformas dispuestas por la ley 27.375, en la que se profundizaron las medidas implementadas en la etapa anterior.

La primera etapa comienza con la sanción del Código Penal según ley 11.179 y se complementa con la Ley de Ejecución sancionada en el año 1996. El resultante de la integración de las normas pertinentes de esos dos cuerpos normativos fue la consagración de un sistema netamente progresivo, en el que la recuperación de la libertad personal se realiza por etapas claramente identificadas, anclando el punto de partida en un encierro total que se va flexibilizando a media que avanza el régimen hacia instancias vigiladas de recupero parcial y total de la libertad -como las salidas transitorias o la libertad condicional- hasta llegar finalmente a la fecha de cumplimiento de la pena. Para transitar gradualmente este camino, la ley es clara respecto de las condiciones y requisitos que deben ser satisfechos por la persona condenada, del carácter judicial de las decisiones que implican las salidas extra muros y de la naturaleza provisoria de las instancias alcanzadas, disponiendo razones que podrían motivar incluso su retroceso.

En este régimen las personas condenadas a la pena de prisión perpetua podían acceder a la libertad condicional una vez cumplidos veinte años de prisión (art. 13 del Código penal redacción original), previo cumplimiento de los requisitos legales. Luego de cinco años de condicionalidad bajo ciertas reglas de conducta, la pena se consideraba extinta (art. 16 del Código penal redacción original). Solamente se encontraban excluidas de este instituto las personas declaradas reincidentes (art. 14 del Código penal redacción original). Para ellos, la ley de ejecución ofrecía instancias parciales de recupero de la libertad o bien, en caso de tratarse de personas reincidentes con penas temporales en curso sin la accesoria del art. 52 del



Código penal, habilitaba como último peldaño en el camino de la progresividad, la posibilidad de acceder a la libertad asistida (art. 54, ley 24.660 según redacción original).

Como se advierte, la normativa integrada por la ley de ejecución y el Código Penal regulaba la posibilidad de que la persona condenada a perpetuidad pudiese requerir ante la autoridad judicial competente el acceso a instancias de libertad. El único caso en que no se conocía ningún tipo de acceso a instancias de libertad era el de los reincidentes, en el periodo comprendido entre la sanción del Código Penal de 1921 y la sanción de la ley 24.660 en el año 1996. Se trataba de un vestigio de las penas de prisión por tiempo indeterminado previsto para casos excepcionales, que cristalizaba una forma de prevención especial negativa: a partir del etiquetado de una persona como «peligrosa» se la neutralizaba mediante su apartamiento definitivo de la comunidad. Fuera de estos supuestos, la posibilidad de obtener la libertad quedaba supeditada al cumplimiento de los plazos y demás requisitos, lo que implicaba la posibilidad de acceder a una libertad condicional y avanzar hacia una posible última etapa de cumplimiento de la pena.

Algunas personas que participaron de la audiencia pública identificaron esta etapa como el estadio normativo todavía vigente en materia de ejecución de penas a prisión perpetua, pues sostuvieron que en nuestro país la perpetuidad del castigo “*no configura un encierro definitivo*”. Sin embargo, este régimen ha sido sustancialmente modificado, a tal punto que estos cambios han impactado directamente en la posibilidad de discutir el acceso a instancias de libertad en el ámbito de ejecución de las penas a prisión perpetua. Por esta razón, la afirmación según la cual “*nuestro ordenamiento jurídico no conoce de un encierro a perpetuidad*” ya no puede tenerse por cierta.

La segunda etapa normativa se inicia a partir de la sanción de las denominadas «leyes Blumberg». En esta etapa la ley 25.892 (2004) introdujo modificaciones en el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en dos velocidades. Por una parte, extendió la prohibición de acceso a la libertad condicional a, entre otros, los delitos de homicidio *criminis causa* (art. 80, inc. 7 del Código penal), abuso sexual previsto en los arts. 119 y 120 del Código penal cuando resultare la muerte de la víctima (art. 124 del Código penal), privación ilegal de la libertad coactiva cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 bis del Código penal) y secuestro extorsivo cuando se causare intencionalmente la muerte



de la víctima (art. 170 del Código penal), todos ellos merecedores de la pena perpetua. De manera complementaria, la ley 25.948 privó a las personas condenadas por esos mismos delitos de la posibilidad de acceder a salidas del régimen de progresivo de ejecución de la pena (art. 56 bis de la ley 24.660, según redacción ley 25.948). Es decir, estas modificaciones transformaron el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en un catálogo de delitos en los que *el encierro es definitivo en términos absolutos*.

Por otra parte, la ley 25.892 estableció nuevas condiciones de acceso a la libertad condicional para las personas condenadas a prisión perpetua por delitos que no estuvieren incluidos en los supuestos prohibidos: se incrementó de veinte a treinta y cinco la cantidad de años exigidos para solicitar la libertad condicional para condenas a prisión perpetua y se agregó como requisito un *“informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social”*. Además se duplicó el plazo de duración de la condicionalidad de la libertad, que pasó de cinco a diez años (art. 13 del Código penal según ley 25.892 vigente).

De esta manera se estableció un sistema en el que las características del régimen de ejecución de las penas privativas de libertad se determina por la clase de delito cometido y en el que, consecuentemente, en algunos supuestos, las personas condenadas que no pueden solicitar la libertad condicional no cumplirán nunca la pena ni podrán jamás recuperar la libertad. En otras palabras, si bien a modo de excepción en algunos casos de condenas a prisión perpetua el recupero de la libertad aparece como una alternativa al menos formalmente posible -requiere sobrevivir treinta y cinco años al encierro carcelario- la regla se da con los demás supuestos en los que el condenado resulta directamente inocuizado a través de penas que constituyen una forma de encierro definitivo.

La inocuización de las personas condenadas por estos delitos fue una de las motivaciones perseguidas por la reforma lo que fue explicitado en las exposiciones de motivos de los proyectos de ley que dieron origen a la ley 25.892. Se trató de iniciativas que pretendían neutralizar la peligrosidad de personas consideradas riesgosas, aludiendo a *«un abuso del concepto de marginalidad»* para justificar que *«esos criterios de peligrosidad tienen que estar incluidos tanto en normas penales de fondo como en los códigos de procedimiento, pues de lo contrario, la actividad legislativa nunca receptorá la realidad*



imperante y será sólo un reflejo de una situación ideal del legislador» (exposición de motivos del proyecto de ley S-793/04); y que se postulaban cual oferentes de «*mecanismos de defensa [contra los delitos que atentan contra la integridad sexual], que permitan en un aspecto adoptar actitudes preventivas de protección y en otro, frente al hecho consumado, tratar de limitar las posibilidades que se repitan [...] una actitud de tipo terapéutica, que permita recuperar en lo posible a los individuos de su patología, [...] limitando las posibilidades, de que por las especiales características psicológicas de quienes incurrir en este tipo de delito, puedan acceder al instituto de la libertad condicional, en la inteligencia de que y con ello recuperen su libertad anticipadamente»* (exposición de motivos del proyecto de ley S-40/04).

Este sistema legislativo, cuyos lineamientos fundamentales han sido presentados aquí, tiene aspectos muy problemáticos en relación a la convencionalidad del régimen de ejecución de la pena de la prisión perpetua. Y ello en razón de que su diseño institucional incumple con la finalidad convencional del castigo, que consiste en la readaptación social de las personas condenadas. El Estado argentino no garantiza el cumplimiento de este mandato convencional en razón de que el modelo instaurado a partir de esta reforma y luego profundizado en la etapa siguiente, le niega a la persona condenada a prisión perpetua la posibilidad de completar el régimen progresivo de ejecución de la pena. Dicho brevemente, en el sistema de ejecución legamente vigente las personas condenadas a perpetuidad han dejado de contar con la expectativa real de liberación a la que tenían derecho en el régimen derogado.

Esta imposibilidad de ejercicio del derecho convencional a la resocialización en razón de la pertenencia a *determinada categoría de personas* supone, además, tensiones manifiestas con el principio de igualdad, por cuanto se configuran situaciones de trato diferenciado carentes de la justificación objetiva y razonable exigida por los estándares interamericanos para no ser consideradas contrarios al mismo⁵¹. Se trata, por ello, de normas a cuyo respecto resultan pertinentes las consideraciones y conclusiones dispuestas, precisamente en tal sentido, por la Corte Federal y su par Interamericano al declarar la inconstitucionalidad y/o la inconvencionalidad de disposiciones normativas nacionales que, si

⁵¹ Corte IDH, “*Caso Jenkins Vs. Argentina*”, sentencia de 26 de noviembre de 2019; párrs. 91. En similar sentido, Corte IDH *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*, sentencia de 31 de agosto de 2016, párr. 125.



bien pretenden garantizar derechos convencionales, expresamente excluían de sus efectos a personas imputadas por un tipo específico de delitos⁵².

La evolución del proceso reformista se completó con una tercera etapa que profundizó su carácter regresivo. En efecto, el régimen legal vigente, consagrado con la sanción de la ley 27.375 (2017), amplió aún más la “*categoría*” de delitos excluidos de la libertad condicional y las instancias de libertad previstas en el régimen de ejecución. Particularmente incorporó los homicidios agravados (art. 80 del Código penal) y la tortura seguida de muerte (art. 144 ter, inciso 2 del Código penal) a las previsiones del art. 14 del Código penal. Además, les aplicó también el alcance de las previsiones del artículo 56 bis de la ley 24660, que los exceptúa de los beneficios del período de prueba y de otros institutos. En el plano local, esta reforma vino a completar el camino de restricciones y limitaciones en el avance del régimen progresivo de ejecución de la pena iniciado en nuestra provincia a través de la aprobación de la ley 8465, del año 2012.

En definitiva, en el régimen actual la mayor parte de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional durante la ejecución de la pena, ni existe un momento jurídico de cumplimiento o de revisión de la condena⁵³. La situación se agrava por el carácter regresivo de esta evolución en tanto lo que el codificador original estableció como una regla -posibilidad de acceso a libertad condicional luego de largo período de encierro; posibilidad de cumplir la pena en algún momento de la historia de vida del condenado- hoy reviste el carácter de excepción. Todo indica que lo se busca en realidad con un encierro tan prolongado es la “*solución final*” con la que se pretende sino la eliminación al menos “*la exclusión absoluta del delincuente*”⁵⁴.

En cuanto a los últimos supuestos en los que se habilita excepcionalmente instancias de libertad no se puede dejar de advertir que presentan una particularidad casi paradójica. Pueden acceder al régimen progresivo de la pena quienes hubieran sido condenados

⁵² En tal sentido ver: CSJN “Veliz, Linda Cristina s/ causa n° 5640”, de 15 de junio de 2010; y Corte IDH “Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador”, sentencia de 12 de noviembre de 1997, párrs. 93-98; y “Caso Jenkins Vs. Argentina”, sentencia de 26 de noviembre de 2019; párrs. 87 a 94 .

⁵³ Incluso la posibilidad de requerir un indulto o conmutación de pena se encuentra vedada en la legislación provincial respecto de ciertos delitos conminados con prisión perpetua (artículo 72 de la ley 8465).

⁵⁴ Retomo aquí las palabras ya citadas del juez Petracchi en el caso Gramajo.



por los delitos de genocidio agravado por muerte (art. 8 de la ley 26.200), crímenes lesa humanidad agravados por muerte (art. 9 de la ley 26.200), crímenes de guerra agravados por muerte (art. 10 de la ley 26.200), desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando fuere la víctima fuere una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre (142 ter, penúltimo párrafo, del Código penal), traición (art. 214 del Código penal) y traición agravada (art. 215 del Código penal). La paradoja radica en que, como puede advertirse, la mayor parte de estos delitos son crímenes contra la humanidad que, pese a su excepcional gravedad, cuentan con un régimen de ejecución más indulgente que permite obtener el acceso a otras instancias de libertad tales como la libertad condicional.

Más allá de las particularidades del régimen de excepción lo cierto es que el sistema de ejecución penal que se establece como regla ha terminado por transformar la prisión perpetua en una “*especie*” de reclusión accesoria por tiempo indeterminado, similar a la prevista en el art. 52 del Código penal para los casos de multi-reincidencia. Si bien puede argumentarse, en contra de esta afirmación, que el encierro definitivo al que conduce la prisión perpetua no es “*accesorio*” a la condena sino que forma parte de ella, lo cierto es que un criterio de distinción de tales características pecaría de cierto formalismo, pues las razones por las que se deniega el derecho a libertad condicional a las personas condenadas a prisión perpetua son idénticas a los criterios peligrosistas que fundamentaron la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Es que del análisis realizado sobre la exposición de motivos de las leyes que constituyen la base normativa del régimen de ejecución actual de la pena a perpetuidad, queda demostrado que el legislador no tomó en cuenta las consideraciones formuladas por la CSJN en «*Gramajo*» y por la Corte IDH en «*Fermín Ramírez*». En ambos precedentes se subraya la idea de que los criterios peligrosistas de la teoría prevención especial negativa conducen a un Derecho penal de autor o, más aún, a un Derecho penal de enemigos, que tiene por objeto la exclusión o la inocuización de la persona condenada, algo que, como pudo verse, resulta inadmisibles en un Estado de Derecho.

Los criterios jurisprudenciales citados no fueron tenidos en cuenta por el legislador a pesar de que la situación de las personas condenadas a prisión perpetua es más



gravosa que la de quienes resultan condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Y ello por dos razones. Por un lado, porque la reclusión accesoria por tiempo indeterminado se impone a multi-reincidentes, mientras que la prisión perpetua puede imponerse también a personas que no registran condenas anteriores. Por otro lado, porque los condenados a reclusión accesoria por tiempo indeterminado pueden acceder a libertad condicional transcurridos cinco años de reclusión, mientras que la mayoría de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden hacerlo en ningún caso⁵⁵. *La indeterminación del tiempo en prisión es mayor en la prisión perpetua que en la reclusión accesoria*. Si la Corte Federal declaró inconstitucional e inconvencional la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, pese a que el encierro al que conduce este instituto no tiene carácter de definitivo, con mayor razón debe declararse la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad del régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua en la medida en que el encierro al que conduce es fáctica y jurídicamente de por vida.

Expresado a modo de síntesis, tanto desde el punto de vista de la doctrina y jurisprudencia nacional ya analizada, como del Derecho internacional de los Derechos humanos, el estado de cosas reseñado hasta aquí resulta flagrantemente regresivo, en tanto le priva a una norma que garantizaba mandatos convencionales de la finalidad para la cual fue sancionada. Este régimen legal de ejecución de *primera velocidad* resulta evidentemente inconvencional en razón de que establece como *regla* la transformación de la pena de prisión perpetua *en un trato cruel, inhumano y degradante*, debido a que *no garantiza el acceso a mecanismos de rehabilitación social y no ofrece expectativas reales para la obtención de la libertad condicional*. Por ello es necesario advertir enfáticamente respecto de las posibles consecuencias que la aplicación de estas leyes puede tener en el ámbito internacional. La existencia de estos elementos puede tener efectos que, de no ser encausados en el ámbito jurisdiccional, terminarán por configurar supuestos generadores de responsabilidad internacional del Estado.

⁵⁵ Incluso pueden acceder a los beneficios del período de prueba a los tres años, según el art. 15 inc. 2, letra c de la ley 24.660, redacción 27.375.



5.2.2. ¿Es convencional el plazo de treinta y cinco años de prisión para la obtención de la libertad condicional?

En los párrafos precedentes se ha dejado en claro que existe un *régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua de dos velocidades* según si la persona condenada tiene o no acceso a instancias de libertad condicional. Se concluyó que el régimen de ejecución de *primera velocidad* impide esta posibilidad sometiendo al condenado a un encierro definitivo. Se trata de un régimen *crasamente inconvencional* en la medida en que *no determina fecha de cumplimiento y no ofrece posibilidad alguna de recuperación de la libertad*. La base legal de esta conclusión es que está fuera de toda discusión que *un encierro de por vida constituye una forma de trato cruel, inhumano y degradante*, inaceptable tanto constitucional como convencionalmente.

Junto a este régimen de *primera velocidad* que convierte en *regla* el *encierro definitivo*, el Código penal prevé un régimen de *segunda velocidad*, según el cual quien es condenado a la pena de prisión perpetua puede acceder *excepcionalmente* a instancias de libertad. En efecto, las personas condenadas por alguno de los delitos legalmente comprendidos en este régimen -la mayor parte de ellos son crímenes de lesa humanidad- pueden acceder a los institutos que integran el período de prueba o incluso a la libertad condicional, luego de haber cumplido un mínimo de treinta y cinco años de encierro efectivo. La cuestión es si un plazo de estas características resulta convencional en el marco que ofrece el Derecho internacional de protección de los Derechos humanos vigente. Veamos.

Un problema que evidencia este *modelo de excepción* está vinculado a falta de coherencia lógica con los propios postulados de los que parte. Es que si la lógica del diseño legislativo es la de avanzar en un sistema de ejecución de pena diferenciado según la naturaleza del delito, debería llegarse a la conclusión de que los sistemas de ejecución *menos rígidos* resultarían de aplicación en el ámbito de los delitos que no tienen tanta trascendencia político-institucional. A la inversa, los sistemas de *mayor rigidez* deberían ser aplicados a los delitos de extraordinaria gravedad institucional. Sin embargo, la solución que ofrece nuestra legislación es contraria a esa lógica, pues el régimen de ejecución más *benigno* se encuentra reservado para los delitos más graves que reconoce el ordenamiento jurídico internacional. En cambio, los graves delitos que no revisten esa característica quedan, paradójicamente, sujetos



a un régimen de *severidad extrema*. De esta falta de coherencia normativa se derivan importantes tensiones con el *principio de igualdad ante la ley* y el *principio de proporcionalidad de pena* en la etapa de su ejecución.

Esta crítica se profundiza si se introduce en el análisis otras variables emergentes del Derecho penal internacional. Así, el Estatuto de Roma (ley 25.390), que tipifica *los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*, como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión (art. 5), prevé para su sanción penas temporales de hasta treinta años de privación de libertad y, con criterio excepcional, penas a perpetuidad en supuestos agravados de tales delitos (art. 77). El Estatuto regula, además, el *examen de reducción de pena* -equivalente a la libertad condicional- que puede tener lugar, en el caso de penas temporales cuando se han cumplido las dos terceras partes de la condena y en el caso de prisión perpetua, una vez cumplidos veinticinco años de encierro (art. 110).

Estas características del sistema internacional trae consigo cuestiones problemáticas en su comparación con el sistema nacional. Por un lado, la ejecución de una condena dispuesta por la Corte Penal Internacional, en razón de los delitos que enuncia el Estatuto de Roma, tiene un régimen de ejecución más *beneficioso* que aquel al que pueden acceder las personas condenadas por esos mismos delitos -introducidos al Derecho nacional mediante ley 26.200- por nuestros tribunales. Así, quien resulte condenado por la Corte Penal Internacional deberá cumplir veinticinco años de encierro para solicitar el examen de reducción de pena, mientras que el condenado por tribunales nacionales deberá esperar diez años más, esto es, treinta y cinco en total, para solicitar que se evalúe la posibilidad de acceso a libertad condicional. Por otro lado, este trato diferencial se agrava en la comparación con la situación de personas condenadas por delitos muy graves pero que no forman parte del orden internacional. En tales supuestos, las personas condenadas a prisión perpetua por delitos contra la humanidad tienen a un régimen de ejecución más beneficioso, que les permite acceder a la libertad condicional después los treinta y cinco años de encierro. Por el contrario, los condenados a perpetuidad por delitos comunes deben sufrir el encierro de forma definitiva, sin ninguna posibilidad de acceso al recupero de la libertad. En consecuencia, el



régimen de ejecución de penas a perpetuidad no responde a criterios de *proporcionalidad* ni en su configuración interna ni en su diálogo con el Derecho penal internacional.

Lo anterior se vincula con *el carácter regresivo de las reformas legales introducidas en las normas ejecutivas*. Ya se dijo aquí que se considera regresiva la modificación de las normas que aseguraban el cumplimiento del mandato convencional de resocialización, para dotarlas del sentido contrario. Pues bien, del mismo modo, existe otra expresión normativa que debe ser analizada desde el mandato de la progresividad y no regresividad en materia de derechos. La referencia es a las disposiciones que ordenaron el incremento del requisito temporal para acceder a la libertad condicional de veinte a treinta y cinco años. La *racionalidad* de esta evolución resulta difícil de explicar especialmente si se tiene en cuenta las condiciones materiales en las que se cumple la pena privativa de libertad en la región.

En este sentido, la CIDH ha señalado que los problemas más graves y extendidos del encarcelamiento en la región son⁵⁶: (a) el hacinamiento y la sobrepoblación; (b) las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos; (c) los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades; (d) el empleo de la tortura con fines de investigación criminal; (e) el uso excesivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad en los centros penales; (f) el uso excesivo de la detención preventiva, lo cual repercute directamente en la sobrepoblación carcelaria; (g) la ausencia de medidas efectivas para la protección de grupos vulnerables; (h) la falta de programas laborales y educativos, y la ausencia de transparencia en los mecanismos de acceso a estos programas; y (i) la corrupción y falta de transparencia en la gestión penitenciaria.

A estos problemas genéricos que denuncia la CIDH deben sumarse las dificultades particulares que genera la convivencia en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones en pisos; así como el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las

⁵⁶ CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>



personas encarceladas, como el acceso a la salud, medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad, la educación; sumándose al cuadro general de situación la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas.

Todo ello conduce a una institucionalización deshumanizante que tiene efectos físicos, psicológicos y sociales devastadores sobre las personas privadas de libertad. Un ejemplo de ello es la *des-socialización* que caracteriza al deterioro de los vínculos y relaciones de la o el condenado, en tanto los mismos son mediados por las lógicas endogámicas de la institución penitenciaria. Asimismo, otro fenómeno que se advierte es la *prisionización* a través de la cual la persona privada de libertad comienza a padecer la transformación resultante de su adaptación a la institución: internalización de conductas, deterioro y modificación del lenguaje y naturalización de prácticas violentas, etc. A ello debe agregarse los efectos que se producen sobre el propio cuerpo, producto de las carencias, el encierro prolongado, la escasa exposición a la luz y ventilación natural, la falta de ejercicio físico, la cronificación de problemáticas de salud, la desatención de las mismas de manera oportuna, las autolesiones y las lesiones recibidas, entre otras problemáticas que impactan en las corporalidades de las personas institucionalizadas. Estas prácticas, como puede advertirse, nada tienen que ver con el ideal del mandato convencional de resocialización. La realidad carcelaria ha convertido esta obligación estatal en una mera declamación abstracta, no exenta de cinismo, que la indiferencia y la complicidad omisiva de las autoridades han vuelto en ilusoria⁵⁷.

Frente a esta realidad, la exigencia de treinta y cinco años de privación de libertad para acceder al derecho a la libertad condicional torna de muy difícil cumplimiento las expectativas de recupero de libertad. Ello genera un problema similar al que se presenta con el encierro definitivo, pues si bien la persona condenada tiene *en el momento de inicio de ejecución de la condena* una expectativa *jurídica real* de obtener la libertad, las condiciones

⁵⁷ En este sentido se expresa Silva Sánchez, *Malum passionis*, pp. 91 y ss., quien habla de hipocresía y de la participación omisiva por parte del Estado.



en que se cumple el encierro torna a esa expectativa de muy difícil *realización*⁵⁸. En este contexto, es más probable que en treinta y cinco años la persona condenada *encuentre la muerte antes que la libertad condicional*.

Claro que si convencionalidad del plazo de treinta y cinco años de prisión es por lo menos discutible, debería determinarse cuál es el plazo que satisfaga la expectativa convencional de acceder al recupero de la libertad sea *real*. Y ello trae consigo una dificultad adicional en tanto no parece que pueda ofrecerse una respuesta única y coherente a este interrogante. En el mejor de los casos, solo es posible establecer pautas de interpretación sobre la base de lo regulado tanto por la legislación nacional como por el orden internacional, que no alcanzan a constituir suficientes razones para relevar al Congreso de la Nación, que es el único órgano institucional competente para establecer legalmente un plazo que resulte coherente con el resto del orden jurídico.

Así, una primera pauta interpretativa podría hallarse a través de la ultra-actividad del derogado régimen de ejecución del Código penal y las leyes respectivas. Ya se dijo que en aquel sistema las personas condenadas a prisión perpetua podían obtener la libertad condicional una vez cumplidos veinte años de prisión (art. 13 del Código penal redacción original). Con posterioridad, luego de cinco años de libertad condicional, podía tenerse por cumplida la pena si se cumplía con los demás requisitos legales. Este posible criterio interpretativo tendría la ventaja de ser el que mejor satisface las exigencias del principio de la *analogía in bonam partem*, según el cual se puede recurrir a este método de interpretación de las normas jurídicas cuando resulte favorable a la o el condenado. Por las mismas razones, una interpretación como la que ha sido expuesta sería coherente con el principio *pro personae*, en tanto constituye el criterio más amplio de protección de los Derechos humanos de la persona condenada.

Pese a las ventajas que presenta esta interpretación, tiene algunos inconvenientes vinculados con el régimen de la pena total que prevé el art. 55 del Código penal que la tornan difícilmente aceptable. La cuestión es la siguiente: si se aplican las reglas del concurso real de delitos, la pena temporal máxima aplicable en el Derecho penal argentino

⁵⁸ Lo expuesto va en línea con lo claramente expresado por el TEDH en el caso «T.P. y A.T. vs. Hungría» (04/08/16). Allí se sostuvo que un plazo de *cuarenta años* excede significativamente el recomendado de *veinticinco años* que surge del Derecho internacional y comparado.



en ningún caso puede exceder los cincuenta años de prisión o reclusión. Si esto es así, el condenado a cincuenta años de prisión tendría derecho a la libertad condicional cuando se cumplan las dos terceras partes de esa condena, es decir, a poco más de los treinta y tres años de prisión.

Más allá de que la convencionalidad de este último plazo podría ser discutible por las mismas razones que lo es el plazo de treinta y cinco años, lo cierto es que lo expuesto muestra una incoherencia con la interpretación a la que se hizo referencia respecto a la determinación del plazo de la libertad condicional en el caso de la prisión perpetua. De acuerdo a esta última interpretación, el condenado a perpetuidad tendría derecho a la libertad condicional a los veinte años de prisión, lo que pondría en evidencia la contradicción con el régimen de la libertad condicional previsto para las penas temporales, pues el condenado a prisión perpetua podría obtener la libertad condicional o incluso cumplir la pena antes que el condenado a una pena temporal de cincuenta años de prisión. Esta insalvable contradicción demuestra que la eventual declaración de inconvencionalidad del plazo previsto en el vigente art. 13 del Código penal, obligaría a revisar la coherencia de todo el sistema de penas, una tarea que excede largamente la función de los tribunales de justicia.

Un segundo posible criterio de interpretación pueden venir del ámbito del Derecho penal internacional, mediante la aplicación *analógica* del Estatuto de Roma, cuyas disposiciones sobre el tema que nos ocupa ya fueron analizadas. Como pudo verse, el Estatuto prevé la pena de prisión perpetua para los delitos especialmente graves, admitiendo un *examen de reducción de pena* que, en el caso de condenas a perpetuidad, puede tener lugar una vez cumplidos veinticinco años de encierro (art. 110). Si se aplica este criterio a los casos de prisión perpetua ordenadas por nuestros tribunales nacionales, las y los condenados podrían obtener la libertad condicional a los veinticinco años. Esta pauta interpretativa tiene la ventaja de establecer un régimen coherente con el que establece el Derecho penal internacional para los delitos más graves contra la humanidad. Se trata además de un criterio que va en línea con lo sugerido por la jurisprudencia internacional. Así, el TEDH en el caso «T.P. y A.T. vs. Hungría» (04/08/16), sostuvo que la exigencia de *cuarenta años* para la obtención de la libertad condicional retrasaba indebidamente el control sobre los cambios en la vida de la persona condenada y su eventual rehabilitación. Por ello consideró que dicho



plazo excedía significativamente el recomendado de *veinticinco años* que surge del Derecho internacional y comparado.

Sin embargo, tampoco esta interpretación está exenta de críticas. Por un lado, presenta contradicciones con el régimen interno de penas, pues si bien es cierto que se trata de una pauta analógicamente más favorable para el condenado, en cuanto es más benigna que el actual plazo de treinta y cinco años, no es menos cierto que se contradice con el principio de *pro persanoe*, en tanto en la legislación nacional es posible encontrar una interpretación todavía más favorable, a través de la ya explicada ultra-actividad del art. 13 del Código penal en su redacción original. Por otro lado, esta última interpretación, si bien es la más favorable al condenado, se mostraría incoherente con el régimen de penas del Derecho internacional, pues por iguales delitos el condenado por los tribunales nacionales obtendría la libertad condicional antes -a los veinte años- que un condenado por la Corte Penal Internacional, que la obtendría a los veinticinco años.

Sin embargo, no parece que las dificultades expuestas puedan ir más allá de señalar el carácter político-criminalmente inconveniente del plazo establecido en el art. 13 del Código penal.. A diferencia de lo que ocurre con el régimen de ejecución de la pena de *primera velocidad*, cuya *inconveniencia resulta a todas luces incuestionable*, con el régimen de *segunda velocidad* la cuestión no es del todo evidente. De la falta de acuerdo, que aquí ha sido claramente expresada, respecto a la racionalidad de la evolución legislativa que ha derivado en un plazo de tan larga duración para la posible obtención de la libertad condicional, no es posible derivar, sin más, la conclusión de que el mismo resulta inconveniente⁵⁹. Si bien el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una tarea inexcusable del Poder Judicial para asegurar el principio de supremacía constitucional y convencional previsto en los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, constituiría un exceso en términos de legitimidad democrática que una Suprema Corte de Justicia provincial, cuyos integrantes han sido nombrados por una legislatura local, deje sin efecto una ley del Congreso Nación cuya inconveniencia si bien puede ser seriamente discutida, no alcanza a ser del todo ostensible como para justificar tan trascendente

⁵⁹ En el mismo sentido, Zaffaroni, «El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente», *La Ley*, 2010-C, 966, LJU tomo 147, DEXT-23. Cita online: AR/DOC/3149/2010.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

decisión política e institucional. Ante tal circunstancia es el Congreso de la Nación el órgano legitimado democráticamente para deliberar, discutir y decidir sobre los problemas que genera un plazo que se encuentra apenas mínimamente dentro de los límites del Derecho del Derecho constitucional y convencional vigente.

Como argumento adicional a favor de esta conclusión debe tenerse en cuenta el hecho de que la declaración de inconvencionalidad del plazo de treinta y cinco años del art. 13 del Código penal traería consigo la necesidad de establecer judicialmente, hasta tanto se pronunciase el Congreso de la Nación, cuál es el plazo aplicable a cada caso concreto. Ello no solo colocaría al Poder Judicial en el indeseable papel de sustituir al legislador nacional hasta tanto este último se pronunciase sobre el tema en cuestión, sino que además debería hacerlo con criterios que, como pudo verse, no están libres de objeciones. Asimismo, la determinación judicial del plazo aplicable implicarían un pronunciamiento sobre la coherencia interna de todo sistema de penas, tanto temporales como perpetuas. Pues bien, dejar sin efecto una ley del Congreso y reemplazarla por el criterio interpretativo que el Poder Judicial considera, desde su perspectiva, la mejor alternativa, es algo que excede la función que tienen los jueces y las juezas en la tarea del control de convencionalidad de las leyes.

Los expuesto se vincula con una línea débil o dialógica de ejercer el control de constitucionalidad. Esta forma permite mantener como función judicial la tarea de control de constitucionalidad de la legislación, a la vez que evita que, al ejercerla, se reemplace al legislativo en sus prerrogativas. Por el contrario, de este modo el Poder Judicial actúa no solo resolviendo el caso concreto, sino aportando argumentos dentro de un diálogo entre poderes, como un aporte discursivo para que el Congreso revise la legislación y decida, dentro de los límites constitucionales, la alternativa más conveniente en términos políticos, estratégicos y pragmáticos. Las consideraciones aquí realizadas sobre la validez convencional del plazo de treinta y cinco años se inscriben dentro de esa vocación de diálogo inter-institucional, pero respetando los ámbitos de competencia de cada uno de los poderes del Estado.



6. Conclusiones: el carácter constitucional y convencional de la pena de prisión perpetua y la ilegitimidad del régimen de ejecución que consagra el *encierro eterno*

A continuación paso a exponer un resumen de las principales conclusiones alcanzadas en el voto precedente:

a) Desde el punto de vista de la teoría de la retribución comunicativa que aquí se ha sostenido, no se advierten razones para que la pena de prisión perpetua sea declarada en sí misma inconstitucional, en tanto no aparece contraria al principio de culpabilidad por el hecho, según el cual, el autor responde por lo que *hizo* y no por su *modo de ser*. Mediante la prisión perpetua solo se debe refutar el hecho gravemente perturbador. No menos, pero tampoco más.

b) En tanto la pena de prisión perpetua se mantenga dentro de los *límites* de un *Derecho penal de culpabilidad por el hecho*, la decisión sobre su derogación o mantenimiento forma parte -con las limitantes convencionales que le son propias- del margen de apreciación reservado al Estado nacional. Esta atribución, de acuerdo con las pautas constitucionales de organización federal y teniendo en cuenta su naturaleza de Derecho de *fondo*, es *exclusiva y excluyente del Congreso de la Nación*.

c) La prisión perpetua no equivale a *perpetuidad* del encierro. En tanto el ser humano sigue siendo la medida de todas las cosas, en ningún caso la gravedad del delito puede justificar la *despersonalización* del condenado. La persona no es una cosa que pueda ser utilizada como un instrumento para el logro de otras finalidades preventivas o sacrificada para beneficio de la generalidad. Por ello, no es admisible en un Estado de Derecho la imposición de penas *indeterminadas* que supongan el *encierro de por vida* de la persona privada de libertad.

d) La convencionalidad de la prisión perpetua resulta inescindible de la legitimidad de su régimen ejecución, pues solo allí puede determinarse la existencia de un *encierro definitivamente perpetuo*. Por esta razón, con el fin de evitar actos generadores de responsabilidad internacional, debe advertirse que la respuesta a la pregunta que constituye el objeto de este plenario debe incluir necesariamente la cuestión de la convencionalidad del



régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua, con el fin de determinar si el mismo cumple con las obligaciones que surgen del Derecho Internacional de protección de los Derechos Humanos.

e) La pena no puede pretender la modificación de la personalidad del condenado a través de un proceso de *resocialización obligatorio*. No hay nada más respetuoso de la dignidad humana que garantizar el derecho de cada uno a organizar libremente su vida, siendo responsable, a su vez, de las consecuencias lesivas que dicha elección tiene para terceras personas. La existencia de un *deber de resocialización* supone un inaceptable proceso de control estatal que sustrae al individuo de su propia responsabilidad, en tanto se le priva de su libertad de elección, lo que constituye la base del reproche de culpabilidad. El *mandato de resocialización* al que el Estado está obligado convencionalmente, debe ser entendido en el sentido de que tiene el *deber de ofrecer condiciones de socialización* a la persona condenada que este último puede aceptar de manera *libre y voluntaria*.

f) El Estado tiene la obligación jurídica, moral, política e institucional de *no transformar* el régimen de ejecución de la pena de prisión perpetua *en una forma de trato cruel, inhumano y degradante*. Para ello debe hacer compatible esta *prohibición convencional* con el *mandato de resocialización*, de modo de garantizar a la persona condenada a perpetuidad, desde el *momento del inicio de la ejecución de la condena*, una expectativa *real* de recuperación de la libertad, mediante el *acceso formal y material a mecanismos de rehabilitación social*.

g) La evolución del régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua ha tenido un carácter profundamente regresivo. Del sistema instaurado por el codificador original, que garantizaba la posibilidad de cumplir la pena en algún momento de la historia de vida del condenado, estableciendo reglas de acceso a libertad condicional luego de largo período de encierro, se pasó a otro claramente inspirado en un fin inocuidador, que arrojó como resultado que quienes eran condenados por alguno de los delitos previstos en un catálogo legal quedaban sometidos a un *encierro definitivo en términos absolutos*, salvo un grupo reducido de delitos en los que la libertad condicional podía obtenerse a los treinta y cinco años de prisión. El sistema actual confirmó este régimen en el que la regla es el



encierro definitivo pero amplió todavía más la “*categoría*” de delitos excluidos de la libertad condicional.

h) La evolución expuesta ha derivado en un régimen legal de ejecución de la pena de prisión perpetua de *dos velocidades*, según si la persona condenada *tiene o no acceso a instancias de libertad condicional*. En el régimen de *primera velocidad* las personas condenadas a prisión perpetua *no pueden acceder a la libertad condicional* durante el periodo de ejecución y *carecen en términos absolutos de la posibilidad de cumplir la pena* en algún momento de su historia. En este régimen la *regla* es el sometimiento del condenado a un *encierro definitivo*. El régimen de *segunda velocidad* establece un sistema de *excepción* en el que las personas condenadas a prisión perpetua por alguno de los delitos legalmente comprendidos en él -la mayor parte de ellos son crímenes de lesa humanidad- pueden acceder a los institutos que integran el periodo de prueba o incluso a la libertad condicional, luego de haber cumplido *un mínimo de treinta y cinco años de encierro efectivo*.

i) El sistema de ejecución penal de *primera velocidad*, sobre la base criterios propios de un *Derecho penal de autor* o de un *Derecho penal de enemigos*, ha transformado a la prisión perpetua en una “*especie*” de reclusión accesoria por tiempo indeterminado. Con una particularidad: *la indeterminación del tiempo en prisión es incluso mayor en la prisión perpetua que en la reclusión accesoria por tiempo indeterminado*, pues a quienes se le impone esta última pueden acceder a libertad condicional transcurridos cinco años de reclusión, mientras que las personas condenadas a prisión perpetua por este régimen *no pueden hacerlo en ningún caso*.

j) Una “*pena eterna*” no tiene otra finalidad que la propiciada por von Liszt de «*suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad*». De este modo, *ante el posible peligro de reiteración delictiva, el autor es excluido mediante su aseguramiento fáctico*. Se persigue así la *inocuidación* del autor. Una pena de estas características no supera el test de legitimidad porque supone la negación de la personalidad del condenado. *Y la pena es un modo de reconocimiento de la personalidad, no una manera de negarla*.



k) El régimen de ejecución de *primera velocidad* resulta *crasamente inconvenicional* en tanto no garantiza el *acceso* a mecanismos de *rehabilitación social*, *no determina fecha de cumplimiento de la pena* y no ofrece expectativas *reales*, ni *fácticas* ni *jurídicas*, para la obtención de la libertad condicional. El efectivo encierro a *perpetuidad* constituye *una forma de trato cruel, inhumano y degradante*, inaceptable en un *Estado democrático de Derecho*. La Corte Federal ya señaló en el caso «Gramajo» que lo que se busca mediante encierros tan prolongados es la “*solución final*” con la que se pretende sino la eliminación al menos “*la exclusión absoluta del delincuente*”.

l) La inconvenicionalidad del régimen de *segunda velocidad* no es del todo evidente, en tanto al menos garantiza una *expectativa jurídica* para la obtención de la libertad después de cumplidos treinta y cinco años de prisión. Se trata de un plazo *jurídicamente determinado* pero que *materialmente* es de muy difícil cumplimiento, especialmente en las condiciones que se cumple la pena privativa de libertad. El sistema además es contradictorio con el orden interno y con el orden internacional. En el orden interno establece para los delitos de mayor gravedad institucional condiciones más laxas para la obtención de la libertad condicional a la vez que dicha regulación es más gravosa que la impuesta por el orden internacional a través del Estatuto de Roma. En suma, el sistema de *segunda velocidad* no responde a criterios de *proporcionalidad*, ni en su configuración interna, ni en su diálogo con el Derecho penal internacional.

m) La CIDH ha señalado con toda claridad los graves problemas que presenta el encarcelamiento en la región. A ello deben sumarse: las dificultades particulares que genera la convivencia en lugares cerrados con iluminación y ventilación deficiente, con baños dentro o fuera de la celda en precarias condiciones, camastros insuficientes y colchones en pisos; el desarrollo de una vida de encierro bajo condiciones estructurales insuficientes que no alcanzan en cantidad ni calidad a todas las personas encarceladas, como el acceso a la salud, medicación, la posibilidad de tratamientos con continuidad, la educación; el cuadro general de situación la insuficiencia de personal de custodia y del resto de las áreas necesarias, cuya capacidad de trabajo y modalidad de intervención se ven condicionadas y superadas por la demanda y la cantidad de personas encarceladas. Todo ello conduce a una institucionalización deshumanizante que tiene efectos físicos, psicológicos y sociales



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

devastadores sobre las personas privadas de libertad. En este contexto, es más probable que en treinta y cinco años se *encuentre la muerte antes que la libertad*.

n) La expuesto demuestra la inconveniencia político-criminal del plazo de treinta y cinco años de encierro como presupuesto para la obtención de la libertad condicional. Sin embargo, esta crítica no es suficiente para declarar sin más su carácter inconvencional. Si bien el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituye una tarea inexcusable del Poder Judicial, constituiría un exceso en términos de legitimidad democrática que una Suprema Corte de Justicia provincial, cuyos integrantes han sido nombrados por una legislatura local, prive de efectos una ley del Congreso de la Nación cuya inconvencionalidad si bien puede ser seriamente discutida, no alcanza a ser del todo ostensible como para justificar esa decisión. Es el Congreso de la Nación el órgano legitimado democráticamente para deliberar y decidir sobre los problemas que genera un plazo que se encuentra mínimamente dentro de los límites del Derecho constitucional y convencional vigente.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN EL DOCTOR JULIO R. GÓMEZ ADHIERE, POR SUS FUNDAMENTOS, AL VOTO QUE ANTECEDE.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DOCTOR MARIO D. ADARO, EN VOTO AMPLIATORIO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión en tratamiento, adelanto que a mi juicio debe darse respuesta negativa a la pregunta planteada, por lo que corresponde confirmar la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, por su necesaria conexión con el tema de convocatoria al presente plenario, realizaré algunas observaciones sobre la actual configuración del régimen de ejecución de este tipo de penas, como así también, de las actuales condiciones de encierro, las que -según entiendo-se presentan como incompatibles con el fin resocializador de la pena previsto en diversos instrumentos internacionales.

De esta manera, en primer lugar abordaré los argumentos por los cuales entiendo que la pena de prisión perpetua *per se* no contradice la normativa en la materia (a); en segundo lugar, esbozaré algunas consideraciones sobre la actual configuración del régimen



de ejecución para la mayoría de las penas a perpetuidad previstas en nuestro ordenamiento jurídico (b) y, por último, me referiré sobre las actuales condiciones materiales de encierro en los distintos establecimientos carcelarios que redundan, en la práctica, en un agravamiento de las penas (c).

a.- Sobre la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua

Sobre el tópicico que convoca el presente plenario, debo destacar que en el precedente «Ortiz Morel» tuve la oportunidad de acompañar el criterio según el cual esta Sala entendió que debía considerarse la constitucionalidad de la prisión perpetua.

En aquella oportunidad, y como argumento central, se señaló que “[...] *en un sistema republicano de gobierno como el que nos rige, es el Poder Legislativo quien tiene la facultad constitucional de establecer las consecuencias jurídicas que se derivan de aquellas conductas ilícitas específicamente previstas por la ley, sin que el órgano jurisdiccional pueda desplazarla para imponer su criterio, lo que implicaría avasallar las potestades legislativas invadiendo atribuciones propias de ese Poder. En ese orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que no corresponde sustituir al legislador, sino aplicar la norma tal como éste la concibió, ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en el ejercicio de sus propias facultades (Fallos 300:700; 321:92; 327:3597)*”.

Dicho de otro modo, el ejercicio del poder jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos con igual jerarquía, los demás tratados internacionales y las leyes dictadas en su consecuencia. Al respecto nuestra Constitución Nacional dispone en el art. 116 que “[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]”.

De ello se deriva que el control de legitimidad constitucional deberá ser ejercido con sobriedad y prudencia, en tanto la eventual declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que sólo debe proceder cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, y frente a planteos que



ofrezcan la adecuada fundamentación que exigen la jurisprudencia del Tribunal (Fallos 338:1026; 338:1504; 319:3148; 314:424;327: 5863; 314:407; 328:2056).

Conforme a lo expuesto, entiendo que la especie de pena en estudio no vulnera *per se* la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa. Es decir, la pena a perpetuidad, bajo ciertas condiciones, no se encuentra expresamente prohibida por los principios y convenciones que conforman el bloque constitucional (art. 31 y 75 inc. 22 de la CN –CADH y PIDCyP-) y, por el contrario, está explícitamente regulada para algunos casos.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño admite la imposición de este tipo de pena en la medida que exista la expectativa de liberación (art. 37, inc. “a”). De ello se infiere que, sin perjuicio de las limitaciones jurisprudenciales impuestas por los precedentes «Mendoza y ots. vs. Argentina» de la Corte IDH y «Maldonado» de la CSJN- tampoco podría considerarse prohibida para las personas mayores de edad desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional.

Del mismo modo, integra nuestro sistema jurídico el Estatuto de Roma (adoptado por ley 25.390- B.O. 23/01/21, e implementada por ley 26.200-B.O. 5/01/07), en el cual se prevé este tipo de penas para delitos de extrema gravedad (art. 77 inc. 1º b).

Es que, en rigor, las penas de prisión perpetua reguladas por nuestro ordenamiento sustantivo han sido concebidas, en principio, de un modo que no sean a perpetuidad. Ello se infiere claramente de la configuración de las penas privativas de la libertad, mediante el instituto de la libertad condicional regulado en el art. 13 del CP y el principio de progresividad que rige las distintas legislaciones sobre los regímenes de ejecución de la pena, lo que permite, en definitiva, adecuar la pena impuesta a las necesidades resocializadoras o preventivo-especiales del caso concreto. Ello no obstante las críticas que merecen las sucesivas reformas operadas en este sentido y que inciden en la etapa de ejecución de las penas a perpetuidad, aspecto al que haré referencia en el punto que sigue.

En otro orden, estimo que la perpetuidad de la pena impuesta por el legislador guarda proporcionalidad con la gravedad de los ilícitos que sanciona. Ello así, en tanto se trata de hechos de extrema gravedad, tanto desde el punto de vista de los bienes jurídicos tutelados,



como de su particular modo de comisión, sus circunstancias o motivaciones. Es decir, se da en el caso una absoluta correspondencia entre la magnitud del injusto y la culpabilidad, y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del condenado.

Así lo ha entendido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en oportunidad de expedirse sobre este mismo tópico. Al respecto, señaló que *«los Estados Parte son libres para imponer la pena a cadena perpetua a delincuentes adultos en caso de delitos especialmente graves como por ejemplo el asesinato: la imposición de una pena de este tipo a un delincuente adulto no está en sí misma prohibida o es incompatible con el artículo 3 o con cualquier otro artículo del Convenio»* (conf. «Kafkaris vs. Chipre», párr. 97, «Vinter vs. Reino Unido», párr. 106).

En virtud de las razones expuestas, entiendo que corresponde contestar de manera negativa la primera cuestión.

b.- Sobre la actual configuración del régimen de ejecución para la mayoría de las penas de prisión perpetua previstas en nuestro ordenamiento jurídico

Como adelantara, entiendo que no puede escindirse en el análisis de las penas a perpetuidad las implicancias derivadas de su imposición en el plano de la ejecución de la sanción, ello conforme a su actual configuración legislativa. Es en este punto, en donde los nuevos argumentos esgrimidos por el Dr. Omar Palermo en el voto que me precede –y a los que adhiero en su totalidad-, me persuaden de hacer variar mi posición sostenida por adhesión al voto del Dr. José Valerio en «Ortiz Morel» en relación a lo sostenido sobre el instituto de la libertad condicional .

Ahora bien, entiendo que toda variación en una posición jurisprudencial requiere ser explicada. Motiva esta modificación de criterio el hecho de que, cuando adherí al voto de mi distinguido colega de Sala Dr. José Valerio, no se aplicaban al caso las modificaciones introducidas al Código Penal por parte de la ley 27.375, sancionada en julio de 2017. Si bien el fallo en cuestión data del año 2018, en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal la ley 27.375 tal ley no se aplicaba al hecho en tratamiento por haber tenido lugar con anterioridad a la fecha de su sanción. Como se verá, las reformas



introducidas por la ley 27.375 afectan seriamente -desnaturalizan- el sistema anteriormente vigente en punto a la libertad condicional.

De este modo, entiendo que la actual configuración de la ejecución de la pena de prisión perpetua para la mayoría de los delitos conminados con este tipo de sanción en nuestro ordenamiento jurídico, contradice el mandato resocializador del Estado y se traduce en la imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes. Veamos.

El tratamiento carcelario siempre ha sido objeto de preocupación legislativa, y así lo refleja el artículo 18 de la CN al establecer que *«las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas»*.

Si bien esta manda constitucional marcó un límite al prohibir la utilización de la cárcel como «castigo», el fin resocializador de la pena adquirió jerarquía constitucional con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos a nuestra constitución nacional (art. 75 inc. 22).

De este modo, a partir de la reforma de la Constitución del año 1994 ha quedado definitivamente incorporado el concepto de «prevención especial positiva» o «readaptación social» como uno de los principales mandatos que tiene el Estado al hacer uso del castigo estatal. Así, el art. 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos afirma que *«[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados»*. Por su parte, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos dispone que *«[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados»*.

De ello se deriva un mandato expreso para el Estado de garantizar las condiciones para obtener, como meta, la resocialización de cada persona condenada. Es decir, que el Estado debe proporcionarle al sujeto privado de su libertad los medios para evitar su deterioro y estigmatización, y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad que pueda presentar desde distintos órdenes.

En este sentido, cabe tener presente que la tradición jurídico-penitenciaria argentina se inclinó de manera constante y coherente por la instrumentación de un sistema de tipo progresivo como herramienta para materializar la finalidad de reinserción social.



Así, la ley 24.660, de Ejecución Penal dispone que «[1]a 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, en términos similares, la ley 8.465, de ejecución de penas de la provincia de Mendoza dispone que «[1]a ejecución de la pena privativa de la libertad, en todas sus modalidades se encuentra dirigida al fortalecimiento de la dignidad humana y el estímulo de actitudes solidarias, a partir de la satisfacción de sus necesidades y del desarrollo de sus potencialidades individualidades y tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley [...]» (art. 2).

En tal sentido, el Dr. Petracchi en el precedente “Gramajo” sostuvo en relación al objetivo de reinserción social de las penas privativas de libertad que ella «[...] 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” (CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo”, sentencia del 5/09/2006, Fallos 329:3680, considerando 36).

Dicho esto, y sin entrar en el análisis cronológico de las leyes sobre la materia o aquellas que tienen incidencia directa por contribuir en la actual configuración de la pena de prisión perpetua en su etapa de ejecución -tarea desarrollada por el voto que me precede y al cual me remito-, resulta claro que las sucesivas reformas legislativas que de forma paulatina han ido agravando las condiciones de ejecución de las penas perpetuas, parecen no cumplir con este mandato constitucional.

En este sentido, cabe meritar que la última reforma operada por la ley 27.375 (B.O. 28/07/17) modificó el art. 14 del CP ampliando, aún más, la exclusión de la procedencia



del instituto de la libertad condicional a la mayoría de los delitos conminados con prisión perpetua en nuestro CP. A ello se suma las modificaciones introducidas por la referida ley al art. 56 bis de la ley 24.660 que prohíbe los beneficios comprendidos en el periodo de prueba para la mayoría de los delitos conminados con penas a perpetuidad, y la ley 8.465, de ejecución de penas de la provincia de Mendoza -vigente en el ámbito local desde el año 2012- que también prescribe en su art. 72 un régimen restrictivo en cuanto a la procedencia de los distintos institutos que integran el régimen progresivo de privación de libertad.

En tales condiciones, este tipo de sanción penal es *perpetua* en el sentido más literal de la palabra, es decir, que la pena se agota con la vida de quien la cumple.

Entiendo que esta falta de expectativa o de esperanza de recuperar la libertad o, de algún modo, obtener una morigeración o revisión de la pena en un plazo cierto, deshumaniza al condenado y, con ello, vacía de contenido al principio de resocialización de las penas privativas de la libertad. Ello por cuanto la pretendida rehabilitación de la persona condenada no es posible sin una expectativa de liberación.

En este sentido, Roxin al analizar los fines de la pena -general o especial- que prevalecen en cada estadio de su aplicación (conminación penal, imposición y ejecución), señala que «[...] *en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial*». Destaca también que «[...] *la pena sólo puede desarrollar sus efectos preventivoespeciales si éstos ya están preprogramados en las disposiciones legales*» (Roxin, Claus, Derecho Penal, Parte General, T-I, Ed. Civitas, 2da. edición, pág. 97).

Del mismo modo, en el citado precedente “Gramajo”, la CSJN afirmó que: «*La idea de un estado de derecho que imponga penas a los delitos es clara, pero la de un estado policial que elimine a las personas molestas 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, sino sancionar delitos y siempre de acuerdo con su gravedad*» (considerandos 28 y 29).

Si bien la sentencia tuvo como objeto de análisis la constitucionalidad de la accesoria del artículo 52 del Código Penal, entiendo que sus conclusiones resultan aplicables al tema bajo estudio.



A lo señalado debe sumarse, en relación a la oportunidad procesal en la que procede el cuestionamiento de la validez de las distintas normas que regulan la etapa de ejecución de este tipo de penas, que en razón de la modificación legislativa operada por parte de la ley 27.375, actualmente comparto el criterio propugnado por mi colega, el doctor Omar Palermo. Ello por cuanto el principio de legalidad que rige la determinación de la sanción penal, resulta también comprensivo del modo en que ésta debe ser ejecutada y su duración. Dicho de otro modo, entiendo que este mandato de certeza derivado del aludido principio, implica que el condenado al momento de tomar conocimiento de la imposición de una sentencia condenatoria, debe tener certeza no sólo del monto de la pena que se le impone, sino también de su modo de cumplimiento.

A diferencia de lo que ocurría hasta julio de 2017, actualmente las personas condenadas a prisión perpetua -salvo algunos delitos, poco frecuentes y ajenos todos ellos a la competencia ordinaria- no tienen acceso a los 35 años a la posibilidad de solicitar la libertad condicional -con su consecuente posibilidad de extinción de la pena-. Esto torna el agravio, que otrora podía ser considerado extemporáneo, absolutamente actual, por lo que su tratamiento en esta oportunidad resulta pertinente.

A mi juicio, la persona condenada debe tener desde el inicio el pleno conocimiento de los requisitos o presupuestos en base a los cuales se va a evaluar su evolución para ser beneficiaria de los distintos institutos que conforman el régimen progresivo de la pena receptado por nuestro ordenamiento jurídico. Dicho en otras palabras, este conocimiento *ab initio* del proceso de ejecución de la pena, es la motivación mínima y necesaria que debe tener toda persona en condición de encierro para iniciar un posible camino de rehabilitación.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el precedente «Hutchinson» señaló los riesgos que la falta de certeza o claridad en la perspectiva de liberación implican para el proceso de rehabilitación de la persona condenada a este tipo de penas. Particularmente, sostuvo que «[...] *los condenados a una pena perpetua tienen derecho a saber desde el principio qué es lo que deben hacer para ser considerados para la liberación y bajo qué condiciones*» (TEDH, «Hutchinson», párr. 44).



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

En este punto, y tal como se refiere en el voto que me precede, cabe señalar que la ley 26.200 introduce a nuestro ordenamiento sustantivo los delitos previstos en el Estatuto de Roma (genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión -art. 5º Estatuto de Roma-), los que por su incuestionable mayor contenido lesivo pueden considerarse los delitos de mayor gravedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, debe destacarse las contradicciones entre el régimen de ejecución de las penas a perpetuidad previstas para estos tipos penales, en donde se establece el régimen progresivo de la pena y, por ello, parece cumplir con los estándares establecidos en la materia, y los que son objeto de estudio, en donde las restricciones ya aludidas en esta etapa implican, para la mayoría de los casos, la definitividad del encierro. Resulta claro, entonces, que el diferente tratamiento contraría los distintos grados de disvalor jurídico que expresan las penas, a partir de la mayor o menor gravedad del contenido del injusto considerado por nuestro ordenamiento jurídico al momento de establecer la jerarquía entre los distintos bienes jurídicos tutelados.

En definitiva, estimo que el mandato resocializador implica que el condenado en un momento determinado de cumplimiento de la pena, debe tener la posibilidad de recuperar la libertad para confirmar el ideal de la reinserción, lo que virtualmente se imposibilita con la actual configuración del régimen de ejecución penal en relación la prisión perpetua, particularmente con las previsiones sobre acceso a la libertad condicional y otros institutos propios del régimen de ejecución de la pena.

Del mismo modo, comparto el criterio según el cual la posibilidad de acceder al régimen de libertad condicional transcurridos treinta y cinco años -lo que nuestro ordenamiento jurídico prevé para muy pocos delitos conminados con pena perpetua- tampoco se ajusta a los estándares convencionales en materia de ejecución de la pena.

Al respecto, señala con razón Landa Gorostiza que «[...] *es conocida en la doctrina la advertencia de que un máximo de cumplimiento efectivo superior a quince o veinte años de privación de libertad en centro cerrado podría dar lugar a un deterioro irreversible de la personalidad del interno*» (Landa Gorostiza, Jon-Mirena, «Prisión perpetua



y de muy larga duración tras la LO 1/2015:¿derecho a la esperanza?», Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pág. 2).

Por otra parte, este es el criterio que siguen países europeos, tales como Alemania e Italia, entre otros, en donde la prisión perpetua no es absoluta. Ello en tanto preven un régimen de progresividad en la ejecución de este tipo de penas, pudiendo –a modo de ejemplo- obtener el beneficio de la libertad condicional transcurridos quince años, en el caso del primero de los países nombrados, y de veinte años en el segundo.

Es decir, tanto las penas nominalmente perpetuas como las de prolongada duración resultan incompatibles con la dignidad humana y con el mandato constitucional y convencional de reinserción social del condenado en un Estado de Derecho.

c.- Breve referencia a las actuales condiciones carcelarias

A lo analizado hasta el momento, se le suma las condiciones materiales en que se ejecuta la pena privativa de la libertad en los distintos establecimientos carcelarios provinciales, lo que redundo, en la práctica, en un agravamiento de la pena. Una breve reseña de lo acontecido hasta el momento en materia carcelaria me permite sostener tal postura.

Como es sabido, en el ámbito local intervienen, desde hace más de una década y media, los organismos que integran el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, no sólo para la protección de la vida y la integridad de las personas detenidas ante la sobrepoblación y violencia carcelaria, sino también para asegurar los derechos a la educación y al trabajo, entre los aspectos que hacen posible los fines de readaptación ya referidos. Así, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas de Derechos Humanos han dispuestos medidas de diferente carácter en ejercicio de las funciones que les competen en tanto garantes de la protección de los derechos fundamentales en la región.

Entre ellas es dable destacar el Acuerdo de Solución Amistosa en el caso «Penitenciarias de Mendoza» (caso 12.532), celebrado en la ciudad de Asunción (Paraguay) el 11 de mayo de 2005. Este Acuerdo fue aprobado mediante Decreto provincial 2740 (12/10/2007), ratificado mediante ley provincial 7930 (B.O. 17/10/2008) y, finalmente, homologado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante Informe 84/2011.



En paralelo, sabido es que durante 6 años rigieron respecto de nuestras cárceles provinciales medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana (entre el 22 de noviembre de 2004 y el 26 de noviembre de 2010), destinadas especialmente a proteger la vida y la integridad de personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios de Boulogne Sur Mer y la Granja Penal Gustavo André. E incluso la misma Corte condenó a la República Argentina en sentencias emitidas en el marco de sus competencias jurisdiccionales por entender que las condiciones de detención padecidas en las cárceles mendocinas, analizadas desde el enfoque de derechos humanos, resultaban lesivas de derechos convencionales (en tal sentido, ver Corte IDH, *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, sentencia de 14 de mayo de 2013; pag. 39 y ss.*).

A su vez, la última intervención de la CIDH en materia carcelaria provincial se inició mediante el dictado de la Resolución 17/15 (14 de mayo de 2015), en la cual se ordenaron medidas cautelares sobre los Complejos Penitenciarios *Almafuerte y San Felipe*, gozando de plena vigencia hasta el día de la fecha. En este caso, la Comisión Interamericana estimó que se encontraba acreditada una situación de riesgo de los derechos a la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad en los referidos complejos penitenciarios. Precisó que la urgencia de la medida se encontraba justificada en virtud de haber existido «*un ciclo constante de supuestos hechos de violencia y un agravamiento de las condiciones de detención*». En virtud de ello dispuso medidas cautelares para ambos establecimientos carcelarios, tales como exhortar al Estado a adoptar las medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad personal para todas las personas presentes en ambos establecimientos, proveer condiciones de higiene y tratamientos médicos adecuados, tomar acciones para reducir el hacinamiento, entre otras medidas.

No obstante el mandato internacional, la CIDH realizó una visita de trabajo en la Provincia de Mendoza en junio de 2019 con el objetivo de supervisar la implementación de la medida cautelar otorgada a favor de los Complejos Penitenciarios de Almafuerte y San Felipe, como así también para dar seguimiento al Acuerdo de Solución Amistosa sobre las Penitenciarías de Mendoza. De las constataciones realizadas en estos centros penitenciarios la CIDH concluyó que «[...] *la persistencia de la sobrepoblación en las unidades penales, el cual sigue siendo uno de los principales factores generadores de problemas entre las*



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

personas privadas de la libertad que a su vez constituye en un serio obstáculo para el acceso a servicios y bienes básicos de forma adecuada y suficiente» (CIDH, Comunicado de prensa 157/19).

Por su parte, recientemente la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia dependiente de esta Suprema Corte de Justicia presentó ante esta instancia un informe que da cuenta de la situación actual del sistema carcelario. En el mismo señaló -entre otras falencias- la actual situación de sobrepoblación en los distintos establecimientos carcelarios (4.858 personas alojadas y 4.069 plazas -según los datos publicados por la Intranet del Servicio Penitenciario Provincial al día 14/09/20-). En virtud de ello y en cumplimiento de las obligaciones que nos competen como órgano supremo de este Poder Judicial, se emitieron decisiones mediante las cuales se dispusieron una serie de medidas tendientes a paliar la actual situación para las personas privadas de su libertad (en tal sentido, ver Acordada N° 29.510, *Acuerdo institucional entre la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa sobre la situación de las personas privadas de libertad en contexto de pandemia*).

De lo brevemente reseñado resulta claro, entonces, que si bien la intervención de los organismos interamericanos implicó una serie de cambios que se vieron reflejadas en las condiciones materiales de encierro, la actual situación carcelaria evidencia que ello no fue suficiente. Por el contrario, siguen presentándose vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

Al respecto, la Corte IDH tiene dicho que «[...] *quien sea detenido tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. Frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia» (Corte IDH, caso «Instituto de Reeducción del Menor» vs. Paraguay». Sentencia de 2 de setiembre de 2004, párrafos 151/152).*



Por su parte, la Comisión Interamericana estableció en sus Principios y Buenas prácticas sobre la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad en las Américas -aprobados por Resolución 1/08- que «*[t]oda 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*» (CIDH, Resolución 1/08, Principios y Buenas prácticas sobre la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad en las Américas, Principio I). Además, en el mismo instrumento la Comisión establece deberes de los Estados en materia de situaciones de hacinamiento (principio XVII) y demás pautas vinculadas con la protección de los derechos de las personas privadas de libertad -tales como salud, alimentación, trabajo, educación, entre otros-.

Así las cosas, entiendo que a lo ya analizado en el punto anterior debe añadirse una advertencia respecto de las condiciones en las que hoy, en efecto, se ejecutan las penas privativas de libertad en nuestra provincia -particularmente aquellas condenadas a perpetuidad-. Pues bien, resulta claro que surgen elementos que dan cuenta de un *déficit* en el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino tanto en los instrumentos legales como en las disposiciones que específicamente respecto de nuestro sistema carcelario provincial han dispuesto los organismos competentes de hacer efectivas las pautas convencionales. En conclusión, soy de la opinión de que ello no sólo implica el agravamiento de las penas para las personas en condiciones de encierro, sino también la posibilidad de que tal situación derive en un nuevo supuesto de responsabilidad internacional del Estado argentino por contrariar los compromisos asumidos.

d.- Conclusión

Conforme a lo expuesto en el punto a, entiendo que la pena de prisión perpetua *per se* no es inconstitucional ni inconvencional. En primer orden, porque no se encuentra prohibida por ningún precepto de la Constitución Nacional ni los instrumentos internacionales de la misma jerarquía normativa. En segundo orden, porque es el legislador quien tiene la facultad constitucional de establecer las consecuencias jurídicas de las conductas que considera ilícitas en el marco de una determinada política criminal y, en esa tarea, no se



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

advierte arbitrariedad en su imposición, en tanto existe una absoluta correspondencia entre la magnitud del injusto y la culpabilidad por el hecho, y la entidad del daño a los bienes jurídicos que se pretenden tutelar con esta especie de pena.

Sin embargo, y de acuerdo a las razones expuestas en los puntos b y c, entiendo que debe considerarse inconveniente la actual configuración del régimen de ejecución de las penas perpetuas para la mayoría de los delitos conminados con esta especie de sanción. Ello por cuanto el Estado argentino no garantiza *ab initio* de la etapa de ejecución de esta especie de pena, una expectativa jurídica y fácticamente posible de recuperar la libertad sobre la base de la revisión objetiva de su situación, incumpliendo con ello la finalidad convencional del castigo estatal, esto es, la readaptación social de las personas condenadas. A ello se suma que los principios y normas que dan base a las condiciones materiales en que las personas condenadas deberían cumplir su pena, tienen poca expresión en la práctica.

Del mismo modo, y en los casos en donde de forma excepcional se admita la posibilidad de acceder a la liberación anticipada mediante el instituto de libertad condicional, entiendo que el plazo de treinta y cinco años para intentar alcanzar tal beneficio, tanto por su duración como por las condiciones materiales de encierro ya referidas, desnaturalizan el objetivo resocializador y, por ello, tampoco cumple con los estándares internacionales en la materia.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, EL TRIBUNAL DIJO:

Corresponde omitir pronunciamiento sobre este punto, puesto que se ha planteado para el eventual caso de resolverse afirmativa la cuestión anterior.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

S E N T E N C I A P L E N A R I A

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, en acuerdo plenario,



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL

RESUELVE:

La pena de prisión perpetua prevista en el Código Penal argentino es constitucional.

Por su parte, la mayoría del Tribunal decidió,

1) Disponer que los jueces al momento de imponer condena no podrán exorbitar su competencia expidiéndose acerca del régimen de ejecución de la pena, en tanto es atribución privativa inicialmente de los jueces penales de primera instancia en función de ejecución penal.

2) Exhortar a la Honorable Legislatura de Mendoza a que debata y sancione lo más pronto posible la ley reglamentaria prevista expresamente en el inc. 5 del art. 128 de la CdeM, a fin de ordenar el procedimiento, establecer los casos, condiciones, tiempos y forma en que el derecho puede ser ejercido.

3) Exhortar al Poder Ejecutivo que rehabilite con los requerimientos actuales y carácter urgente la oficina de conmutación e indultos de penas o constituya una nueva, para asegurar un procedimiento ágil y eficaz que canalice satisfactoriamente los pedidos y su resolución.

4) Solicitar al Congreso de la Nación que evalúe la posibilidad de sancionar una ley que reglamente el derecho de los condenados a petitionar la conmutación o indulto de las penas impuestas.

5) Exhortar a los Colegios de Abogados de la Provincia para que informen y capaciten a sus integrantes acerca de las facultades correspondientes al ejercicio de derechos constitucionales referidas a la solicitud de indulto o conmutación de penas de las personas condenadas. Del mismo modo, exhortar a la Defensoría General para que instruya y capacite a los defensores en el sentido antes referido.

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE. CÚMPLASE.

DR. DALMIRO F. GARAY CUELI
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO
Ministro

DR. JULIO R. GOMEZ
Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. PEDRO J. LLORENTE
Ministro

DR. MARIO D. ADARO
Ministro

DRA. M. TERESA DAY
Ministro

Se deja constancia que los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, Pedro J. Llorente y M. Teresa Day conforman el voto mayoritario del Tribunal y los doctores Omar A. Palermo, Julio R. Gómez y Mario D. Adaro el voto minoritario. Secretaría, 30 de diciembre de 2020.



PODER JUDICIAL MENDOZA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA
SALA SEGUNDA - PENAL Y LABORAL