



Universidad de
San Andrés

Maestría en Derecho Penal

Reflexiones sobre nuestro actual catálogo de penas
Hacia una Adecuación Normativa en el Código Penal a la Luz de los Principios
Internacionales de Derechos Humanos

Autora: Agustina Orozco

DNI: 36.313.244

Tutora de tesis: Dra. Lourdes A. Basílico

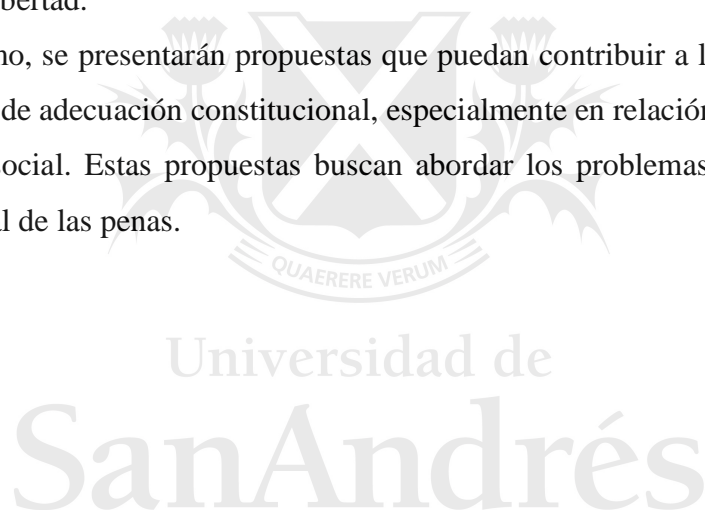
Buenos Aires, 5 de febrero de 2024

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo describir y analizar, desde una perspectiva histórica, aspectos relevantes sobre las penas reguladas por el actual Código Penal. Se parte de la base del catálogo de penas existentes previo a la entrada en vigor de este cuerpo normativo. Para ello, se examinarán sus orígenes y evolución a través de la óptica de la política criminal predominante en cada momento en que se introdujeron modificaciones legislativas significativas.

Es importante señalar que el enfoque de este trabajo se centrará en realizar un estudio detallado de las penas vigentes y sus principales problemáticas. El propósito es estimular el debate y proporcionar un punto de partida para un análisis más profundo de temas específicos. En particular, se prestará especial atención al estudio de la pena privativa de la libertad.

Por último, se presentarán propuestas que puedan contribuir a la reflexión sobre posibles formas de adecuación constitucional, especialmente en relación con el principio de reinserción social. Estas propuestas buscan abordar los problemas derivados de la regulación actual de las penas.



Índice

I. Introducción

II. La génesis de Código Penal Argentino

III. Los orígenes del artículo 5

III.1. Las penas en el Código de 1886

III.2. El actual artículo 5

IV. Diferencias entre las penas de prisión y reclusión

IV. 1. Los antecedentes de la distinción: las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto

IV.2. El proceso de reducción de las penas privativas de la libertad desde la sanción del Código Moreno

IV. 3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

V. La regulación de la pena perpetua en el CP y sus consecuencias

V.1. Las penas indeterminadas reguladas en el Código Penal de 1921 y sus problemas de convencionalidad

V.2. La pena materialmente perpetua por aplicación del artículo 14

V.3. Los problemas de convencionalidad de la pena materialmente perpetua por aplicación del artículo 14 del CP

V. Crisis de legitimación del sistema penal

VI. La pena de multa

VI.1. Ventajas e inconvenientes de la pena de multa

VI.2. Proyectos de reforma

VII. La pena de inhabilitación

VII. 1. Evolución en la legislación Argentina

VII. 2. La regulación en el Código Penal

VII. 3. Proyectos de reforma

VIII. Conclusiones

IX. Bibliografía

I. Introducción

Analizar un texto normativo desde su génesis es necesario para dotar de sentido a cada una de las decisiones adoptadas por el legislador. Por tal motivo, resulta relevante entender el contexto social, político y económico en el cual surgió una norma, ya que nos aporta herramientas para desandar todos aquellos problemas que pueden surgir a la hora de interpretar y aplicar la ley. En este sentido argumentaba Friedrich Karl von Savigny, quien consideraba que la génesis histórica de las leyes era esencial para su correcta interpretación y aplicación¹.

Además, resulta crucial comprender el propósito detrás de la sanción de la norma, es decir cuál fue la finalidad buscada con esa legislación. Para eso, será necesario identificar la política criminal preponderante al momento de su sanción, entendida como la forma en la que debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad.

Así es que, *“la Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. (...) Probablemente esta posición ambigua de la Política Criminal permita explicar el que todas sus tesis sean extremadamente discutidas y que la orientación dominante cambie con bastante frecuencia. La historia se mueve, si se puede decir así, más deprisa en el ámbito de la política criminal que en el campo de la dogmática jurídica”*². Sin embargo, a pesar de su naturaleza cambiante, su respuesta no debería limitarse a cuestiones coyunturales.

Ahora bien, independientemente del fin que se le asigne a la pena³, los tipos de respuesta punitiva que establece cada ordenamiento penal, junto con el grado de

¹ SAVINGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual* (Traducción a cargo GUENOUX), F. GONGORA Y COMPAÑÍA EDITORES, Madrid, 1879.

² ROXIN, *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. (Traducción a cargo BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE), Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992; p. 9.

³ La discusión sobre el fin de la pena constituye un debate de suma importancia en cualquiera de los niveles de análisis del derecho penal. Sin embargo, por cuestiones de extensión su estudio no podrá ser incluido en el presente trabajo. Asimismo, considero fundamental a la hora de una eventual reforma integral del Código Penal llegar al consenso necesario (en relación con la finalidad de la pena que se adopte) a fin de materializar esa finalidad en la norma. En ese sentido, en la expresión de motivos presentada junto con el proyecto de 1917, Moreno (h) manifestó que “las penas son eficaces cuando alcanzan el fin que la justicia humana se ha propuesto. Respecto a ese fin no hay uniformidad de opiniones. Unos piensan que es la

aplicación de estas y su efectivo control, son el eje central de la política criminal que adopte el Estado. Ya que los objetivos perseguidos por un país que establece penas de encierro de hasta cincuenta años no son los mismos que otro en el cual la pena máxima privativa de libertad no supere los diez años; al mismo tiempo que no pueden identificarse como similares ordenamientos normativos que establezcan dentro de su catálogo de penas a la pena de muerte, con aquellos que la han abolido en todas las circunstancias. Motivados en el papel preponderante que se le debe dar al estudio de las formas de aplicación por parte del estado de poder punitivo y a través de los lineamientos indicados precedentemente —contexto histórico y política criminal— se analizará el catálogo de sanciones incorporadas en el Código Penal (CP) vigente, a fin de dilucidar cuál es su grado de aplicación actual, como así también identificar sus principales problemáticas.

Ya en 1922, año en que se sancionó dicho cuerpo normativo, Moreno (h) manifestó la necesidad de establecer un catálogo de penas que refleje los ideales de una nación democrática, respetuosa de los derechos individuales de sus habitantes y con objetivos de posicionarse como referente en materia económica, intelectual y cultural. Sin embargo, tras la incorporación de más de 130 reformas parciales —que, como se verá más adelante, en su mayoría no siguieron la lógica de los pactos internacionales de derechos humanos a los cuales nuestro estado adhirió a lo largo de los más de 100 años de vigencia del actual CP— en la actualidad nuestra legislación en materia penal carece de una lógica funcional y coherente para el abordaje de diferentes situaciones; al mismo tiempo que vulnera garantías básicas como la prohibición de aplicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes, o incluso dejan de lado por completo a la resocialización como finalidad esencial de la pena privativa de la libertad.

Es así que, en lo relativo al catálogo de penas establecido en el artículo 5⁴, nos encontramos actualmente frente a un código que habilita la aplicación de penas de por vida, promueve la aplicación de penas de encierro que alcanzan hasta los 50 años, y desalienta la aplicación de penas menos restrictivas de derecho por carecer de una correcta regulación para su concreta aplicación. Esta coyuntura nos alerta sobre la urgencia de indagar en la materia y proponer posibles soluciones que busquen armonizar nuestra legislación penal con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.

prevención de los delitos o la intimidación; otros la regeneración del culpable, y otros la expiación. La pena para alcanzar el fin social, debe producir diversos efectos”.

⁴ Artículo 5, Código Penal: Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

II. La génesis de Código Penal Argentino

El primer Código Penal de la Nación, que data del año 1886, fue sancionado mediante la ley nro. 1.920, ese cuerpo normativo tenía como origen el *Código Tejedor de 1865*⁵; y en lo que respecta a la penas que establecía se caracterizó por un extenso catálogo que contaba con más de una docena de respuestas punitivas.

Poco después de su sanción, en el año 1890, se nombró la primera comisión para la redacción de un nuevo texto integrada por José Nicolás Matienzo, Norberto Piñero y Rodolfo Rivarola. Sin perjuicio de haberse logrado en esa oportunidad un proyecto con una gran técnica legislativa, que se caracterizaba por el alto nivel de análisis de legislación comparada, no logró el consenso suficiente para convertirse en ley, siendo objeto de numerosas críticas por los doctrinarios de la época.

Así fue que, en el año 1904, se creó una nueva comisión de reforma integrada por Piñero, Rivarola (que habían conformado la primera comisión), Cornelio Moyano Gacitúa, Diego Saavedra, José María Ramos Mejía, Francisco Beazle y José Luis Duffy, conformando así un grupo de tres juristas, un juez, un interventor federal, un médico y un oficial mayor de la Secretaría de Policía⁶. El proyecto fue presentado en el año 1906, y al igual que lo ocurrido con el proyecto presentado por comisión conformada en 1890, no consiguió alcanzar su tratamiento por la comisión del Senado de la Nación por las fuertes críticas que recibió.

Para el año 1916 el diputado Rodolfo Moreno (h), utilizando de base el proyecto de 1906, pero con algunas variantes trascendentales —como la eliminación de la pena de muerte— presentó su propio proyecto. El cual en el año 1917 se puso a consideración ante la Cámara de Diputados, donde fue aprobado a libro cerrado. Ese mismo año pasó para su tratamiento a la Comisión de Códigos del Senado, y para fines de 1920, tras más de dos años de análisis, fue aprobado en general por el Senado. Al tratarse en particular se introdujeron modificaciones, entre las que se destacó el restablecimiento de la pena de muerte. Después de insistir una y otra cámara en sus respectivas propuestas, prevaleció la de Diputados por su carácter de Cámara iniciadora (solo se aceptaron algunas ligeras

⁵ Carlos Tejedor fue designado en el año 1864 por el Poder Ejecutivo de la Nación para la redacción del primer proyecto de Código Penal. Este código se inspiró en el Código Baviera del año 1813. Sin perjuicio de no haber obtenido sanción del Congreso de la Nación, de a poco se fue convirtiendo en Código Penal en todas las provincias del país, con la excepción de la provincia de Córdoba.

⁶ FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998. p. 71.

reformas del Senado)⁷. El proyecto originalmente presentado por Moreno (h) fue aprobado el 30 de septiembre del año 1921, entrando en vigencia el 29 de abril del año siguiente a través de la sanción de la ley 11.179.

Desde ese momento a la actualidad se han conformado más de una docena de comisiones de reforma integral del Código Penal, pero hasta la fecha ningún proyecto ha llegado a tener estado parlamentario, *“por el contrario y de manera parcial, el Código Penal ha sido objeto de numerosas modificaciones que, poco a poco, fueron haciéndole perder el carácter orgánico, su orden racional, sistemático, proporcional y su homogeneidad—determinada por el art. 75 inc. 12 de nuestra Constitución Nacional. En efecto, nos encontramos en estos días, ante una decodificación absoluta de la legislación penal argentina”*⁸.

Luego de este breve recorrido por el desarrollo histórico y parlamentario se puede observar que esta materia ha traído siempre complicaciones en su consenso. Los procesos de reforma no solo son largos, sino que también dependen de una multiplicidad de factores. Cuestiones sociales, políticas e incluso económicas se ven reflejadas a la hora de encarar un nuevo proyecto. Sumado a esto, muchas veces los debates jurídicos y la técnica legislativa se ven apartadas del foco de discusión, a fin de responder a intereses coyunturales. En ese sentido, vemos cómo abalados por el discurso de una política criminal con foco en la seguridad, se incorporan modificaciones al sistema penal que solo responden a esos parámetros.

Así fue como los problemas en la obtención del consenso necesario para la sanción de un nuevo código y la influencia de los medios masivos de comunicación se tradujeron en cientos de modificaciones parciales⁹. Las cuales llevaron a que en la actualidad nuestro Código Penal carezca de una lógica funcional y coherente para el abordaje de diferentes situaciones.

En este sentido, es fundamental insistir en la necesidad de una reforma integral, lo cual, a mi entender, es la mejor forma de respetar los ideales expuestos por el

⁷ Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, Orden del Día n° 63, 9 de noviembre de 1917.

⁸ BORINSKY / PASCUAL, *A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h)*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, febrero de 2018, (<https://www.amfjn.org.ar/2018/02/21/a-100-anos-del-proyecto-del-vigente-codigo-penal-de-rodolfo-morenoh/>; última visita: 15 de octubre de 2023).

⁹ Conforme la información obrante en la página de información legislativa del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos, la ley 11.179 ha sido modificada directamente por 137 leyes y decretos. Asimismo, se estima que entre modificaciones directas e indirectas el total se eleva a más de 900.

codificador de 1921, ya que dentro de su de motivos Moreno (h) insistió en la necesidad de dar fin a las incongruencias en las que había caído el texto de 1886 por las múltiples reformas parciales que había sufrido.

III. Los orígenes del artículo 5

III.1. Las penas en el Código de 1886

El Código Penal de 1886 en general, y particularmente la normativa relacionada con las penas se vio fuertemente influenciado por el *Código Tejedor de 1865*¹⁰. En ese cuerpo normativo se establecía un sistema de escalas penales, en miras de otorgar a la autoridad judicial un margen para determinar el nivel de afectación al bien jurídico, así como también para graduar la pena conforme la medida de la reprochabilidad en virtud de las circunstancias atenuantes y agravantes expresamente reguladas.

Siguiendo estos lineamientos, en el artículo 54 del CP de 1886 estableció un catálogo constituido por nueve tipos de penas. Las cuales se podían clasificar “*en tres grupos: las corporales, las privativas del honor y humillantes, y las pecuniarias*”¹¹. Estas penas eran las de muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, deportación, destierro, inhabilitación y multa¹². Pero el catálogo de penas no se limitaba a lo establecido en el artículo antes citado, en tanto que se regulaba en la parte especial otras penas que podrían ser identificadas como penas accesorias ante la comisión de delitos especiales.

Asimismo, a las nueve penas principales establecidas por el artículo 54, se le agregaban penas particulares reguladas en la parte especial del código. Por ejemplo, la agravante que establecía el artículo 154 para el delito de alteración del estado civil de las personas¹³ reprimía a los individuos que sean familiares de la víctima con la pérdida de las ventajas legales derivadas del parentesco, esto es la de desheredación y la de pérdida del derecho a pedir alimentos. Por su parte, el artículo 170 castigaba con la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad a los autores de amenazas. La pena de destitución

¹⁰ Carlos Tejedor fue designado en el año 1864 por el Poder Ejecutivo de la Nación para la redacción del primer proyecto de Código Penal. Este código se inspiró en el Código Baviera del año 1813. Sin perjuicio de no haber obtenido sanción del Congreso de la Nación, de a poco se fue convirtiendo en Código Penal en todas las provincias del país, con la excepción de la provincia de Córdoba.

¹¹ MORENO, *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A. Tomassi, 1922. Tomo 1, p. 307.

¹² El art. 7 de la ley 4.189 introdujo una modificación en el art. 54, el cual quedó redactado de la siguiente forma: “Las penas que este Código establece son las siguientes: muerte, presidio, penitenciaría, prisión, arresto, deportación, destierro, inhabilitación, multa”.

¹³ El delito de alteración del estado civil de las personas estaba tipificado en el artículo 151.

también aparecía mencionada en la parte especial del código, y se imponía a los empleados que no combatieran la sedición, conforme a lo establecido en el artículo 232. Por último, el artículo 233 establecía el servicio de las armas a los ejecutores del delito de sedición.

En virtud del catálogo de penas establecido en el artículo 54, y lo que se desprende de la redacción de la parte especial, la clasificación original de las distintas penas podría completarse de la siguiente manera:

a. Penas corporales: pena de muerte, presidio, penitenciaria, destierro, confinamiento, prisión y arresto.

b. Penas privativas del honor y humillantes: inhabilitación, destitución, suspensión, retractación, sujeción a la vigilancia de la autoridad y represión.

c. Penas pecuniarias: multa, caución, comiso, costos y gastos.

III.2. El actual artículo 5

En el Código Penal de 1886 se podían identificar al menos diecisiete tipos de penas diferentes, número que se vio drásticamente reducido con la sanción del actual código penal, el cual redujo el catálogo de penas a menos de un cuarto de las establecidas anteriormente.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, presidida por Moreno (h), al momento de presentar su anteproyecto de código penal, manifestó expresamente que el catálogo de penas se vería reducido a fin de resguardar los principios de divisibilidad, posibilidad de reparación y efectiva implementación. En ese sentido expresó que:

“Los criterios generales que informan al Proyecto están explicitados en su exposición de motivos y son los siguientes:

1° Que el número de penas debe reducirse, porque es innecesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos;

2° Que debe tenderse a la individualización de la pena, en vista de que cada caso es diferente, debiendo estudiarse el hecho, sus circunstancias, y el sujeto, para apreciar el peligro social que representa el delincuente;

3° Que conviene consignar penas elásticas y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicarlas dentro de términos extensos; (...)¹⁴.

¹⁴ Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1917). Exposición de motivos. p. 203.

En similar sentido se había expresado previamente Rodolfo Rivarola, en su exposición crítica al Código Penal de 1886, en donde manifiesta que:

“Dada la infinita variedad de circunstancias con que el delito se produce, debe ser la divisibilidad de las penas otra de sus condiciones primordiales. De otra manera resulta una verdadera desigualdad que, pugnando con las nociones de equidad y de justicia, perjudica la aplicación de la ley (...) Otra de las condiciones de las penas, y de que está absolutamente privada la pena de muerte, es la de ser remisibles o revocables. [Mientras que las pruebas sean susceptibles de imperfección, dice Bentham, mientras que, las apariciones puedan ser engañosas, mientras que los hombres no tengan algún carácter cierto para distinguir lo verdadero de lo falso, una de las primeras seguridades que se deben recíprocamente, es no admitir sin una necesidad demostrada, penas absolutamente irreparables: ¿no se ha visto reunirse contra un acusado todas las apariciones del delito, a pesar de lo cual luego se demostró su inocencia, cuando ya no podía hacerse mas que gemir sobre los errores de una precipitación presentada?](...) Puede afirmarse en absoluto que solo las penas pecuniarias son reparables; pero las penas privativas de la libertad si bien no son totalmente reparables lo son parcialmente, y de esto deriva su superioridad sobre la pena de muerte”¹⁵.

Siguiendo esos lineamientos, el código de 1921 reemplazó el extenso catálogo de penas por, únicamente, dos penas privativas de libertad ambulatoria: la prisión y la reclusión. Sumada a estas se mantuvieron las penas de multa e inhabilitación, quedando redactado el artículo 5 de la siguiente forma: “Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.”

El hecho de que un código en materia penal establezca más de una docena de respuestas punitivas, como lo hacía el código de 1886, no necesariamente se traduce en una mejor respuesta del Estado frente al delito. Esto es así ya que la efectividad de las penas no radica en su cantidad, sino en que éstas, independientemente del tipo de que se trate, se cumplan efectivamente y bajo los parámetros establecidos por la ley. Es que, si

¹⁵ RIVAROLA, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina de 1886*, Felix Lajouane, 1890, pp. 287-383.

diferentes penas, como era el caso de las penas de presidio y penitenciaría, se ejecutan de la misma forma, ningún sentido tiene su aplicación, limitándose únicamente a los efectos del dictado de la sentencia condenatoria y al imaginario¹⁶ de que por el orden en el cual fueron introducidas en el código una –la primera– en más grave que la otra. Más aún si tenemos en cuenta que ese código habilitaba tanto en los casos de penas de presidio y penitenciaría que se apliquen por tiempo indeterminado, como así también con carácter de pena temporal; estableciendo en este último supuesto una escala penal con un mínimo de tres años y un máximo de quince para ambos tipos de penas.

IV. Diferencias entre las penas de prisión y reclusión

IV. 1. Los antecedentes de la distinción: las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto

Desde el proyecto Tejedor y hasta la sanción del Código Penal en 1921, el proceso legislativo nacional en materia de respuestas punitivas se caracterizó, como analizamos previamente, por su amplia variedad de penas.

El código penal que tuvo como base el proyecto Tejedor establecía cuatro penas privativas de la libertad, estas eran las penas de presidio, penitenciaría, prisión y arresto. A diferencia del arresto y la prisión, las penas de presidio y penitenciaría constituían penas severas e infamantes cuyo cumplimiento importaba realizar trabajos forzosos y, en el caso de la pena de presidio, la exhibición pública de esos trabajos.

La pena de presidio, regulada en el código de 1886 entre los artículos 61 a 64, se caracterizaba por la afectación de quien recibía la condena a trabajos duros y forzosos a favor del Estado, no pudiendo ser estos trabajos para particulares, más la inhabilitación absoluta, junto con la interdicción civil. Asimismo, se condicionaba el agotamiento de la pena a un periodo de cinco años de vigilancia estatal. Una particularidad del Código Penal de 1886, era la posibilidad de intensificar la pena en los aniversarios del hecho por el cual la persona había sido condenada, a través de la reclusión en solitario durante un mes.

Por su parte, la pena de penitenciaría (artículos 65 a 67 del Código Penal de 1886) se caracterizaba por la instauración de trabajos forzosos; y podía ser intensificada, al igual

¹⁶ El código de 1886 no establecía una cláusula como la del artículo 57 del código vigente, por la cual se establece que el orden en el cual fueron incorporadas las penas al artículo 5 establecen su gravedad.

que la pena de presidio, con la posibilidad de que en los aniversarios del hecho se pueda recluir a la persona condenada en solitario por un máximo de veinte días.

Entre los artículos 68 a 69 del código de 1886, se encontraba regulada la pena de prisión, que a diferencia de las pena de presidio y penitenciaría, no permitía la imposición al condenado o condenada de trabajo alguno, ni la reclusión en solitario; limitándose a privar a la persona condenada del goce del derecho a la libertad ambulatoria.

La pena de arresto se encontraba regulada en el artículo 70 de ese cuerpo normativo. Al incorporarse en último lugar dentro de las penas privativas de la libertad podría considerarse como la más leve. Sin embargo, en la práctica esa pena no tenía ninguna diferencia trascendental con la pena de prisión, ejecutándose de la misma forma e incluso en los mismos lugares de detención. Las únicas dos diferencias entre estas penas se encontraban por un lado en las escalas penales, que en el caso del arresto no podía exceder en ningún caso de un año. Mientras que por otro lado, la pena de arresto, cuando era aplicada a una *mujer honesta y a las personas ancianas o valetudinarias*¹⁷, habilitaba la posibilidad de que se ejecute en el domicilio de la persona condenada.

Asimismo, la prisión preventiva se contabilizaba de manera especial para cada uno de estos tipos de pena, conforme lo regulado en el artículo 49 de ese cuerpo normativo¹⁸, estableciendo así no solo distinciones en su etapa de ejecución, sino también consecuencias jurídicas distintas emanadas del proceso judicial.

Las cuatro penas concebidas en el Código Tejedor fueron recogidas, mayormente, por los proyectos posteriores, pero con algunas variaciones¹⁹. Desaparecerían los trabajos forzados y, a partir del proyecto de 1891, la nómina había quedado reducida a las penas de presidio y penitenciaría, con la sola excepción del proyecto de 1906, que llamaría prisión a la penitenciaría y restablecería la pena de arresto.

Durante el proceso legislativo previo a la sanción de la ley 11.179, bajo las mismas denominaciones, las distintas penas fueron mutando sus implicancias punitivas, atemperando su severidad y –por vía de supresión o subsunción– menguando y simplificando el catálogo de sanciones.

¹⁷ Cfr. art. 70 del código de 1886.

¹⁸ “(...) El tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido el condenado, se le computará: por tres días de prisión, uno de presidio; por dos días de prisión, uno de penitenciaría; por uno de prisión, otro de la misma pena; por dos días de arresto, uno de prisión; y por uno de esta pena, cuatro pesos de multa.”

¹⁹ Cfr. art. 54 del proyecto de Villegas, Ugarriza y García de 1881; art. 54 del Código Penal de 1886; art. 9 del proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo de 1891; art. 44 del proyecto de Segovia de 1895 y art. 4º del proyecto de Código Penal de 1906.

IV.2. El proceso de reducción de las penas privativas de la libertad desde la sanción del Código Moreno

El código penal que tuvo como base el anteproyecto de Moreno (h) optó por no incluir las penas de presidio ni la de penitenciaría, reduciéndose las penas privativas de libertad ambulatoria a la reclusión y la prisión (artículo 5), estableciéndose que la primera sea más gravosa que la segunda (artículo 57)²⁰. La única referencia que subsiste en el Código Penal, al día de hoy, respecto de las penas de presidio, penitenciaría y arresto es la que realiza el artículo 316, que establece su equiparación (respecto de leyes especiales que contuvieran estas penas y no hubiesen sido derogadas) con la reclusión para los casos de presidio y penitenciaría, y con la prisión para el caso de arresto²¹.

A fin de regular concretamente esta diferencia, el Poder Ejecutivo —por decreto de fecha 29 de noviembre de 1922— dispuso “que los condenados a reclusión por los tribunales nacionales y de la capital y territorios, cumplirían esa pena en la cárcel de Tierra del Fuego”²², mientras que las personas condenadas a pena de prisión serían alojados en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, ubicada en la calle Las Heras.

De esta forma, en sus orígenes, la pena de reclusión resultaba ser mucho más severa que la pena de prisión. El carácter infamante se manifestaba en la posibilidad de trabajos públicos, por lo cual, el castigo que recibía el reo era, indudablemente, mucho mayor.

Pero el 10 de octubre de 1924, a poco más de dos años de entrada en vigencia del código, otra normativa presidencial determinó que tanto la pena de reclusión como la de

²⁰ En ese sentido, la comisión especial de legislación penal y carcelaria manifestó qué: “El código vigente enumera cuatro clases de penas de encierro: presidio, penitenciaría, prisión y arresto. Dichas penas se diferencian poco o nada, si se tiene en cuenta la manera de cumplirlas. **En casi todas nuestras cárceles se encuentran juntos las personas condenadas a presidio, penitenciaría, prisión y arresto**, y, en muchos casos, juntos con los penados se colocan los procesados y aun los infractores. Estos inconvenientes se deben a la falta de establecimientos y la circunstancia de la escasez de cárceles de jurisdicción provincial, no teniendo muchos de los Estados federales elementos para construirlas, ni conveniencia de hacerlo, por el escaso número de penados destinados a ocuparlas. **Desde el momento que esas penas se cumplen, y desde que esa situación se mantiene a pesar del Código y a contarse desde su vigencia, parece inadecuado insistir en ellas, pues como dice la exposición de motivos de 1906, no hay objeto en mantener cosas inútiles.** Sin embargo, si tales penalidades fueran convenientes y si la doctrina y el ejemplo extraño, ya que el nuestro no lo podemos invocar, nos demostrara que era necesario conservarlas, sería preciso hacer el esfuerzo y crear los establecimientos requeridos. El movimiento científico y la experiencia ajena, nos dicen que esas divisiones de la pena de encierro con nombres diferentes, no representan ninguna ventaja, tendiéndose a la reducción de las mismas en todas partes” (el destacado me pertenece).

²¹ “(...) Las penas de presidio y penitenciaría que establecen las leyes especiales no derogadas por este código, quedan reemplazadas por la de reclusión y las de prisión y arresto por la de prisión.”

²² SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Bs. As., 1999, tomo 2, p. 430.

prisión se podían cumplir en la penitenciaría de la calle Las Heras²³. De esta manera, se estaba dando un tratamiento homogéneo a ambas penas, propugnando así su fusión, situación que se intensificó en el año 1933 con la sanción de la ley 11.833 por la cual se estableció un sistema de ejecución de penas progresivo, que no reconocía distinciones entre la prisión y la reclusión cuando la pena fuera de tres años o más²⁴.

En este sentido, el decreto ley nro. 412 del 14 de enero de 1958, conocido como Ley Penitenciaria Nacional, ratificado por la ley 14.467, estableció virtualmente la unificación del régimen carcelario para todo el país, ya que suprimió el trabajo forzado y el confinamiento, eliminando así la única distinción aún vigente entre las penas de reclusión y prisión.

Un paso más en este sentido fue dado con la sanción de la ley 24.660²⁵ —Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad—, cuerpo normativo que buscó reflejar la reforma constitucional de 1994, por la cual, entre otras cuestiones, se prohibía la aplicación de penas como la de reclusión al vedar la aplicación de penas crueles, infamantes o inusitadas²⁶ y se establecía a la resocialización como la finalidad esencial de la pena²⁷. De esta forma fue que se eliminó toda distinción en el tratamiento de ambos tipos de pena.

De lo expuesto, surge que la pena de reclusión no logró concretarse nunca en la realidad de la forma que lo planteaba el código de 1921, o al menos no con el alcance que se entiende que una reforma buscaría lograr²⁸.

²³ NEUMAN, “Artículos 5º/11”, en: Baigún, David. Zaffaroni, Eugenio (dir.). Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo I, p. 119/120.

²⁴ Ley 11.833, artículo 11: “En los establecimientos penales de Nación, **cualquiera que sea la pena y, siempre que ésta fuera de tres años o más**, se aplicará un régimen progresivo dividido en los cinco grados siguientes (...)” (el destacado me pertenece).

²⁵ Ley 24.660, Promulgada el 8 de julio de 1996 y publicada en el Boletín Oficial el 16 de julio de 1996.

²⁶ Artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Incorporado al bloque de constitucionalidad a través del inc. 22, art. 75, de la Constitución Nacional.

²⁷ Artículos 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Incorporados al bloque de constitucionalidad a través del inc. 22, art. 75, de la Constitución Nacional.

²⁸ En este sentido, Elías Neuman manifestó que: “Es probable que donde hubiese podido concretarse la penalidad de reclusión, con los efectos señalados en el Código Penal fuese en el Penal de Sierra Chica, a 340 kms de la Ciudad de Buenos Aires, emplazado desde el año 1882 muy cerca de Olavarría. Tenía una superficie aproximadamente de 130 hectáreas, el sistema concebido con características auburnianas aunque en sus celdas convivieron hasta tres reclusos y la principal explotación fueron las canteras de granito que se trabajaban a pico y pala. Más de 400 hombres se ocupaban de estos duros trabajos con miserables retribuciones. Cinco lustros atrás podía véseles con sus trajes a rayas con números, las cabezas rapadas y vigilados por guardias armados y perros adiestrados”. Neuman, Elías, “Artículos 5º/11”, en: Baigún, David. Zaffaroni, Eugenio (dir.). Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo I, p. 121.

Sin perjuicio de que en la práctica las penas de reclusión y prisión hayan sido virtualmente unificadas, y no existan diferencias en su ejecución, no solo la primera de estas sigue estando dentro del catálogo expresamente establecido por el artículo 5, sino que también a lo largo de todo el Código se mantienen otras diferentes. Por ejemplo, se establece en la parte general del código un cómputo especial en relación con el tiempo sufrido en prisión preventiva²⁹ y escalas penales diferentes en los casos de tentativa³⁰ y en algunos supuestos de participación criminal³¹. Asimismo, la parte especial del código, al regular el homicidio en emoción violenta y el homicidio preterintencional³², establece diferentes escalas penales según el delito sea reprimido con pena de prisión o reclusión.

IV. 3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en al menos dos oportunidades, ha sentado su postura en relación con esa temática, estableciendo la derogación tácita de la pena de reclusión. En el fallo “Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado” de fecha 22 de febrero de 2005³³, la discusión versó sobre los reglas de cómputo de pena en relación con la prisión preventiva establecidas en el artículo 24. En esa ocasión, nuestro máximo tribunal estableció que *“la pena de reclusión debe considerarse virtualmente derogada por la ley 24.660 de ejecución penal puesto que no existen diferencias en su ejecución con la de prisión, de modo tal que cada día de prisión preventiva debe computarse como un día de prisión, aunque ésta sea impuesta con el nombre de reclusión”*³⁴.

²⁹ El artículo 24 establece que la prisión preventiva se computará de la siguiente manera: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre pesos treinta y cinco y pesos ciento setenta y cinco.

³⁰ El artículo 44, CP, establece: “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. **Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.**” (el destacado me pertenece).

³¹ El artículo 46 del Código Penal establece: “Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. **Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.**” (el destacado me pertenece).

³² El art. 81, CP dice: “1º Se impondrá **reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:**

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.” (el destacado me pertenece)

³³ CSJN “Méndez, Nancy Noemí s/ homicidio atenuado”, 22 de febrero de 2005 (Fallos 328:137).

³⁴ Ídem anterior. Considerando nro. 8 del voto de la mayoría.

En similar sentido se manifestó nuestro máximo tribunal en el precedente, “Miranda, Guillermo s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad” del 26 de diciembre de 2019³⁵. En esa oportunidad, la controversia versó en relación con la ley 24.390, específicamente en torno a la aplicación del artículo 7° por el cual se establecía que transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1 para las prisiones preventivas, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión. El análisis realizado por la Corte fue mucho más profundo, centrándose en dos premisas:

“a: aunque el legislador no define en el Código Penal lo que entiende por reclusión y por prisión, lo que sí hace es diferenciarlas al momento de establecerlas como tipos sancionatorios, asignándoles consecuencias disímiles, por lo que cabe entender que para aquel se trata de instituciones distintas, pues no es propio de la rigurosidad de la ley escrita denominar a lo mismo con dos nombres diferentes, salvo que así se lo indique expresamente; y

b: asumiendo que la diferencia entre reclusión y prisión fuera ontológica, no cabría igualarlas por factores coyunturales ajenos a la norma (tales como las condiciones concretas del alojamiento de los encausados o las limitaciones del sistema penitenciario), pues si se actuara de este modo se estaría subordinando la aplicación de la ley a la predisposición del poder administrativo.

Dicho de otro modo: si la reclusión es algo distinto de la prisión, habrá que analizar en qué consiste esa diferencia y, logrado esto, indagar si aquella institución encuentra sustento jurídico en el ordenamiento constitucional vigente.”

El cómputo diferenciado de la prisión preventiva, conforme fuera concebido por el codificador en 1921, respondía directamente a la diferencia que existía en la ejecución penitenciaria entre ambas penas. En este sentido, y mediante la fórmula incorporada en el artículo 24, se reconocía que un día de prisión preventiva se correspondía a un día de cumplimiento de pena de prisión, por tratarse del mismo régimen penitenciario, pero exigía dos días de prisión preventiva para dar por cumplido un día de pena de reclusión, en función a la mayor severidad que el Código Penal había previsto para la pena de reclusión; así la norma estipulaba una especie de compensación. La racionalidad detrás del cómputo diferenciado del tiempo cumplido en prisión preventiva respondía a las

³⁵ CSJN “Miranda, Guillermo s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad”, 26 de diciembre de 2019 (Fallos 342:2362).

diferencias que se habían previsto para la ejecución de cada pena, es decir, a la mayor rigurosidad del régimen penitenciario de la reclusión. Sin embargo, dado que en la actualidad *“no se distingue legalmente el encierro del recluso del encierro del preso, pierde toda razón de ser la diferencia prevista para computar el tiempo cumplido en prisión preventiva por los penados a reclusión, y ello incluye las diferencias pautadas en el cómputo privilegiado del artículo 7° de la ley 24.390”*³⁶.

En este sentido, los últimos proyectos de reforma integral del código penal plasman la postura adoptada por nuestro máximo tribunal. El Proyecto de Código Penal de la Nación Argentina del año 2014, establece en su artículo 17 el catálogo de penas, el cual se circunscribe a las penas de prisión, multa e inhabilitación. Por su parte, el último proyecto de reforma integral, presentado en el año 2019, elimina también la pena de reclusión, quedando el artículo 5 redactado de la siguiente forma: *“Las penas que este Código establece con respecto a las personas físicas son prisión, multa e inhabilitación. Las penas respecto de las personas jurídicas son las establecidas en el artículo 39 de este Código. Las penas serán de cumplimiento efectivo, salvo en los supuestos en los que expresamente este Código disponga lo contrario”*.

Podemos concluir entonces que, la intención perseguida por los últimos proyectos de reforma es correcta. Al adoptar la postura sentada por la Corte, se respeta lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad, los cuales vedan la posibilidad de aplicar penas crueles, inhumanas, y degradantes, características intrínsecamente vinculadas con la pena de reclusión (conforme surge del análisis efectuado en los puntos IV.1 y IV.2).

Este es el sentido que debería adoptar cualquier futura reforma integral al Código Penal, ya que, independientemente del tipo de penas que se incluyan, estas deberán, no solo responder a los nuevos principios incorporados con la reforma constitucional de 1994, sino que también limitarse a aquellas para las cuales efectivamente se establezca una modalidad especial para su ejecución, a fin de evitar incurrir en incorporaciones que no se materialicen.

³⁶ Ídem anterior.

V. La regulación de la pena perpetua en el CP y sus consecuencias

Antes de adentrarnos en el análisis de las penas perpetuas, es importante precisar el significado de este término, ya que lo que comúnmente se conoce como pena perpetua no se corresponde exactamente con lo establecido en el código penal vigente.

La palabra "perpetuo" proviene del latín "perpetuus", que significa "continuo", "constante", "ininterrumpido" o "eterno". Esta raíz latina se formó a partir de la combinación del prefijo *per* (que significa "a través de" o "continuo"), el verbo *petere* (que significa "buscar" o "ir hacia") y el sufijo *uus* (que indica relación) lo que en conjunto da lugar a la idea de algo que se mantiene a lo largo del tiempo sin interrupción o cambio. Así que, etimológicamente, "perpetuo" se refiere a algo que es constante, continuo o ininterrumpido en el tiempo, y esta noción se ha mantenido en su significado a lo largo de las diferentes etapas del idioma y su evolución hasta la actualidad.

La definición tradicional de pena privativa de la libertad perpetua se asocia directamente con dicho significado. Es decir que una pena perpetua pareciera ser aquella en la que la persona no recupera nuevamente su libertad con posterioridad al dictado de la sentencia condenatoria. En estos términos, cualquier pena que establezca alguna modalidad de agotamiento, independientemente del plazo o condiciones a los que se someta, no podría ser considerada como perpetua.

El código penal sancionado mediante la ley 11.179 no utiliza la denominación *pena perpetua* de la misma manera que la explicada previamente; sino que refiere a un tipo de pena que se caracteriza por no poseer un vencimiento fijo, y que, solo ante determinadas circunstancias expresamente establecidas por la norma, se convertirá, de hecho, en una pena materialmente perpetua. Es decir, con los alcances explicados en el párrafo precedente. Esta distinción es fundamental para comprender adecuadamente el alcance y las implicaciones de las penas perpetuas en nuestro sistema jurídico, como así también para analizar si estas se adecúan o no a los estándares que emanan de nuestra constitución nacional.

Es así que, en relación con el tiempo de cumplimiento de privación de libertad, ese cuerpo normativo estableció originalmente tres tipos de penas:

- a.** Por un lado se encontraban las penas de carácter temporal, cuya característica principal radica en poseer un vencimiento fijo y sobre las cuales no vamos a indagar particularmente en el presente trabajo;

b. Por otra parte regulaba las penas indeterminadas, que, sin establecer un vencimiento fijo, cuentan con un mecanismo de agotamiento que se rige por el cumplimiento, en plazos previamente establecidos, de determinadas condiciones. En este grupo se pueden encontrar tanto las penas perpetuas que acceden a un mecanismo de liberación a razón del artículo 13 del CP (instituto de libertad condicional) y la pena accesoria estipulada en el artículo 52 del mismo cuerpo normativo (que actualmente cuenta de conformidad con lo reglado en el artículo 53 CP con un sistema que establece su agotamiento);

c. Por último, el Código de 1921 establecía lo que comúnmente se asocia como pena perpetua, pero sin regularla como una pena propiamente dicha. Sino que habilita en la práctica que se cumpla una pena de forma materialmente perpetua ante dos circunstancias especiales. Esto es, en primer lugar como derivación de la pena accesoria establecida en el artículo 52 como complemento de la última condena para los casos de multi-reincidencia —conforme su regulación entre 1922 y 1944—; y en segundo lugar, ante los casos de personas condenadas por un delito reprimido con pena perpetua que hayan sido declaradas reincidentes, ya que, en virtud de lo establecido en el artículo 14 se vedaba la posibilidad de acceder al mecanismo de agotamiento de la pena perpetua por inclusión al régimen de libertad condicional.

A lo largo de los cien años de vigencia del Código Penal, se observó un endurecimiento progresivo en estos tres tipos de penas privativas de la libertad. Esta evolución ha sido marcada por una tendencia hacia sanciones más severas, reflejando cambios en la percepción social respecto a la gravedad de ciertos delitos, como así también respecto de la efectividad de las penas de encierro como mecanismo de control social de la inseguridad. Este fenómeno ha llevado a replantear constantemente los límites de estas penas, generando debates sobre su proporcionalidad, efectividad y, en algunos casos, su compatibilidad con derechos humanos fundamentales.

V.1. Las penas indeterminadas reguladas en el Código Penal de 1921 y sus problemas de convencionalidad

Cómo se mencionó precedentemente, la pena accesoria por tiempo indeterminado establecida en el artículo 52 del CP desde la modificación incorporara al artículo 53 del mismo cuerpo normativo en el año 1944 (mediante el decreto-ley 20.942/44), se convirtió

en una pena indeterminada, ya que cuenta con un mecanismo para alcanzar su agotamiento.

Ratificado por la ley 12.997, la entonces nueva redacción del artículo 53 permitió completar la falta de una norma dentro de las previsiones del artículo 52 que previera la posibilidad de la extinción de la sanción. Su antecedente fue el *Proyecto Peco* de 1941, en el cual se sostuvo que *“la exclusión de la libertad condicional para los condenados a sanción perpetua, como el proyecto Ferri, es injusta. A todo delincuente ha de estimularse con el atractivo de la libertad condicional. La supuesta incorregibilidad no es un dogma, ni conviene abandonar al condenado a la desesperanza”*.

Asimismo, con la incorporación de la actual redacción del artículo 53, mediante la sanción de la ley 23.057 en el año 1984³⁷, se reguló un nuevo mecanismo de agotamiento de esa pena, mediante la cual transcurridos cinco años de cumplimiento de la pena accesoria el tribunal que la impuso podía otorgar la libertad condicional. Así, la pena accesoria establecida en el artículo 52, que originalmente podía ser incluida dentro del grupo de penas perpetuas, se transformó en una pena indeterminada al regular una modalidad de agotamiento que establece como requisitos *“a) [el] cumplimiento de un tiempo mínimo de la reclusión accesoria –cinco años–; b) [la] observancia de buena conducta; c) [la] demostración de aptitud y hábito para el trabajo; y d) [la] ausencia de peligro para la sociedad”*³⁸.

Corresponde destacar que en esa oportunidad al presentarse el proyecto de reforma del artículo 53 el Senador Ramon Araujo, en representación de las comisiones de Legislación General e Interior de Justicia del Congreso de la Nación manifestó: *“Nosotros pensamos que el condenado, aún con reclusión, tiene probabilidades de obtener los beneficios que confiere el artículo 13 del Código Penal, relativo a la libertad condicional, o sea que después de cinco años de reclusión accesoria se le puede conceder libertad condicional. (...) Ello es una prueba más de que las comisiones han tenido en cuenta que el hombre nunca es irrecuperable, que siempre existe remedio para su readaptación y que nuestras cárceles deben cumplir su misión de reeducar al presunto delincuente, brindándole todas las condiciones, no sólo las de seguridad sino también las de readaptación para, de ese modo, ponerse a tono con el precepto constitucional que*

³⁷ Ley 23.057, Promulgada el 3 de abril de 1984 y publicada en el Boletín Oficial el 5 de abril de 1984.

³⁸ ALDERETE LOBO, *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*, Revista La defensa de las personas privadas de libertad, Nro. 15, noviembre, 2020, p. 47.

dispone que las cárceles serán lugares para seguridad y jamás para castigo de los detenidos en ellas”³⁹.

Sin perjuicio del progreso que significó esa reforma legislativa, existen varios cuestionamientos respecto de ese tipo de penas, entre los cuales se resaltan: 1) la falta de certeza de las mismas, que es una de las derivaciones del principio de legalidad, y 2) su contrariedad a los principios de proporcionalidad y al principio de resocialización⁴⁰. Asimismo, se le suman a estos cuestionamientos la alegada violación a diferentes principios emanados de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).

Previo a adentrarnos en análisis de las controversias que genera la aplicación de este tipo de pena, corresponde mencionar que durante varios años el estudio respecto de la pena accesoria estipulada en nuestro ordenamiento penal se centró en el precedente *Gramajo*⁴¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En esa oportunidad, nuestro máximo tribunal resolvió en el año 2006 la inconstitucionalidad de la pena accesoria del artículo 52 del CP, sobre la base de los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *leading case* *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*⁴². Para esto se apartó de las críticas clásicas en relación con las penas indeterminadas y perpetuas (principio de legalidad y mandato de certeza), y centró el debate en los siguientes puntos:

A. Para el máximo tribunal el artículo 52 establece una pena accesoria y no una medida de seguridad, basado en que la ejecución de la misma se da en iguales condiciones que cualquier otra pena de reclusión o prisión; y que, revistiendo entonces el carácter de pena, la misma es incompatible con el texto de nuestra Constitución, en especial a partir de la reforma de 1994, donde se introduce como finalidad esencial de la ejecución de la pena privativa de la libertad a la resocialización.

B. La pena mencionada es contraria al Estado de Derecho y a los principios de derecho penal de acto, principio de reserva y autonomía moral de la persona

³⁹ Debate parlamentario 14° Reunión, 10° SESION EXTRAORDINARIA, 15 DE FEBRERO DE 1984, Congreso de la Nación Argentina, discusión parlamentaria.

⁴⁰ JULIANO / AVILA, *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Editores del Puerto, 2012.

⁴¹ CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, 5 de septiembre de 2005 (*Fallos* 329:3680).

⁴² Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, No. 126.

(artículos 18 y 19 C.N.), al mismo tiempo que reproduce una ideología asociada con en el derecho penal de autor, estableciendo una presunción *iure et de iure* de peligrosidad.

C. Esta pena accesoria no respeta el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de gobierno, ya que habilita que se imponga como accesoria una pena mayor que la impuesta originalmente.

D. Una pena que excede el límite de la culpabilidad, no podría en ningún caso ser respetuosa del principio de resocialización.

Ahora bien, la inconstitucionalidad decretada por la CSJN no llegó de la mano de la indeterminación respecto del vencimiento de la pena —circunstancia que debía ser entendida como un adelantamiento de criterio con relación a las penas que no cuentan con un vencimiento fijo—; sino que se centró en el hecho de que la pena accesoria se imponía conforme a la medida de la peligrosidad, violando así en primera instancia el principio de culpabilidad de acto, lo cual deriva en la violación al principio de resocialización.

Sin embargo, en el precedente *Álvarez*⁴³ del año 2019, nuestro máximo tribunal a través de la incorporación de nuevos elementos de análisis —entre los cuales mencionó la gravedad del delito— consagró la vigencia de la reclusión accesoria como pena indeterminada, sin introducirse en una interpretación constitucional de dicha sanción. Al respecto, reiteró (en igual sentido que lo establecido en el considerando 29 del voto de mayoría en el precedente *Gramajo*⁴⁴) que la inconstitucionalidad del artículo 52 aplica únicamente para los supuestos de multirreincidencias establecidos en esa norma, y no en los casos en los cuales la pena accesoria sea impuesta en virtud de cualquiera de los homicidios agravados regulados en el artículo 80 del CP.

⁴³ CSJN, “Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas”, 22 de agosto de 2019 (Fallos: 342:1376).

⁴⁴ En el considerando 29 del voto mayoritario se estableció: “Que en esta causa no se ventila la constitucionalidad ni el alcance de la reclusión accesoria prevista en el art. 80 del Código Penal para el supuesto de los homicidios calificados. En efecto, la cuestión se limita a los casos del art. 52 derivados de multireincidencia, donde la exigencia de cuatro o cinco condenas a penas privativas de libertad sin que hubiera transcurrido entre ellas el plazo que hace caer la reincidencia, en principio parece excluir como consecuencia necesaria aquellos supuestos de delitos por demás graves ya que, en su caso, la condena hubiera implicado una pena de larga duración. Por ende, podría afirmarse que, como regla, las hipótesis del art. 52 involucran delitos de menor gravedad o mediana gravedad y, por lo tanto, habida cuenta del considerable incremento de la pena privativa de libertad derivado de la aplicación de dicha norma, se impone determinar en cada caso si la suma resultante de ambas penas viola el principio de proporcionalidad respecto del delito por el que se impone la última condena. Tal es el supuesto que se verifica en el presente caso, donde cabe concluir que la violación es palmaria.”

En el caso en estudio, la autoridad judicial impuso a Álvarez la pena de reclusión perpetua conforme lo preceptuado en el artículo 80 incisos 2 y 7 del CP, más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado de efectivo cumplimiento del artículo 52 del CP. Atendida la normativa vigente, aquellas personas condenadas a reclusión o prisión perpetua, podían —una vez acreditado el cumplimiento de determinadas reglas y por medio de una resolución judicial— acceder a la libertad condicional trascurridos 20 años de condena (artículo 13 del CP). Asimismo, conforme al artículo 53 del CP, el tribunal tiene la facultad de conceder la libertad condicional al condenado a reclusión accesoria, bajo ciertas condiciones, transcurridos 5 años del cumplimiento de la reclusión accesoria y transcurridos 5 años más bajo el régimen de libertad condicional, el condenado podía solicitar la libertad definitiva. Así, bajo la sanción accesoria, la persona obtiene su libertad definitiva en el mejor de los casos, tras 10 años del cumplimiento de la pena original.

En este punto, corresponde enfatizar que en el mencionado precedente se evidencia un apartamiento del máximo tribunal, no solo de los avances que había introducido en el precedente *Gramajo*; sino que también respecto de la postura mayoritaria en relación con la pena perpetua adoptada en *Giménez Ibáñez*⁴⁵ del año 2006. En este último, hizo mención en el considerando 4 al mandato de certeza como eje rector de la imposición de cualquier clase de pena. Al respecto, nuestro máximo tribunal expresó: *“la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional”*.

En conclusión, nos encontramos frente al aval por parte de nuestro máximo tribunal de una pena indeterminada de inusitada duración, puesto que en efecto una pena perpetua impuesta como consecuencia punible del delito establecido en el artículo 80 CP se ejecutará, sin lugar a dudas, no sólo sin un plazo cierto de agotamiento; sino que también sujeta a la posibilidad de acceder al instituto de la libertad condicional establecido en el artículo 13 del mencionado cuerpo normativo (conforme a la regulación previa al año 2004).

⁴⁵ CSJN, “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional”, 4 de julio de 2006 (Fallos 329:2440).

Al respecto, corresponde poner de resalto que el principio de legalidad ejecutiva, como derivación del mandato de certeza en la etapa de ejecución de la pena impone, como reglamentaria del derecho a la reinserción social (art. 5.6 CADH y art. 10.3 PIDCyP), la regulación de plazos ciertos y tangibles que permitan conocer al condenado al momento de la imposición de la pena el mecanismo y los requisitos por el cual se pondrá alcanzar el agotamiento de la misma. Motivo por el cual, el sistema —cada vez menos aplicable— de incorporación al régimen de libertad condicional, resulta incompatible con el mandato de certeza constitucional de las penas de prisión (sean temporales, indeterminadas o perpetuas). Es decir, el régimen de ejecución diferenciado de penas perpetuas que defina su determinación a través de un instituto de progresividad cuya aplicación resultaría incierto y cuanto menos poco accesible por la multiplicidad de obstáculos que encuentra en la actualidad, no cumple con los estándares que establece el mandato de certeza en la ejecución penal.

Es así que, la pena de prisión indeterminada —como todo el resto de las sanciones penales— al ser alcanzada por el mandato de certeza, racionalidad, legalidad y culpabilidad, deberá contener límites específicos que establezcan de forma imperativa un mecanismo de revisión al momento de ser impuesta. Sin embargo, del fallo se desprende que la única forma de extinción de una pena de reclusión perpetua con accesoria de reclusión indeterminada es a través del sometimiento de la persona al régimen de libertad condicional el cual debería ser entendido a la luz del artículo 53 (el cual establece la forma de agotamiento de las penas accesorias).

Independientemente de cuál sea el criterio adoptado para el respeto de la garantía constitucionales de legalidad en su faz ejecutiva —esto es establecer un límite fijo o una modalidad de agotamiento de la pena—, este debería ser conocido por la persona al momento de imponerse la sanción, protegiendo de ese modo la seguridad jurídica, su derecho a conocer su situación legal y el régimen de ejecución de la pena al cual estará sometido.

Al mismo tiempo, debe destacarse que la exigencia que una pena sea temporalmente determinada —o al menos determinable— es la única forma posible para que la restricción de derechos sea compatible con el principio de culpabilidad por el hecho, es decir que el reproche debe ser formulado con claridad para que la pena cumpla su función resocializadora. Así, la determinación clara y precisa de la pena se convierte en un pilar esencial para garantizar la proporcionalidad y la justicia en el sistema penal,

permitiendo que la sanción impuesta se ajuste adecuadamente al grado de responsabilidad del individuo respecto del delito cometido.

Al respecto corresponde destacar el voto razonado emitido por los Jueces Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Nancy Hernández López en el Caso Álvarez Vs. Argentina⁴⁶, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) donde se argumentó en post de declarar que las penas accesorias establecidas en el artículo 52 del CP, son contrarias a la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad (artículo 5.6 CADH), al derecho a la vida digna, al proyecto de vida y al libre desarrollo (artículos 4 y 7 CADH), al derecho a la integridad personal (arts. 5.1; 5.2; 5.3 CADH), y al derecho a la igualdad (art. 24 CADH).

Estos argumentos, sumado a los cuestionamientos antes analizados que se pueden resumir como la violación a los principios de certeza, racionalidad, legalidad y culpabilidad, llevan a concluir que las penas indeterminadas no superan el test de constitucionalidad que deberían; habilitando la aplicación de penas crueles, inhumanas y degradantes.

V.2. La pena materialmente perpetua por aplicación del artículo 14

Originariamente, el Código Penal solo reprimía con reclusión o prisión perpetua a un grupo acotado de delitos, compuesto por los 3 supuestos de homicidios agravados establecidos en el artículo 80 del CP, y por los delitos de atentado contra la seguridad nacional regulados en los artículos 214 y 215 del mismo cuerpo normativo. Estos delitos, reprimidos con pena de reclusión o prisión perpetua se encontraban alcanzados por el instituto de libertad condicional regulado en el artículo 13, el cual brindaba la posibilidad de acceder a ese mecanismo liberatorio a partir de los 20 años de cumplimiento de la misma. La posibilidad de ser incorporado a dicho instituto configuraba la única vía posible de agotamiento de la pena a la luz de lo establecido en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, el artículo 14 del CP vedaba la posibilidad de que las personas condenadas a penas perpetuas respecto de las cuales recayera declaración de reincidencia (de conformidad con lo establecido en el artículo 50 del CP), accedieran a un mecanismo de agotamiento de la sanción. Esto surgía a través de la prohibición del acceso al instituto de libertad condicional —instaurado en el artículo 13 del CP— para ese grupo de

⁴⁶ Corte IDH, caso Álvarez vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de marzo de 2023. Serie C Nro. 487.

personas condenadas, transformando a esas penas en materialmente perpetuas, ya que al excluir a ese grupo de condenados de la posibilidad de acceder a ese mecanismo de libertad anticipada la pena sería de por vida.

Esta situación, no por falta de importancia, sino porque el grupo que constituían las personas condenadas a penas perpetuas con declaración de reincidencia era acotado, se mantuvo relativamente opacada durante varios años. Fue a partir de mediados de la década de 1980, que comenzaron a introducirse modificaciones en el Código Penal que, no sólo elevaron las escalas penales para los delitos temporales, sino que también expandieron el número de delitos que podían ser reprimidos con pena de prisión perpetua. Esta tendencia se mantuvo en las décadas siguientes, y hoy en día el Código Penal contempla numerosas figuras delictivas que pueden ser sancionadas con pena perpetua. Específicamente, entre los años 1984 y 2012⁴⁷ se sancionaron 8 leyes que aumentaron significativamente el catálogo de delitos reprimidos con pena de prisión perpetua, conformando en la actualidad un grupo de más de una docena de delitos para los cuales, sí la persona es declarada reincidente, se encuentra vedada la posibilidad de acceder a una modalidad que habilite su agotamiento.

Esta situación tuvo como derivación necesaria que cada vez más personas condenadas a este tipo de pena, y declaradas reincidentes, se encontrasen ante la ejecución de una pena que carecía de una modalidad que habilitara su agotamiento, convirtiéndola así en una pena que de hecho se ejecutara de forma perpetua.

La tendencia a la instauración de un régimen en el cual la pena materialmente perpetua se constituya como el norte de la política criminal no se limitó al aumento de las escalas penales, ni de las figuras penales reprimidas con penas de reclusión o prisión perpetua. Sino que también se introdujeron prohibiciones especiales para excluir a grupos de personas condenadas del acceso a un mecanismo de agotamiento de dicha sanción. Fue

⁴⁷ A. Año 1984: La ley 23.097 tipificó en el art. 144 ter el delito de tortura seguida de muerte reprimido con pena de prisión perpetua.

B. Años 2002, 2003, 2008 y 2012: Por medio de la sanción de la leyes 25.601, 25.816, 26.394 y 26.791, respectivamente, se establecieron diferentes supuestos de agravantes para el delito de homicidio, quedando todos estos incluidos en el art. 80 del código.

C. Año 2003: La ley 25.742, estableció que para los delitos tipificados en los artículos 142 bis y 170 cuando se causare intencionalmente la muerte de la persona, la pena sería de prisión perpetua.

D. Año 2004: Mediante la sanción de la ley 25.893, se reprimió con pena de reclusión o prisión perpetua los casos de abuso sexual de los artículos 119 y 120 cuando resultaran seguidos de muerte (artículo 124).

E. Año 2011: la ley 26.679 incorporó el artículo 142 ter, que sanciona con reclusión o prisión perpetua a la desaparición forzada de personas, si resultara la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre.

así, que en el año 2004 mediante la sanción de la ley 25.892⁴⁸ se incorporó al artículo 14 del CP un segundo párrafo por el cual se estableció un catálogo de cinco delitos para los cuales se excluía la posibilidad de acceder al instituto de la libertad condicional⁴⁹. En ese entonces, la particularidad de la nueva norma radicaba en que los delitos incluidos en dicho catálogo se encontraban en su totalidad reprimidos con penas perpetuas; lo que derivó en que en la práctica se conformara el primer grupo de penas que, sin la necesidad de mediar declaración de reincidencia, se ejecutarían como penas privativas de la libertad de por vida. Debido a que al ser delitos reprimidos con esa especie de pena y excluidos de la posibilidad de acceder al instituto de libertad condicional, los mismos carecen de un mecanismo que habilite su agotamiento.

Asimismo, en el año 2017, con la sanción de la ley 27.375⁵⁰, se incorporó una nueva modificación del artículo 14 del código, por la cual se prohibió a un grupo aún más extenso de delitos de acceder al instituto de libertad condicional. En esta oportunidad, el nuevo catálogo de delitos no se caracterizó por estar reprimidos con penas perpetuas, ya que en este grupo se incluyeron una gran cantidad de figuras penales reprimidas con penas temporales⁵¹. Sin embargo se destaca que la totalidad de los delitos reprimidos con prisión o reclusión perpetua en nuestro Código Penal —a excepción de únicamente 3 delitos reprimidos con esa clase de pena— fueron incluidos en la norma. Constituyendo así un aumento significativo del grupo de delitos que, independientemente de la declaración de reincidencia, serían reprimidos inexorablemente con pena materialmente perpetua.

De este sintético análisis podemos concluir que, en 1921, el legislador reguló de forma excepcional los delitos reprimidos con ese tipo de pena, siendo para ese entonces muy pocos los supuestos bajo los cuales la persona condenada estaba realmente sometida a una pena de por vida.

Sin embargo, en los últimos años, nuestra legislación penal ha experimentado una tendencia hacia el aumento de las penas y la incorporación de más delitos reprimidos con

⁴⁸ Ley 25.892, Promulgada el 5 de mayo de 2004 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de mayo de 2004.

⁴⁹ En mayo de 2004, con la sanción de la ley 25.892 se modificó el artículo 14 del Código Penal, quedando redactado de la siguiente forma: “La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo”.

⁵⁰ Ley 27.375, Promulgada el 5 de julio de 2017 y publicada en el Boletín Oficial el 28 de julio de 2017.

⁵¹ En esta modificación se incluyó un amplio listado de delitos para los cuales no es posible el acceso a libertad. Entre ellos, por un lado se encuentra los delitos, de abuso sexual seguido de muerte (art. 124 CP) y secuestro seguido de muerte (art. 142 bis CP); mientras que por otro lado se incluyeron delitos como la tenencia de material pornográfico de menores de 18 años, reprimido con pena de entre cuatro (4) meses a un (1) año (art. 128 segundo párrafo CP)

pena perpetua. El proceso que comenzó a hacerse más evidente a partir de las reformas introducidas al Código Penal en 2004, tiende a aumentar el número de personas condenadas a penas que, en la práctica, son de por vida. Este fenómeno, conocido como "inflación penal", genera consecuencias de las más diversas, que van desde la sobrepoblación carcelaria, hasta el incumplimiento por parte del Estado Argentino de los tratados de derechos humanos parte de nuestro bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con el último informe del año 2022 del Sistema Nacional de Estadística de Ejecución Penal (SNEEP), en Argentina había un total de 2.649 personas condenadas a penas perpetuas, lo que representa el 5% de la población privada de libertad condenada. Este porcentaje, por más de mantenerse relativamente constante desde el año 2002 (año en el cual se emitió el primer informe SNEEP), representa ciclo tras ciclo una mayor cantidad de personas condenadas a una pena perpetua, dentro de las cuales la gran mayoría cumplirán una pena de por vida. Actualmente “[u]n gran porcentaje de estas personas –las condenadas por hechos posteriores al 2004– y la totalidad de las que fueron y sean condenadas en el futuro por hechos posteriores a 2017, recibirán una pena real y materialmente perpetua”⁵².

Asimismo, con las últimas modificaciones incorporadas nos encontramos ante una derogación virtual “del artículo 13 del Código Penal, en la medida en que la libertad condicional que allí se autoriza para casos de penas perpetuas quedó limitada a casos absolutamente excepcionales, carentes de toda representación cuantitativa relevante en la población penitenciaria actual, frente a la pluralidad de conductas reprimidas con prisión perpetua en nuestro Código Penal”⁵³. En la actualidad los casos de delitos reprimidos con pena perpetua que, en la práctica no se ejecutarán como una pena materialmente de por vida son realmente excepcionales. Ese grupo está compuesto por los delitos de atentados contra la seguridad de la nación (arts. 214 y 215 del CP), los denominados delitos de “traición a la patria” (en los términos del art. 227 del CP) y la desaparición forzada de personas, si resultara en la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre (art. 142 ter, 2do párrafo del CP).

⁵² ALDERETE LOBO, “Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina”, en *Revista La defensa de las personas privadas de libertad*, Nro. 15, noviembre, 2020, p. 53.

⁵³ Ídem anterior.

Al respecto, se destaca que no existen condenas vigentes en la actualidad por delitos de traición a la patria (ya que se trata de una figura delictiva que requiere de la configuración de escenarios de gravedad poco frecuentes, como el estado de guerra internacional o el otorgamiento de facultades extraordinarias que represente un quiebre institucional a través de la suma del poder público). Asimismo, en lo que respecta al delito de desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 142 ter, la decisión no representa impactos cuantitativos relevantes ya que desde el retorno a la democracia (1983) hubo solo un hecho de desaparición forzada de personas, por el cual no se impuso una pena perpetua⁵⁴.

Si realizáramos un análisis aislado de estas modificaciones podríamos concluir que, la existencia de la pena materialmente perpetua en nuestro ordenamiento penal no es más que la configuración, en casos aislados, de varios factores que restringen el acceso a una forma de agotamiento de pena. Sin embargo, al examinar detenidamente el resultado de todas estas incorporaciones legislativas, necesariamente se concluye que la aplicación de la pena de por vida actualmente representa el norte de la política criminal de nuestro país.

V.3. Los problemas de convencionalidad de la pena materialmente perpetua por aplicación del artículo 14 del CP

Ahora bien, desde la óptica de los principios constitucionales en juego, la pena materialmente perpetua constituye un problema distinto al de la pena indeterminada (sin perjuicio de que muchos de los argumentos utilizados para abogar en contra del primer grupo de penas puede ser utilizados para las segundas). Para el año 2006, momento en el que nuestro máximo tribunal se expresó por primera vez en relación con la pena accesoria del artículo 52, esta era una pena de carácter indeterminado, por lo que los argumentos allí esgrimidos para tachar de inconstitucional dicha norma, no pueden ser directamente utilizados respecto de aquellas penas que en la práctica sí llegaban a ser perpetuas; o no al menos sin una previa adecuación. Ante un escenario poco favorable en donde cada vez será mayor el número de personas condenadas a penas de por vida, es sumamente

⁵⁴ Informe sobre penas perpetuas elaborado por el Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (https://www.palermo.edu/Archivos_content/2021/derecho/octubre/documentos-inejep/INEJEP-Informe-sobre-la-pena-de-prision-perpetua-en-Argentina.pdf; última visita: 23 de noviembre de 2023).

importante indagar sobre los posibles problemas de convencionalidad que reviste este tipo de respuesta punitiva.

El análisis de este tipo de penas se presenta como un desafío considerable, ya que, de forma intuitiva, todo parece indicar que la imposición de una pena de por vida podría entrar en conflicto con varios principios constitucionales. Sin embargo, al intentar justificar esta premisa, no siempre se encuentran la cantidad de argumentos sólidos que se esperarían. En este contexto, es relevante señalar que, incluso a nivel internacional, se ha respaldado en numerosas ocasiones la legitimidad de las penas perpetuas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), organismo que más vastamente se ha pronunciado al respecto, sostiene que la pena perpetua es convencionalmente válida siempre que cumpla con dos requisitos: (i) que exista una modalidad de revisión que habilite ante el cumplimiento de determinadas condiciones que la persona recupere la libertad; y (ii) que el plazo de revisión sea en un periodo de tiempo tal que no torne a esa posibilidad en abstracta.

Este camino se inició con el precedente *Vinter y otros vs. Reino Unido*⁵⁵, el TEDH sentó un estándar fundamental en relación con las penas perpetuas. Estableciendo que, si la ley ofrece la posibilidad de revisión de una condena de por vida “en vistas a su conmutación, remisión, extinción o liberación condicional del prisionero, esto será suficiente para satisfacer el artículo 3” de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), es decir la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes. En esa oportunidad el TEDH no se manifestó específicamente sobre el plazo para poder acceder a esta forma de revisión. Sin embargo, un año después en el precedente *Bodein vs. Francia*⁵⁶ sostuvo que “en el derecho comparado y en el derecho internacional, se manifiesta una clara tendencia en favor de un mecanismo que garantice la revisión de las penas perpetuas, a más tardar, veinticinco años después de su imposición”⁵⁷.

Este razonamiento continuó delineándose años después, particularmente con el pronunciamiento en el caso *Murray vs. Países Bajos*⁵⁸. Allí, el TEDH estableció los lineamientos a seguir a fin de que las autoridades nacionales establezcan mecanismos

⁵⁵ TEDH, *Vinter y otros vs. Reino Unido*. Gran Cámara, peticiones nros. 66.069/09, 130/10 y 3896/10, *Vinter y otros vs. Reino Unido*, 9 de julio de 2013.

⁵⁶ TEDH, *Bodein vs. Francia*, petición nro. 40014/10, 13 de noviembre de 2014.

⁵⁷ ALDERETE LOBO, *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*, Revista La defensa de las personas privadas de libertad, Nro. 15, noviembre, 2020, p. 56.

⁵⁸ TEDH, *Murray vs. Países Bajos*. Gran Sala, 26 de abril de 2016.

para la reincorporación permanente al medio libre de la persona condenada a pena perpetua respetuosos de las garantías establecidas en la CEDH. En ese sentido, se determinó que dichos mecanismos debían basarse en criterios objetivos previamente establecidos, para que la persona pueda, de hecho, contar con los recursos necesarios para avanzar en los procesos de readaptación que se entienden necesarios para fundar sus pedidos de reintegro al medio libre.

Esta postura, que es la que se sostiene hasta la actualidad, fue reproducida en el caso *T. P. y A. T. vs. Hungría*⁵⁹, donde el mencionado tribunal manifestó, además, que un plazo de cuarenta años para acceder a un mecanismo de revisión es un tiempo demasiado largo que anula cualquier perspectiva razonable de liberación y por ende violaba lo establecido en el artículo 3 de la CEDH.

Asimismo, el TEDH ha rechazó, recientemente, que los mecanismos de indulto o clemencia presidencial sean suficientes para satisfacer los estándares en caso de penas de por vida⁶⁰.

Finalmente, el mencionado tribunal en el precedente *Violla vs. Italia*⁶¹ señaló que el Estado debía brindar a las personas condenadas a perpetuidad una “*posibilidad real de reintegrarse*” y que esta obligación exigía “*garantizar a estos condenados la existencia de regímenes penitenciarios que sean compatibles con el objetivo de corrección y que les posibiliten avanzar hacia esta dirección*”.

En este punto, refirió que la legislación italiana que preveía para el caso de las personas condenadas a prisión perpetua por delitos vinculados a la mafia y al terrorismo, el acceso a diferentes mecanismos de libertad a través de un sistema de cooperación con las autoridades policiales y judiciales, no satisfacía el estándar de un mecanismo real de revisión. Al respecto el tribunal “*reconoció que las normas internas ofrecían la posibilidad de elegir cooperar o no, pero tuvo dudas sobre la naturaleza libre de esa elección y la conveniencia de equiparar la falta de cooperación con la peligrosidad de la persona condenada. De esta manera, dedujo que la falta de cooperación no siempre era el resultado de una elección deliberada, ni tampoco reflejaba necesariamente la continua adhesión a los valores criminales de la organización de tipo mafioso*”⁶².

⁵⁹ TEDH, *T.P. y A.T. vs. Hungría*, peticiones nro. 37871/14 y 73986/14, 4 de octubre de 2016.

⁶⁰ TEDH, *Petukhov vs. Ucrania, Petukhov vs. Ucrania*, petición nro. 41216/13, 12 de marzo de 2019.

⁶¹ TEDH, *Violla vs. Italia*, petición nro.77633/16, 13 de junio de 2019.

⁶² ALDERETE LOBO, *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*, en *Revista La defensa de las personas privadas de libertad*, Nro. 15, noviembre, 2020, p. 56.

En resumen, la jurisprudencia actual TEDH considera que la prisión perpetua, es decir, aquella que se impone sin posibilidad de liberación, es incompatible con su normativa convencional. Por lo tanto, se establece que la única forma en que estas penas no vulneren los deberes derivados del artículo 3 de la CEDH es que la condena cuente con una perspectiva de liberación, tanto de derecho como de hecho. Es decir que se encuentra establecido normativamente —previo al dictado de la sentencia condenatoria— un mecanismo de agotamiento de la pena; como así también que el plazo estipulado para la procedencia de ese mecanismos revisorio sea razonable.

En este punto, corresponde realizar un breve repaso del estado de situación respecto de la prisión perpetua en diferentes países europeos. Esto nos muestra, por ejemplo, que España adoptó en el año 2015 un mecanismo general de revisión a partir del cumplimiento de veinticinco años de condena (artículo 92 del Código Penal, modificado por la ley orgánica 1/2015). Asimismo, estableció un sistema especial de revisión para casos de terrorismo y organizaciones terroristas, o comisión de varios hechos reprimidos con pena permanente, en donde el plazo de remisión se amplía entre los veintiocho y treinta y cinco años.

Por su parte, la legislación penal portuguesa tiene la particularidad de haber sido la primera en abolir la pena perpetua en 1884; estableciendo actualmente en veinticinco años el plazo máximo de las penas de prisión⁶³.

Por otra parte, en Francia el máximo legal al que puede llegar la pena perpetua es de treinta años (artículo 132-5 del Código penal). Asimismo, establece un “período de seguridad” en virtud del cual se deberán cumplir entre dieciocho y veintidós años de pena efectiva de prisión previo a que se encuentre habilitada la posibilidad de acceder al mecanismo revisorio (artículo 132-23 del Código Penal).

En el sistema legal italiano, se establece un tiempo de cumplimiento de pena de veintiséis años para acceder a su revisión (artículo 176 del Código penal).

Asimismo, encontramos como paradigma de sistemas legales que establecen fuertes restricciones temporales a la pena perpetua la normativa establecida en Alemania y Bélgica. Es así que Alemania establece la revisión de las penas perpetuas a los quince

⁶³ El Código Penal portugués en su artículo 132 prevé las penas para los homicidios cualificados, que en ningún caso pueden superar los veinticinco años de prisión.

años de cumplimiento, con revisiones periódicas cada dos años en caso de ser rechazada (§ 57a. y § 57a. [4] del Código Penal). En Bélgica, la normativa expresa que en los casos de condenas a prisión perpetua se podrá conceder la libertad condicional cumplidos quince años de pena (artículo 25, § 2., inciso c.). Sin embargo, este plazo se extiende entre diecinueve y veintitrés años (artículo 25, § 2., inciso d. y e.), para los supuestos en los cuales la persona haya sido declarada reincidente.

Simultáneamente, este estándar internacional requiere ser complementado por el mandato específico emanado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En aras de cumplir con los estándares internacionales en materia penal, se torna imperativo que todas las penas privativas de libertad, incluyendo las perpetuas, estén sujetas a una perspectiva de liberación —que siga los criterios establecidos por el TEDH— y que la misma se rijan por el fin esencial de la pena de prisión que, conforme lo establecido en el art. 5.6 de la CADH se constituye como la resocialización.

No obstante, a pesar de contar en el ámbito latinoamericano con normativa que aboga por la incompatibilidad de las penas de por vida con la convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no se ha pronunciado en este sentido; de hecho, omitió deliberar sobre este asunto en el caso *Álvarez vs. Argentina*. En contraste, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe No. 237/19 CASO 13.041) adoptó una postura coherente al requerir que al imponer la pena de prisión perpetua y la accesoria por tiempo indeterminado, se considere la finalidad resocializadora que debiera respetar el encierro carcelario. Asimismo, agregó que la desproporcionalidad de esta pena constituye una manifestación del derecho penal de autor.

Además, la imposición de la pena accesoria implica, en la práctica, que dos personas condenadas por el mismo delito sean sometidas a tratamientos diferenciados según el criterio discrecional del juez, privando a uno de ellas de su libertad de una manera que propicia su exclusión social y menoscaba sus posibilidades de reintegración. Esto carecería de justificación a la luz del artículo 24 CADH.

La CIDH concluyó que la única forma de conciliar la imposición de cualquier pena privativa de la libertad, especialmente las perpetuas y las accesorias, con los estándares de la CADH, debe ser: i) aplicarlas de manera excepcional, sometiéndolas a una revisión periódica; y ii) que sean proporcionales y limitadas por la finalidad de resocialización contemplada en el artículo 5.6 de la Convención. En este sentido,

concluyó que el Estado debe revocar la pena accesoria establecida en el artículo 52 del Código Penal Nacional.

Este estándar, no solo repercute negativamente en aquellos países que cuentan con pena perpetua, sino también en muchos estados en lo que, sin establecerla, decretan penas de una duración exorbitante. La ausencia de una definición en términos de “prisión perpetua” no implica que en las legislaciones de la región no estén previstas penas que sean, en efecto, para toda la vida. En este sentido, encontramos montos máximos de penas que ascienden a sesenta años, en los casos de algunos estados de México y Colombia, en el caso de Guatemala cincuenta años o cuarenta años, en Ecuador⁶⁴. En términos generales, la tendencia al aumento progresivo de las penas es también un fenómeno regional desde la década de 1990 y a lo largo de los años 2000⁶⁵.

Por otra parte, dentro de los países que sí prevén la prisión perpetua están Argentina, Cuba, Perú, Colombia, Chile, Honduras y, recientemente, Nicaragua. Dentro de este grupo, prácticamente ninguno tiene regulaciones más severas que nuestro ordenamiento nacional. Por ejemplo, Cuba y Honduras establecen en sus sistemas penales la posibilidad de aplicar la pena perpetua estableciendo un mecanismo de revisión a partir de los treinta años⁶⁶. Colombia constituye un caso paradigmático, puesto que, el 22 de julio de 2020, modificó el artículo 34 de su Constitución Política, que prohibía la pena perpetua⁶⁷. Sin perjuicio de este retroceso, que sigue el mismo camino que la lógica punitiva expansiva de toda la región, su regulación es respetuosa de los estándares en la materia, al agregar que: *“Toda pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico. En todo caso la pena deberá ser revisada en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado”*.

Por su parte, Perú y Chile cuentan con las regulaciones más severas en materia de pena perpetua estableciendo actualmente el primero de los países un sistema de revisión a los treinta y cinco años de cumplimiento. Chile, por su parte, prevé revisiones cumplidos cuarenta años de encierro.

Como explica el profesor Alderete Lobo, la gravedad de la situación de Argentina es solamente equiparable –incluso superada– por México, que contempla la prisión

⁶⁴ SARALEGUI, *El régimen de progresividad para las personas condenadas a prisión perpetua: debates en la jurisprudencia*, Estudios sobre Jurisprudencia, 2002, ps. 25-37.

⁶⁵ SOZZO, *La inflación punitiva: un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina: 1990-2015*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, Café de las Ciudades.

⁶⁶ ALDERETE LOBO, *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*, en *Revista La defensa de las personas privadas de libertad*, Nro. 15, noviembre, 2020, p. 56.

⁶⁷ Ídem anterior.

vitalicia de manera expresa en cuatro estados (Chihuahua, Puebla, Quintana Roo y Veracruz) y, al menos en otros once, incluye penas temporales mayores a sesenta años. No cabe duda alguna que, si ambos países estuviesen bajo la jurisdicción del TEDH, la gran cámara concluiría que su sistema de pena perpetua viola el art. 3 de la Convención Europea. Así y todo, ambos están en mejor posición que Argentina, que establece la prisión de por vida sin revisión prácticamente para todos los delitos reprimidos con penas perpetuas y, en los escasos y poco frecuentes delitos en que admite la revisión, lo hace a partir de los *treinta y cinco años*⁶⁸. En síntesis, Argentina y México son los dos países de la región con regímenes de prisión perpetua real más amplios y en proceso de expansión.

Como se señaló previamente, este tema no cuenta con un amplio abordaje del sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, en cuanto a las consideraciones respecto de la pena a prisión perpetua vale destacar el fallo de la Corte IDH *Mendoza y otros vs. Argentina*, en donde el tribunal emite su opinión respecto de las penas perpetuas impuestas a adolescentes⁶⁹.

En definitiva, podemos concluir que nuestro ordenamiento penal, al habilitar la aplicación de penas materialmente perpetuas, viola los principios convencionales de prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, y el principio de reinserción social como finalidad esencial de la ejecución de la pena privativa de la libertad consagrado en los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido, corresponde destacar que, al habilitar la aplicación de una pena material y realmente perpetua, el Estado asume que el único objetivo de esta pena es meramente retribucionista. Así es que se torna necesario, a los fines de compatibilizar nuestro ordenamiento penal con los principios y derechos emanados del derecho internacional de los derechos humanos, establecer cuanto menos un mecanismo real y concreto que habilite la extinción de la pena en un periodo de tiempo que no sea lo suficientemente extenso como para desarticular la intención de la norma.

⁶⁸ Ídem anterior.

⁶⁹ En esa oportunidad la Corte IDH estableció que prisión y reclusión perpetuas de niños son incompatibles con el artículo 7.3 de la Convención Americana, pues no son sanciones excepcionales, no implican la privación de la libertad por el menor tiempo posible ni por un plazo determinado desde el momento de su imposición, ni permiten la revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad de los niños

V. Crisis de legitimación del sistema penal

Como se ha anticipado, desde la promulgación del Código Penal, este cuerpo normativo ha experimentado más de 130 enmiendas, tanto directas como indirectas. La aprobación de nuevas leyes en el ámbito penal ha provocado alteraciones significativas en la coherencia funcional de dicha legislación, generando inconsistencias. La ausencia de una política criminal basada en una planificación a largo plazo y no en intereses circunstanciales, socava los fundamentos sobre los cuales se presume debería sustentarse la legislación penal. Esta situación conduce a la deslegitimación del sistema punitivo sancionador. En este sentido, revisaremos una serie de modificaciones legislativas que exhiben notables contradicciones, al tiempo que evidencian la carencia, en distintos períodos históricos⁷⁰, de una política criminal definida y coherente.

En 1989, como resultado de una iniciativa gubernamental, se promulgó la ley 23.737 sobre estupefacientes. Su objetivo principal se enfocaba en intensificar el control sobre este tipo de criminalidad mediante el aumento del sistema jurídico-penal. Esto se logró a través de la ampliación del catálogo de conductas delictivas relacionadas con la manipulación de estupefacientes ilegales y el incremento de las sanciones previstas para dichos delitos, particularmente mediante la elevación de los umbrales mínimos de las penas.

Años más tarde, la abolición del delito de desacato por medio de la aprobación de la ley 24.198 en 1993, también promovida desde instancias oficiales, contrastó con el intento por parte del Poder Ejecutivo Nacional de imponer sanciones más rigurosas para los delitos controvertidos de injurias y calumnias. Este último proyecto, conocido públicamente como el proyecto de “ley mordaza”, no llegó a convertirse en ley debido a los fuertes acusaciones que recibió, vinculadas con su clara intención de restringir las críticas y, principalmente, las denuncias públicas realizadas por los medios de comunicación sobre actos de corrupción por parte de funcionarios públicos.

En sentido opuesto, en mayo de 1994, se sancionó y promulgó la ley 24.316, la cual surgió también de una iniciativa oficial. Esta ley introdujo modificaciones

⁷⁰ Para llevar a cabo este análisis, se optó por un enfoque histórico desde el restablecimiento de la democracia, dada la complejidad de abordar exhaustivamente las múltiples modificaciones implementadas durante los más de 100 años de vigencia del Código Penal.

significativas en el régimen de la condena condicional y estableció el —entonces nuevo— mecanismo conocido de suspensión del juicio a prueba. En el contexto de las múltiples contradicciones presentes en la política criminal argentina, este cambio legislativo representa un avance hacia la restricción del poder punitivo del Estado.

Sin embargo, el objetivo político-criminal de esta reforma no parece alinearse con, por ejemplo, la implementación de la ley de estupefacientes en Argentina ni con la expansión tanto en la cantidad como en la severidad de las figuras delictivas y sus respectivas penas durante ese período y los años venideros.

A modo de ejemplo, se destaca la eliminación del tipo penal atenuado de infanticidio. Anteriormente, este delito conllevaba una pena de reclusión de hasta tres años o prisión de seis meses a dos años, mientras que tras la sanción de la ley 24.410 a finales del año 1994, el infanticidio pasó a ser penado con prisión o reclusión de ocho a veinticinco años, e incluso, según la interpretación, con una pena perpetua.

Esta ley no solo eliminó dicho tipo penal, sino que también aumentó las penas de prisión para varios delitos ya establecidos por nuestra legislación. Este aumento se justificó bajo el argumento inquietante y recurrente de que la reducción de la criminalidad se logra mediante el endurecimiento de las penas de encierro, a pesar de la deslegitimación que estas han experimentado⁷¹.

En los albores de la reforma constitucional y contrariamente a esta tendencia, en el año 1996 se sancionó la primera ley nacional de ejecución penal que, con fallas y desaciertos, introdujo a la regulación sobre las penas privativas de la libertad los principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos, estableciendo a la resocialización⁷² como finalidad esencial de la pena de encierro. Al mismo tiempo que instauró un régimen basado en la progresividad, que establecía como fin último que las personas condenadas, a través del avance por distintas fases y periodos accedan a un ámbito de mayor autodeterminación hasta poder obtener nuevamente la libertad a través de institutos como las salidas transitorias, la libertad condicional y la libertad asistida⁷³.

⁷¹ VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*, 3º Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p. 47

⁷² Artículo 5.6. CADH.

⁷³ En este punto, resulta relevante destacar que las modificaciones introducidas a la ley de ejecución de penas privativas de libertad mediante la ley 27.375 han generado limitaciones significativas al régimen de progresividad adoptado en 1996, originalmente concebido como un mecanismo para asegurar la resocialización. Esta reforma ha excluido a un amplio espectro de delitos de la posibilidad de acceder a mecanismos pre liberatorios (por ejemplo: artículo 56 bis, ley 24.660).

Sin embargo, el fortalecimiento de la democracia no necesariamente coincidió con la disminución del poder represivo del estado. De hecho, se evidenció un aumento significativo en la aplicación de la violencia punitiva a través de la promulgación de la ley 25.189. Esta legislación implicó un endurecimiento de las penas asociadas a delitos como el homicidio, las lesiones y los estragos culposos. Este enfoque más severo, se fundamentó en la retórica del "mejor combate" contra los actos lesivos riesgosos, enfatizando principalmente el aumento de la reclusión carcelaria. Sin embargo, se relegó la consideración de replantear estrategias alternativas, como los mecanismos no carcelarios, propios de políticas públicas, destinadas a la prevención de daños causados de manera involuntaria⁷⁴.

Para nombrar alguno de los casos más irrazonables, originalmente, el artículo 80 del CP establecía tres circunstancias específicas de homicidios calificados, bajo las cuales se impondría la pena de prisión perpetua, además de la accesoria del artículo 52 del mismo cuerpo legal. A lo largo de más de un siglo de vigencia del Código Penal, este número se ha incrementado a doce supuestos en los que este delito conlleva la pena de prisión perpetua.

Entre estos casos, se encuentran supuestos de lo más disímiles. Por ejemplo, se incluyó la imposición de la reclusión perpetua para aquellos que cometan homicidio contra un miembro de las fuerzas de seguridad (ley 25.601) y para quienes atenten contra su superior militar en presencia de tropas enemigas (ley 26.394). Además, mediante la promulgación de la Ley 26.791, se ampliaron dos de los supuestos ya existentes, al mismo tiempo que se incorporaron dos nuevas circunstancias que ameritan esta sanción, todos ellos basados en cuestiones de género.

La carencia de una política criminal definida se acentúa notablemente en contextos donde se presentan casos de gran repercusión pública. Como ocurre con la legislación de emergencia, donde nuestros representantes tienden a responder a situaciones coyunturales con medidas punitivas que conllevan la restricción de derechos individuales y que transgreden principios y garantías fundamentales. Un ejemplo destacado de esta dinámica se evidenció en la respuesta insólita y carente de fundamentos del Congreso de la Nación frente al atroz delito sufrido por el joven Axel Blumberg en el año 2004, lo cual desencadenó la promulgación de un conjunto de leyes conocidas como

⁷⁴ VITALE, *Suspensión del proceso penal a prueba*, 3° Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p. 53

el paquete legislativo "Blumberg". Esta respuesta legislativa, plantea fuertes interrogantes respecto a su coherencia con los preceptos fundamentales de un sistema legal equitativo y garantista. Entre las modificaciones más relevantes incorporadas, se destacan:

a. Ley 25.882: introdujo modificaciones significativas en relación con las penas de prisión o reclusión asociadas a ciertos tipos de robos con circunstancias agravantes. En particular, esta legislación contempló el aumento de las penas en casos donde la violencia empleada durante el robo resultara en lesiones graves o gravísimas. Asimismo, se elevó la escala penal para situaciones en las que el robo se perpetrara con el uso de armas o en áreas despobladas y en compañía de tres o más personas. Esta ley también incrementó las consecuencias legales en los casos en que el arma utilizada fuera de fuego. Además, se agregó un supuesto que generó controversia al abarcar aquellos robos que involucraban el uso de armas de juguete.

b. Ley 25.886: reemplazó del artículo 189 bis en miras a tipificar acciones vinculadas con la posesión, portación y acumulación de armas. Esta modificación tuvo como propósito principal ofrecer una regulación más precisa y actualizada en relación con las conductas asociadas al manejo y posesión de armamento.

c. Ley 25.892: introdujo ajustes significativos en los plazos para acceder a la libertad condicional. Anteriormente, el requisito para las condenas a prisión o reclusión perpetua era un período de cumplimiento de veinte años para poder acceder a este derecho. No obstante, con la nueva legislación, este plazo se extendió a treinta y cinco años. Para penas superiores a tres años, se estableció que se debe cumplir dos tercios de la condena para poder acceder a la libertad condicional. Asimismo, se impusieron una serie de condicionamientos, vinculados con la conducta de la persona que, en los casos de prisión o reclusión perpetua deben cumplirse incluso hasta 10 años después del vencimiento de la pena. Luego, la misma normativa —que mantuvo la exclusión de los reincidentes al acceso a la libertad condicional— agrega que en los casos previstos en los artículos 80 inciso 7º, 124, 142 bis, antepenúltimo párrafo, 165 y 170, antepenúltimo párrafo, tampoco se podrá conceder ese instituto.

d. Ley 25.893: dispuso la perpetuidad de la condena en los casos de los delitos contra la integridad sexual establecidos en los arts. 119 y 120 del CP, cuando el resultado sea la muerte de la víctima.

e. Ley 25.928: incorporó una modificación al artículo 55 del CP que tuvo como efecto principal la ampliación de la suma total de penas atribuidas a una misma persona por

diferentes hechos delictivos, permitiendo que esta alcanzara un máximo de cincuenta años, en contraste con la disposición previa que limitaba esta suma a la pena máxima estipulada para el delito más grave contemplado en dicho cuerpo normativo, que en ese momento era de veinticinco años en razón del homicidio.

d. Ley 25.948: a través de la incorporación del artículo 56 bis a la ley 24.660 se excluyó de todos los institutos pre-liberatorios a una pluralidad de figuras delictivas graves con resultado muerte.

Sin embargo, pocos años después a través de la sanción de la ley 26.472 se incorporaron nuevos supuestos de procedencia al instituto de prisión domiciliaria, buscando humanizar la ejecución de las penas para un amplio grupo de condenados que por circunstancias personales el encierro carcelario convertía su estadía en prisión en un trato cruel inhumano o degradante.

En esta línea, mediante la sanción de la ley 26.695 en el año 2011 se modificó el Capítulo VIII de la ley 24.660, reservado para el ámbito de la educación intramuros. El objetivo de la ley fue garantizar el acceso de toda persona privada de su libertad a la educación pública en línea con la Constitución Nacional (art. 18°), la ley de Educación Nacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1987) y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (1955), conforme declara en sus fundamentos. Esta nueva legislación tuvo cuatro objetivos centrales: 1) El reconocimiento del derecho de las personas privadas de su libertad a la educación pública; 2) La instauración de la escolaridad obligatoria para los internos que no hayan cumplido el mínimo establecido por la ley; 3) La creación de un régimen de estímulo para los internos a través del cual se habilitaba la reducción de los requisitos temporales para el acceso a mecanismos pre-liberatorios; y 4) El establecimiento de un mecanismo de fiscalización de la gestión educativa.

Sin embargo, pocos años después, se evidenció un cambio significativo en la política criminal con la promulgación de la ley 27.375, la cual introdujo modificaciones sustanciales a la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y al Código Penal. Esta legislación prácticamente eliminó la posibilidad de acceder a mecanismos que permitieran la liberación anticipada (de forma temporal y permanente) para una amplia gama de delitos, suprimiendo así la característica fundamental establecida por la ley

24.660 en 1996 para el régimen de ejecución de penas privativas de la libertad: la progresividad.

A través de este breve análisis legislativo, se evidencia la carencia de una política criminal mínimamente coherente y, aún más importante, humanitaria. A pesar de algunos esfuerzos aislados por alinearse con este último enfoque, la realidad refleja un aumento en la respuesta carcelaria de manera violenta para la gran mayoría de los casos mencionados, con penas más extensas y severas⁷⁵.

Este fenómeno se manifiesta con claridad a través de las reformas parciales introducidas en el Código Penal de 1922, resultando en la desarticulación de este marco normativo de tal manera que ha dejado de constituir un cuerpo de normas armónico o coherente, que refleja los ideales de una nación democrática, respetuosa de los derechos individuales de sus habitantes y con objetivos de posicionarse como referente en materia económica, intelectual y cultural⁷⁶.

De acuerdo con lo que se ha expresado, se hace necesaria hoy en nuestro medio, como parte de cualquier programación político-criminal adecuada a la normativa suprema, la implementación de mecanismos que disminuyan la violencia punitiva estatal. A pesar de ello, la pena privativa de la libertad se erige como la única alternativa aparente frente a la comisión de cualquier delito, convalidando la idea de que además del Derecho penal previsto en la Constitución Nacional y otros textos de igual importancia, existe otro, flexible, instrumento del control social y al servicio del poder de turno⁷⁷.

Sin embargo, desterrar la reclusión carcelaria de su rol de pena principal y paradigmática, o al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional —limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal⁷⁸—; debería constituirse como el objetivo de cualquier nación próspera ya que el grado de civilización de un país, advertía Montesquieu, se mide y progresa según la benignidad de sus penas⁷⁹.

⁷⁵ Al respecto se destaca que en 1916, Moreno (h) refirió que “La ciencia penal ha comprobado por medio de la experiencia, la estadística y la observación que ese postulado primitivo no es acertado y que el crimen dependiente de factores sociales e individuales no se suprime ni se disminuye aumentando los castigos.” Expresión de motivos al Proyecto de Código Penal de 1916.

⁷⁶ Ídem anterior

⁷⁷ SARRABAYROUSE, *El Derecho Penal Del Primer Peronismo Y Los Fusilamientos De Junio De 1956*, Revista de Historia del Derecho Sección Investigaciones N° 50, INHIDE, Buenos Aires, julio-diciembre 2015, pp. 131-226.

⁷⁸ FERRAJOLI, *Escritos derecho penal*, 1ª Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, p. 322.

⁷⁹ Ídem.

VI. La pena de multa

La pena de multa, como pena de carácter pecuniario, afecta el patrimonio de la persona condenada, imponiendo la obligación de pagar la suma de dinero indicada por el juez o jueza, conforme lo establecido por la ley. Al igual que el resto de las penas establecidas en el artículo 5, la multa consiste en la impartición de un mal, que priva o afecta del goce de determinados bienes jurídicos. Asimismo, esta puede ser impuesta como pena única (por ejemplo: artículos 99, inciso 1; 175; 136, 3ra parte del CP), o como pena conjunta con la pena de prisión (artículo 110 del CP y artículos 5, 6, 7, 8, 9 de la ley 23.737). También aparece muchas veces combinada con la pena de inhabilitación absoluta y especial.

Este tipo de pena se encuentra presente, con regulaciones no tan cambiantes, desde el primer *Proyecto Tejedor*; tratándose actualmente de la segunda pena en orden de gravedad, precedida únicamente por las privativas de libertad (artículos 5 y 57 del CP). Por eso llama la atención que las y los legisladores no hayan mejorado los mecanismos para efectivizar su cumplimiento, sobre todo si tenemos en consideración su importancia como sustituto de la “*pena privativa de libertad de corta duración, a las que se las considera inconvenientes, como un castigo apropiado para reemplazar a estas últimas, sobre todos en los casos de delinquentes primarios o delitos culposos*”⁸⁰. Por el contrario, a lo largo de estos cien años, las escalas de las penas privativas de libertad establecidas en el código de 1922 han aumentado significativamente, en un inútil intento de contener así la delincuencia.

En el proceso legislativo argentino que condujo a la sanción del Código vigente, la multa como pena se encuentra presente desde el *Proyecto Tejedor* junto con otras penas pecuniarias como la caución, comiso y costos y gastos. En ese proyecto se establecía que “*la pena de multa obliga al reo al pago de la cantidad pecuniaria que ha sido condenado en la sentencia*”⁸¹, al mismo tiempo que agregaba una pauta de individualización relacionada con la capacidad económica de quien debía afrontarla (artículo 3). Asimismo, mantuvo la costumbre tradicional de convertir la multa en prisión ante la falta de pago. Al fundamentar el proyecto, Tejedor puso de relieve las ventajas de esta pena, como son su divisibilidad, su capacidad de ser reparada y la relativa igualdad que procura.

⁸⁰ FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998.

⁸¹ Primera Parte, Libro II, Título II, Sección cuarta, artículo 1.

Siguiendo esos lineamientos, pero de una forma más limitada, el Código de 1886 reguló la pena de multa, tomando como antecedente el Código Tejedor. Agregó como párrafo segundo del artículo 79 la siguiente cláusula: *“La multa será siempre proporcionada a los bienes, empleo o industria del delincuente, salvo los casos especiales de la ley; y si no pudiese pagar la multa, sufrirá arresto equivalente que no podrá pasar de nueve meses”*. No obstante, esta normativa no se cumplía en su totalidad, dado que la mayoría de los delitos sancionados con multa imponían una escala penal muy restrictiva, lo cual restringía la capacidad de establecer una sanción proporcional a las capacidades económicas del individuo condenado.

Asimismo, y sin perjuicio de establecerse la posibilidad de conversión de la multa en arresto ante el incumplimiento de la sentencia con un límite de nueve meses, no se encontraba regulado un mecanismo de conversión⁸². Por el contrario, se establecía una fórmula para el cómputo de la prisión preventiva⁸³.

Por su parte, el proyecto de código de 1906 no introdujo modificaciones ni innovaciones puntuales en la materia. Sin embargo, es importante mencionar que las pautas para la graduación de penas relativas a la situación económica de la persona condenada y las circunstancias generales agravantes y atenuantes de pena, actualmente reguladas en los artículos 40 y 41 del código, fueron incorporadas por primera vez en ese proyecto⁸⁴.

Asimismo, aumentaba el tiempo de prisión en el cual podía ser convertida la pena de multa, pasando de nueve meses de arresto a un año y seis meses de prisión. La comisión que elaboró el proyecto, en la expresión de motivos manifestó en relación con la importancia de la pena de multa que *“no puede faltar en un sistema penal para delitos leves, ya que ofrece las ventajas de no aumentar inútilmente la población de las cárceles y de no afectar la persona del delincuentes, es aplicada en mayor proporción que en el código actual, y a fin de que no sea ilusoria por la insolvencia o la mala voluntad, se*

⁸² Al igual que en el proyecto de Código de Tejedor, se omitió establecer un mecanismo de conversión entre la pena de multa y la pena privativa de libertad ante el caso de incumplimiento.

⁸³ El artículo 49 de ese cuerpo normativo dispone que un día de arresto será equivalente a dos pesos de multa.

⁸⁴ *“Que el [principio de individualización de la pena] se ha ido abriendo camino, como se lo abre siempre la verdad, y si hay algo cierto en materia penal, es que rara vez se presentados criminales iguales. Así como la medicina proclama que no hay enfermedades, sino enfermos, el derecho penal moderno reconoce que no hay crímenes, sino criminales. [...] La individualización de las penas no es fruto de esta o aquella escuela, ni de este o aquel pensador; es una intuición de la conciencia, es la aplicación de la idea de la justicia tal como la siente y la entiende la humanidad Actual”* Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1906). Exposición de motivos. p. 18/20.

*dispone que en caso de no pagarse en el término que el juez señale, el condenado sufrirá prisión que no excederá de año y medio*⁸⁵.

Por su parte, el proyecto de código penal presentado en 1917 mantuvo la naturaleza de la pena de multa instada por el primer código penal de la nación, incorporando algunas de las modificaciones mencionadas en el proyecto de 1906. Asimismo la Comisión de Códigos del Senado aconsejó la incorporación de mecanismos tendientes a evitar la conversión de la pena de multa en prisión, como lo son la posibilidad de amortizar la pena pecuniaria mediante el trabajo libre y el pago en cuotas, prevaleciendo sólo la última de las propuestas.

Otra característica importante de la pena de multa en nuestra regulación vigente es que la transferencia de dinero se realiza en favor del Estado; a diferencia de otros sistemas en los que la multa cobra un carácter reparatorio, y es la víctima o su familia la acreedora de la suma establecida en la sentencia.

VI.1. Ventajas e inconvenientes de la pena de multa

Se suele asignar dos ventajas principales a la pena de multa. Por un lado, se caracteriza, al igual que la pena de prisión, por su divisibilidad, admitiendo asimismo “criterios de individualización de las condiciones económicas del delincuentes”⁸⁶. Mientras que por otro parte la posibilidad de reparación, configura una virtud sobre las penas privativas de libertad, que carecen de esta característica.

La divisibilidad de la pena de multa permite que esta sea proporcionada al grado de injusto y de culpabilidad, como así también a los recursos de la persona condenada. Nuestro Código Penal sigue este sistema, incluso cuando no establece el mínimo y el máximo en cantidades determinadas sino que hace depender los topes de otras pautas⁸⁷. Por ejemplo, el artículo 262 reprime *con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído* al funcionario público que por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo.

En ese sentido, la multa afecta de una manera parcial el patrimonio de la persona condenada traduciéndose en el pago de una suma de dinero, y al igual que el resto de las

⁸⁵ Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1906). Exposición de motivos. p. 35.

⁸⁶ RIGHI, *Teoría de la Pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 176

⁸⁷ SOLER, *Derecho penal argentino. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 1045, p. 438

penas enunciadas en el artículo 5, su individualización tiene que tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del CP, especialmente, "la situación económica del penado". En consonancia con estos lineamientos, la confiscación general de bienes, que está expresamente prohibida por la Constitución Nacional (conforme lo regulado en el artículo 17 de nuestra carta magna) establece un límite fundamental para la regulación de este tipo de pena⁸⁸. Sin embargo, este límite no es suficiente, debiéndose recurrir al principio de igualdad a fin de no incurrir en un gravamen superior para el caso de aquellas personas que no cuentan con vastos recursos económicos. En ese sentido, el Dr. Zaffaroni afirma que *"la igualdad ante la ley se viola cuando delitos iguales se penan en forma diferente o cuando se imponen iguales cargas patrimoniales penales a sujetos con desiguales fortunas para resistirlo"*⁸⁹.

En cuanto a la posibilidad de ser reparada en caso de encontrarse con posterioridad la pena injusta, el error puede ser saldado mediante su devolución y el pago de la correspondiente indemnización⁹⁰; a diferencia de las penas privativas de la libertad que por su naturaleza son imposibles de ser corregida.

Sin embargo, la pena de multa acarrea también diferentes inconvenientes o desventajas. En la exposición de motivos elevada junto con el Proyecto de Código Penal en el año 1917 se hace especial mención a la problemática de la desigualdad de este tipo de pena, *"pues a los ricos poco puede importarles satisfacerla mientras que a los pobres les resulta de imposible cumplimiento o por lo menos de un enorme sacrificio. El pudiente se libera siempre; el que carece de recursos, tendrá, probablemente, que cumplir la prisión que se sanciona para quienes no la abonen"*⁹¹.

Partiendo de esa base y a fin de evitar o minimizar que la regulación de la pena de multa sea violatoria al principio de igualdad, se incorporó la obligación de apreciar la situación económica del penado, como así también el resto de los elementos generales de apreciación que se tiene en cuenta a la hora de juzgar cualquier delito.

Por otra parte, se estableció que la conversión de la pena de multa en pena de prisión procedería en última instancia, después de haberse intentado el pago de la misma por todos los medios disponibles —pago en cuotas o con trabajo—. A tal fin, se tendrá

⁸⁸ No escapa en este punto, la problemática vinculada con la aplicación de las multas estipuladas en ley 23.737 (narcotráfico), donde las multas impuestas son notablemente altas, alcanzando niveles prácticamente impagables. Esta situación difumina el propósito esencial de este tipo de sanciones.

⁸⁹ ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 974.

⁹⁰ FONTÁN BALESTRA, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 376

⁹¹ Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1917). Exposición de motivos. p. 44.

en consideración al que desee pagar y compruebe que podrá pagar, pero que carece del dinero en el momento de la condena; procurando también que se pague con los bienes, sueldos y otras entradas de la persona condenada.

Además, se reguló el término para efectivizar el pago en seis meses, pero esto no quería decir que quien deba pagar cuente con un plazo de gracia, sino que es el plazo en el que desde el tribunal de condena se deberán realizar todas las medidas tendientes al cumplimiento de esa pena. Recién con posterioridad a ese término se puede decretar la conversión.

Por último, y en caso de conversión, se establece la posibilidad de que la libertad de la persona condenada sobrevenga en cualquier momento en que se efectivice el pago⁹². La prisión es una consecuencia de la pena de multa, sustitutiva de ella, por eso nunca se convierte en pena principal; esa característica tiene varias relaciones. Una de ellas es que en cualquier momento la persona condenada puede recuperar su libertad pagando la multa, descontándose del monto de la misma el tiempo que estuvo en prisión⁹³.

VI.2. Proyectos de reforma

Los proyectos de 1960, 1973 y 1979 incorporaron el sistema de días multa⁹⁴, pero fue recién con el proyecto presentado en marzo del 2014 que este sistema logró un mayor nivel de desarrollo. En su artículo 34 se establecía que la multa se debía determinar por días, *cuyo mínimo será de cinco y su máximo de setecientos veinte*, y que el monto de cada día de multa *se establecerá según las condiciones económicas del condenado y su capacidad de pago*. Asimismo, establecía una pauta de regulación, por la cual el monto no podía ser inferior al diez por ciento del salario mínimo vital y móvil vigente al tiempo de la sentencia ni superior al importe de éste, sin exceder del treinta por ciento de la renta real diaria de la persona condenada.

Aunque popularmente se conoce como "sistema nórdico", en realidad, el sistema de días multa fue inventado en Brasil en el siglo XIX. Este sistema consiste en fijar una cuantía de días y establecer el monto económico de cada día de multa, en función de la capacidad económica del infractor: *"el número de días multa expresa el contenido del ilícito y de la culpabilidad (...) en tanto la determinación del monto de cada día multa*

⁹² Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1917). Exposición de motivos. p. 46

⁹³ ZAFFARONI, *Código Penal*, t. 1. (2ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p 342.

⁹⁴ CESANO, *La pena de multa en el Código Penal Argentino: un análisis dogmático*, FD, Buenos Aires, 2010, pp. 65-69.

sirve exclusivamente a la adaptabilidad de la pena a la capacidad económica del pago del condenado”⁹⁵.

Por otra parte mantenía la posibilidad del pago en cuotas, al mismo tiempo que regulaba la conversión en trabajos para la comunidad, a razón de una hora de trabajo por cada día de multa cuando quien fuera sujeto de la condena no tuviera capacidad de pago.

Asimismo, se estableció una particular característica, por la cual se otorgaba al juzgador la posibilidad, cuando cualquier delito fuere cometido con ánimo de lucro, de imponer conjuntamente con la pena que correspondiere una multa, aun cuando no estuviere especialmente prevista o solo lo estuviere en forma alternativa. En igual sentido que la modificación incorporada al código en el año 1993 por la ley 24.286.

Por su parte el artículo 35 de la ley 24.660 (sancionada en 1996) establecía ante el incumplimiento de la pena o lo que reste de ella la conversión en prisión de efectivo cumplimiento, a razón de un día por cada dos días de multa (cfr. artículo 21, segundo párrafo CP). Asimismo, si el penado pagare en cualquier momento lo que le reste cumplir de pena de multa, cesará la prisión y del importe se descontará la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido. Particular atención cabe darle a la posibilidad de modificar los términos de la sentencia, *“cuando sin culpa grave del condenado variaren significativamente sus condiciones económicas, su capacidad de pago o su renta real”*⁹⁶, ante esta situación el juez o jueza podrá adecuar el monto del día de multa fijado en la sentencia a las nuevas circunstancias personales.

Por su parte, el anteproyecto de código penal de 2019 también establecía el sistema de días de multa, al mismo tiempo que autoriza tanto que el pago se haga en diferido como la división del monto total en cuotas. Asimismo, establecía un máximo de dos años para el cumplimiento total de la multa.

Ante el incumplimiento, también regulaba la posibilidad de la conversión de la multa en prisión a razón de un día de prisión por cada día-multa, la que no excederá de un año y seis meses, pero esta conversión tenía carácter subsidiario. Previo a lo cual se debería procurar su satisfacción haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas de la persona condenada. Si ello no fuese posible podrá también disponer que la multa sea amortizada mediante trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, a razón de un día de trabajo de seis horas por cada día-

⁹⁵ MAURACH / GOSSEL / ZIPF, *Derecho Penal - Parte General*. Tomo 2, 7ma Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 696.

⁹⁶ Cfr. inc. 4, art. 35 del Anteproyecto de Código Penal de 2014.

multa. Tanto el pago en cuotas como el trabajo no remunerado podrán ser revocados si la situación económica de la persona condenada mejorase sensiblemente o la multa pudiese hacerse efectiva en su totalidad. Si el hecho fuere cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena de prisión una multa, aún si no estuviese especialmente prevista o lo estuviese sólo en forma alternativa con aquélla.

Junto con la incorporación del sistema de días-multa, introdujo una nueva regulación por la que se establecía específicamente que el monto de la multa sería destinado a un fondo especial para solventar la asistencia social a las víctimas de delitos, salvo que estuviese específicamente previsto un destino diferente.

En resumen, un sistema efectivo de aplicación de multas es esencial para mantener la equidad, promover la reintegración social, aliviar la carga sobre el sistema judicial. Además, al evitar el encarcelamiento por delitos de menor gravedad, se reduce la presión sobre el sistema penitenciario y se evitan los efectos desocializadores que pueden surgir de períodos cortos de encarcelamiento. Este enfoque más flexible y justo promueve la reintegración social al tiempo que optimiza los recursos estatales, lo que permite una gestión más eficiente y equitativa del sistema de justicia penal.

VII. La pena de inhabilitación

La inhabilitación como pena consiste en la privación de un derecho o en la suspensión de su ejercicio con la finalidad de evitar la reiteración de un delito cometido en ocasión del cargo, profesión u oficio que se desarrollará⁹⁷. Esta puede ser absoluta o especial, y al mismo tiempo puede ostentar tanto el carácter de pena principal como accesoria.

Es la última de las penas del catálogo que presenta nuestro código en su artículo 5, por lo que conforme a lo establecido por el artículo 57, es la respuesta punitiva de menor gravedad de las introducidas con la sanción del código penal en 1922; y quizás este sea uno de los motivos por el cual el desarrollo dogmático y jurisprudencial en relación con la aplicación de esta pena es escaso.

Asimismo, el propio rol asignado en el Código Penal, junto con el hecho de que sea una pena que puede incluso hasta pasar desapercibida, y los problemas estructurales en el control de su ejecución, deriva en que su aplicación sea menor que el resto de las

⁹⁷ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1999. Tomo 2, p. 310.

penas. En este sentido, abogar por la generación de mecanismos de supervisión que tornen en real su aplicación, puede convertir a este tipo de penas en una herramienta de gran valor a fin de materializar una política criminal reduccionista de las penas privativas de libertad.

VII. 1. Evolución en la legislación Argentina

Originariamente el proyecto de Código de Tejedor regulaba distintas penas privativas del honor y humillantes. La pena de inhabilitación se encontraba dentro de este grupo, junto con las penas de destitución, suspensión, retractación, sujeción a la vigilancia de la autoridad y represión.

Desde sus orígenes, esta pena podía ser de carácter absoluta, o aplicarse de forma especial. Conllevando la primera de estas la pérdida del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque proviniese de elección popular; la privación de todos los derechos políticos, activos y pasivos, durante el tiempo de la condena; y la incapacidad para obtener los cargos, empleos y derechos mencionados, igualmente por el tiempo de la condena⁹⁸.

Por otra parte, la inhabilitación especial para empleo o cargo público producía la privación del cargo o empleo sobre que recayere, y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. Mientras que la inhabilitación especial para derechos políticos producía la incapacidad de ejercer durante la condena aquéllos sobre los que recayere; la cual a su vez puede ser perpetua o temporal conforme lo establecido en el artículo 54 de ese código penal.

Disposiciones similares a las del *Proyecto Tejedor* fueron las adoptadas en nuestro primer código penal, quedando regulada la pena de inhabilitación en los artículos 19 y 20.

VII. 2. La regulación en el Código Penal

En relación con la inhabilitación absoluta, se ha cuestionado su denominación, pues la inhabilitación no tiene el carácter de ser absoluta por no comprender todos los derechos de la persona condenada, sino aquellos que enumera específicamente el código —actualmente el artículo 19—. Se puede entender que este calificativo, o bien es para distinguirla de la inhabilitación especial, que solo afecta empleo, cargo, profesión o

⁹⁸ ZAFFARONI, *Código Penal*, t. 1. (2ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 281.

derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena, o se refiere el carácter absoluto en relación a la vida pública de la persona, ya que sin perjuicio de poder seguir ejerciendo todos los derechos no enumerados, en la órbita del ámbito público el penado no podrá tener participación⁹⁹.

El artículo 19 que regulaba el alcance de la inhabilitación absoluta se mantuvo, sin grandes modificaciones, tal como había sido previsto en el *Código Tejedor*. La ley 11.179 solo introdujo una novedad en el inciso 4, relativa a disminuir al máximo posible la trascendencia de la pena. En la expresión de motivos que acompañó el proyecto de código el diputado Rodolfo Moreno (h), manifestó que *“repugna mantener como pensionado por el estado a un individuo que debe, por sus actos antisociales, ser castigado por el mismo, sin embargo si se tiene en cuenta que la condena en esa forma podría perjudicar a personas inocentes, como sería la familia, en caso de mantenerse aquella con el subsidio, se consignó la excepción, expresándose que si el penado tuviese esposa o hijos menores, a estos les corresponderá la mitad de la pensión. En similar sentido, la comisión de reformas estableció que si el penado tuviese esposa, hijos menores de cualquier clase o padres ancianos y desvalidos, la pensión corresponderá a estos. Se trata de que el dolor del delito no vaya acompañado ara esos seres inocentes de las dificultades materiales que sobrevendrá con la carencia de recursos”*¹⁰⁰. Así, y con el objetivo de reducir al mínimo la trascendencia de la pena se regula hasta la actualidad el alcance de la inhabilitación absoluta.

Por otra parte, la pena de inhabilitación especial se encuentra regulada en el artículo 20, y su redacción no ha sufrido modificaciones desde la sanción del código en 1922. Esta pena conlleva la caducidad de un determinado derecho o actividad relacionado con el delito cometido y el cual será determinado en la sentencia; motivo por el cual difiere de la inhabilitación absoluta en donde los derechos que se ven limitados están específicamente enumerados en el artículo 19.

Otras de las particularidades para analizar en relación a este tipo de pena es la forma de contabilizar cuando haya sido impuesta junto con una pena privativa de la libertad. Sin perjuicio de encontrarse actualmente saldada esta discusión, corresponde aclarar que la solución no fue incorporada en el texto original de la ley 11.179. Fue por una modificación posterior que se incorporó al código penal el artículo 20 ter, por el cual

⁹⁹ ZAFFARONI, *Código Penal*, t. I. (2ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 287

¹⁰⁰ Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1917). Exposición de motivos, p. 44.

se regula, entre otras cuestiones, que el plazo de la inhabilitación empezará a correr desde que la persona recupere su libertad.

De acuerdo con el criterio de la doctrina mayoritaria debe entenderse que dicho plazo corre en paralelo con el de la pena de prisión¹⁰¹. De la Rúa, quien conformó este grupo, consideraba que la regla incorporada en el artículo 20 ter sirve para resolver definitivamente la cuestión, en el sentido de que no tiene curso la inhabilitación mientras la persona condenada está cumpliendo la pena privativa de libertad. Por otra parte, se encuentran quienes consideran que el artículo 20 ter no resuelve la cuestión del cómputo ya que cuando esa pena sea impuesta junto con la pena de prisión “*tendrían la inadmisibles consecuencia de alterar los cálculos correspondientes al fallo. Aparte, si la inhabilitación recién comenzase después de cumplida la pena privativa de libertad, nos encontraríamos con que un penado podría votar en prisión, y aún ejercer un cargo público, aunque con las incomodidades propias de su estado. Tampoco tendría vigencia el inciso 4º durante ese período, de manera tal que continuaría percibiendo los beneficios a que la norma se refiere*”¹⁰². Al mismo tiempo, esta forma de contabilizar la inhabilitación podría constituir una violación al principio de *ne bis in idem*. Ya que, quien se encuentra privado de la libertad necesariamente va a ver restringido el goce de los derechos establecidos en el artículo 19, por lo que sí se permite que el plazo de la inhabilitación empiece a contabilizarse una vez que la persona recupere su libertad, de hecho se estaría incurriendo en una duplicación del tiempo de afectación de esos derechos.

Asimismo, la mencionada norma regula el instituto de la rehabilitación, que permite que pasada la mitad del tiempo de la inhabilitación absoluta temporal o 10 años para los casos de inhabilitación absoluta perpetua, cuando la persona condenada se haya comportado correctamente y reparado los daños en la medida de sus posibilidades, esta va a poder ser restituida en el goce de sus derechos.

VII. 3. Proyectos de reforma

¹⁰¹ SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1999. Tomo 2, p. 454.

¹⁰² NEUMAN, “Artículos 5º/11”, en: Baigún, David. Zaffaroni, Eugenio (dir.). Terragni, Marco (coord.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997., tomo I, p. 121.

Las modificaciones más significativas en relación a este tipo de pena fueron las esbozadas en el Proyecto de Código Penal de 2014. Principalmente porque se renuncia a la distinción vigente entre inhabilitación absoluta y especial, que impone la primera como accesoria de toda condena a la pena de prisión de tres años o más¹⁰³.

Asimismo, se destaca la incorporación de una nueva escala penal, con un mínimo de seis meses y un máximo de veinte años, lo que constituye un límite temporal inferior al máximo de las penas temporales establecido en treinta años.

En los casos en los que la pena de inhabilitación sea impuesta conjuntamente con la pena de prisión, se establece una nueva forma de contabilizar el plazo de la inhabilitación el cual empieza a correr de forma conjunta con la privación de la libertad, durante el cual será privado de toda función pública, como también del derecho a ejercer la actividad sobre la que recayere, no pudiendo obtenerla durante el mismo tiempo.

Por último, corresponde hacer mención al artículo 45 del anteproyecto de 2014 por el cual se regula el acceso al instituto de suspensión de proceso a prueba. Específicamente en el inciso 7, se habilita que en calidad de regla de conducta se imponga la realización de actividades dirigidas a solucionar su presunta incompetencia o inidoneidad, cuando el delito estuviere reprimido con pena de inhabilitación o fuera viable su aplicación conforme el artículo 36, inciso 2 de ese proyecto¹⁰⁴. De esta forma, resuelve el problema derivado de la regulación original del código vigente, por el cual los supuestos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación quedarían excluidos del acceso a ese instituto. Receptando el proyecto la opinión de la jurisprudencia mayoritaria al respecto, por la cual se considera que la pena de inhabilitación no es un obstáculo para la concesión del instituto.

VIII. Conclusiones

Como resultado de la multiplicidad de leyes penales especiales, como también de normas injertadas en leyes de la más diversas índoles, cuya naturaleza —penal o no penal— muchas veces queda en duda, nuestro código ha dejado de tener el carácter de texto armónico y coherente, que se pretendió con su sanción en 1922.

¹⁰³ Cfr. art. 12 del Código Penal.

¹⁰⁴ ARTÍCULO 36.- (...) 2. Aunque la inhabilitación no estuviere expresamente prevista, podrá imponerse por un plazo de seis meses a seis años, cuando el delito importare: a) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela. b) Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

La justificación de la mayoría de estas incorporaciones vienen de la mano de políticas contra la inseguridad. Ante crímenes resonantes, así como también ante reclamos sociales de una gran legitimidad, se produce un fenómeno que apela a la creación de normas cada vez más represivas que, en muchos casos, no se traducen en un beneficio social ante la inseguridad: más legislación no equivale necesariamente a más seguridad o mayor resguardo de derechos.

En lo relativo al catálogo de penas estipulado en el artículo 5, nos encontramos actualmente frente a un código que habilita la aplicación de penas de por vida, al mismo tiempo que promueve la aplicación de penas de encierro por sobre otras respuestas punitivas en contra de los propios ideales del legislador. En este sentido, vemos como las penas de multa e inhabilitación son desprestigiadas por no contar con mecanismos para su correcta control en la fase ejecutiva.

Por otra parte, e independientemente de las modificaciones que ha sufrido nuestro Código Penal, no es menor advertir las dificultades de una norma de mantener el mismo nivel de vigencia a lo largo de más cien años. Dicho en términos hegelianos, una norma *“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”*¹⁰⁵.

Asimismo, cabe destacar que con la reforma constitucional de 1994, se introdujeron a nuestro bloque de constitucionalidad diferentes tratados de derechos humanos, que fijan a la reinserción social como la finalidad esencial de la ejecución de las penas privativas de la libertad, el cual, a la luz de las modificaciones incorporadas al Código Penal, no se ve garantizado.

Lo esbozado anteriormente ofrece razones de sobra para abogar por que la ley penal recupere claridad, precisión y organicidad, al mismo tiempo que se adecue a los principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos. A tal fin, propongo una serie de ejes que considero debería seguir cualquier proceso de reorganización en materia de penas:

¹⁰⁵ HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*. Mendoza (trad.). Claridad S.A., Buenos Aires, 1968. p. 218.

- 1) La eliminación de la reclusión del catálogo de penas, con el objetivo de garantizar la efectiva aplicación de los principios emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5.2 y 5.6. CADH).
- 2) La regulación para todos los supuestos de penas perpetuas de un mecanismo que habilite su agotamiento.
- 3) La derogación de la regulación actual del artículo 14 del CP, por vedar a un extenso grupo de delitos de la posibilidad de acceder a un mecanismo de agotamiento de la pena.
- 4) Un límite a las penas temporales respetuoso de los principios de reinserción social y prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 5.2 y 5.6. CADH).
- 5) La regulación para las penas de multa del sistema de días-multa, por ser el más respetuosos a los principios de culpabilidad e igualdad.
- 6) La eliminación de la pena de inhabilitación absoluta junto con la incorporación de una modalidad de cómputo que elimine la duplicación del tiempo de cumplimiento de la inhabilitación.

En vista de la complejidad normativa que ha desvirtuado la coherencia del código penal, alimentada por la creciente tendencia a legislar bajo la presión de políticas punitivas ante casos resonantes, se vislumbra un sistema que, lejos de procurar la seguridad y el respeto a los derechos, desdibuja su propósito original. La vigencia de penas desacreditadas como la prisión perpetua, a pesar de su cuestionamiento, refleja la peculiaridad de nuestra sociedad en desarrollo. Aunque no sea declarada inconstitucional, su contradicción con tratados internacionales y la priorización de reinserción social, postulados en la reforma constitucional de 1994, demandan una revisión profunda del catálogo de penas.

Sin embargo, no puede negarse que, pese a su creciente desprestigio, la pena de prisión perpetua forma parte del norte de nuestra política criminal. Ello quizás explique, por un lado, el motivo por el cual nuestra normativa interna no la ha derogado como especie de pena y/o, por otro lado, porqué tanto los tratados internacionales de Derechos Humanos como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no han declarado el carácter en sí mismo *inconvencional* de la pena de prisión perpetua.

Proponer una reorganización que rescate la claridad, precisión y consonancia con los principios de los derechos humanos se vuelve imperativo. Esta reconfiguración debería contemplar la eliminación de la reclusión, la limitación de las penas perpetuas —ya sea mediante de su eliminación o a través de la regulación de mecanismos concretos de agotamiento—, la revisión de la penalización de ciertos delitos, y la instauración de límites temporales coherentes con la reinserción social y la prohibición de tratos crueles, delineando un camino hacia un sistema penal más justo y acorde con estándares internacionales.



Universidad de
San Andrés

IX. Bibliografía

Normativa: proyectos de ley y debates parlamentarios

- Informe de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria. Proyecto de Código Penal para la Nación Argentina, 1917.
- Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1906).
- Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (1917).
- Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (2014).
- Proyecto Código Penal para la Nación Argentina (2019).

Normativa internacional

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950, entrada en vigor el 1º de noviembre de 1998.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia nacional

- CSJN, “Álvarez, Guillermo Antonio y otro s/ robo con armas”; 70150/2006/T01/1/2/RH1, rta. 22/8/2019.
- CSJN, “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”; A. 577. XLV, rta. 5/2/2013. Fallos 336:19.
- CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”; G. 560. XL, rta. 5/9/2006. Fallos: 329:3680.
- CSJN, “Miranda, Guillermo”; 4423/2015/RH1, rta. 26/12/2019. Fallos: 342:2362

Jurisprudencia internacional

- Corte IDH, caso *Fermín Ramírez Vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, No. 126.

- Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.
- Corte IDH, caso *Álvarez vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de marzo de 2023. Serie C Nro. 487.
- CIDH. Informe No. 237/19. Caso 13.041. Fondo. Guillermo Antonio Álvarez. Argentina, 5 de diciembre de 2019.
- TEDH, *Bodein vs. Francia*, petición N° 40014/10, sentencia de 13/11/2014.
- TEDH, *Vinter y otros vs. Reino Unido*. Gran Cámara, peticiones nros. 66.069/09, 130/10 y 3896/10, sentencia del 9/7/13.
- TEDH, *Murray vs. Países Bajos*. Gran Sala, 26/04/2016.
- TEDH, *T.P. y A.T. vs. Hungría*, peticiones N° 37871/14 y 73986/14, 04/10/2016.
- TEDH, *Petukhov vs. Ucrania, Petukhov vs. Ucrania*, petición N° 41216/13, 12/3/2019.

Doctrina

- Alderete Lobo, Rubén A., *La libertad condicional* (1ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- Alderete Lobo, Rubén A., *Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina*, en *Revista La defensa de las personas privadas de libertad*, Nro. 15, noviembre, 2020, pp. 45-66.
- Alderete Lobo, Rubén A., *Derecho procesal de ejecución penal. Tomo 1. Fundamentos*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2022.
- Arocena, Gustavo A., *Populismo penitenciario* (1ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2023.
- Bailone, Matías, *La reclusión en el Código Penal Argentino*, SAIJ, Febrero, 2006. (Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/matias-bailone-reclusion-codigo-penal-argentino-dacf060114-2006/123456789-0abc-defg4110-60fcanirtcod#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20actual%20art%C3%ADculo%2024,se%20compute%20una%20jornada%20entera](http://www.saij.gob.ar/matias-bailone-reclusion-codigo-penal-argentino-dacf060114-2006/123456789-0abc-defg4110-60fcanirtcod#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20actual%20art%C3%ADculo%2024,se%20compute%20una%20jornada%20entera;); última consulta: 3 de diciembre de 2023).
- Borinsky, Mariano, y Pascual, Juan Ignacio, *A 100 años del Proyecto del vigente Código Penal de Rodolfo Moreno (h)*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, febrero de 2018, (Disponible en: <https://www.amfjn.org.ar/2018/02/21/a-100->

[anos-del-proyecto-del-vigente-codigo-penal-de-rodolfo-morenoh/](#); última visita: 15 de octubre de 2023).

- Cesano, José Daniel, *La pena de multa en el Código Penal Argentino: un análisis dogmático*, FD, Buenos Aires, 2010.
- Cesano, José Daniel. *Rodolfo Moreno (h), su mundo parlamentario y el proceso de codificación penal argentino*. Revista de Derecho Penal, T°III, 1, Ed. Ediar, Buenos Aires.
- Delgado, Sergio, *Pena perpetua. Justicia vana*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año X, 8.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, 1998.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la Filosofía del Derecho*, Mendoza (trad.), Claridad S.A., Buenos Aires, 1968.
- Juliano, Mario y Ávila, Fernando. *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Editores del Puerto, 2012.
- Maurach, Reinhart, Gossel, Karl Heinz, Zipf, Heinz, *Derecho Penal - Parte General*, Tomo 2 (7ma Edición), Editorial Astrea, 1995.
- Moreno, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H.A, Tomassi, 1922.
- Neuman, Elías, “Artículos 5°/11”, en: Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, tomo I.
- Righi, Esteban, *Teoría de la Pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- Rivarola, Rodolfo, *Exposición y crítica del Código Penal de la Republica Argentina de 1886*, Felix Lajouane, 1890.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Buenos Aires, 1999.
- Savingny, Friedrich Karl v., *Sistema del Derecho Romano Actual* (Traducción a cargo GUENOUX), F. Gongora y Compañía Editores, Madrid, 1879.
- Vitale, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba* (3ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2022.
- Roxin, Claus, *Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. (Traducción a cargo BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE), Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1992; p. 9.

- Zaffaroni, Eugenia Raúl, *Código Penal, t. 1.* (2ª Edición), Hammurabi, Buenos Aires, 2016.
- Zaffaroni, Eugenia Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

Páginas web consultadas

- Página de información legislativa del Ministerio de Justicia de Derechos Humanos.
- Página del Sistema Nacional de Estadística de Ejecución Penal.
- Página del Sistema Nacional de Información Criminal.



Universidad de
San Andrés