



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

TESIS DE MAESTRÍA

**Neorepublicanismo deliberativo y penalidad.**

Una herramienta para el análisis político de la pena de prisión perpetua, y su aplicación a la situación en Argentina.

Nombre del tesista:

Mgtr. Carlos H. González Bellene

Nombre del Director:

Prof. Dr. Omar A. Palermo

Mendoza, 2021.



**UNCUYO**  
UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE CUYO

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DE MAESTRÍA

**Neorepublicanismo deliberativo y penalidad.**

Una herramienta para el análisis político de la pena de prisión perpetua, y su aplicación a la situación en Argentina.

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Nombre del tesista:

Mgtr. Carlos H. González Bellene

Nombre del Director:

Prof. Dr. Omar A. Palermo

Mendoza, 2021.

**Neorepublicanismo deliberativo y penalidad.**

Una herramienta para el análisis político de la pena de prisión perpetua, y su aplicación a la situación en Argentina.

Maestría en Derecho Penal y Ciencias Penales  
Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Cuyo  
Mendoza, agosto de 2021.

*A mi padre y a mi madre.  
A Julieta.  
A la universidad pública.*



## ÍNDICE

<b>Índice.....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>10</b>
<b>Capítulo I: Un punto de partida republicano y democrático .....</b>	<b>17</b>
<b>I. Planteamiento .....</b>	<b>17</b>
<b>II. Republicanismos .....</b>	<b>19</b>
a. Republicanismo tradicional o clásico .....	20
b. Neorepublicanismo .....	24
i. Republicanismo y liberalismo en su «mejor versión».....	24
ii. La redefinición republicana de la libertad como no-dominación.....	26
<b>III. Democracia deliberativa.....</b>	<b>30</b>
a. Criterios para la caracterización de sistemas democráticos.....	32
b. El enfoque deliberativo.....	36
<b>IV. La síntesis neorepublicana deliberativa y el Derecho penal.....</b>	<b>40</b>
a. Neorepublicanismo deliberativo .....	40
b. Entre el elitismo penal y el populismo punitivo .....	43
c. Aportes del republicanismo democrático al Derecho penal .....	49
i. Contra el elitismo: razones para incluir a la comunidad en el debate penal....	49
ii. Aplicar un derecho penal que la ciudadanía perciba como propio.....	51
<b>V. Conclusiones .....</b>	<b>55</b>
<b>Capítulo II: Entre el elitismo penal y el populismo punitivo. Una genealogía de la nominalidad y facticidad de la prisión perpetua en Argentina. ....</b>	<b>58</b>
<b>I. Planteamiento .....</b>	<b>58</b>
<b>II. La regulación de la prisión perpetua vigente en Argentina .....</b>	<b>60</b>
a. Delitos conminados con prisión perpetua .....	60
b. Implicaciones de la imposición de una pena a prisión perpetua.....	62
i. Libertad condicional.....	63
ii. Salidas previstas en las leyes de ejecución de la pena .....	65

iii. El examen de reducción de pena del Estatuto de Roma.....	65
iv. Indulto, conmutación de penas y amnistía .....	67
v. Prisión domiciliaria.....	67
vi. Recapitulación .....	68
c. Prisión perpetua respecto de menores de edad .....	69
d. Nuevos contornos del poder punitivo del Estado .....	72
<b>III. Genealogía de la PPSE: del elitismo penal al populismo punitivo en el desarrollo de la prisión perpetua en Argentina .....</b>	<b>74</b>
a. Primer momento: Código Penal de la Nación Argentina de 1921 y Ley Nacional de Ejecución de la pena privativa de la libertad de 1996 .....	74
b. Segundo momento: surgimiento del populismo punitivo. El impacto de las «leyes Blumberg» .....	79
c. Tercer momento: ley 27.375 y situación actual.....	82
i. Populismo punitivo en Mendoza .....	82
ii. Proyecto de reforma del Código Penal de 2014 .....	85
iii. Amplificación nacional de la «ley Petri» y giro del populismo hacia la «demagogia punitiva».....	86
d. Epílogo: el anteproyecto de Código Penal de 2019.....	90
<b>IV. Conclusiones .....</b>	<b>92</b>
<b>Capítulo III: Tensiones y contradicciones entre la prisión perpetua y el Estado de derecho.....</b>	<b>96</b>
<b>I. Planteamiento .....</b>	<b>96</b>
<b>II. Coherencia sistemática, principios del derecho penal y principios constitucionales .....</b>	<b>97</b>
a. Coherencia sistemática del ordenamiento jurídico .....	97
b. El principio de culpabilidad.....	98
i. Imposibilidad de adecuación de la pena a la medida de la culpabilidad .....	99
ii. ¿Derecho penal de autor? .....	102
c. El principio de proporcionalidad .....	106
d. El principio de igualdad como problema de racionalidad legislativa.....	109
i. El carácter fijo de la pena de prisión perpetua .....	112
ii. La diversidad de implicaciones de la pena de prisión .....	113

iii. El plazo para acceder a la posibilidad de liberación .....	114
e. El principio de división republicana de poderes .....	115
f. El principio de legalidad y la certeza de las penas .....	115
<b>III. Una cuestión de derechos humanos.....</b>	<b>118</b>
a. Efectos del encarcelamiento prolongado .....	120
b. El objetivo resocializador de la pena de prisión .....	123
c. La prohibición de imponer tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes..	129
i. Resocialización y dignidad humana .....	131
ii. Condiciones de encierro y trato digno.....	132
iii. La indeterminación de la pena como trato inhumano .....	133
<b>V. Conclusiones.....</b>	<b>139</b>
<b>Capítulo IV: Democracia, republicanismo y prisión perpetua .....</b>	<b>141</b>
<b>I. Planteamiento .....</b>	<b>141</b>
<b>II. El neorepublicanismo deliberativo y su incompatibilidad con la pena de     prisión perpetua.....</b>	<b>142</b>
a. Los estándares políticos .....	142
b. Dos aproximaciones neorepublicanas a la prisión perpetua.....	143
c. La tesis aquí defendida: incompatibilidad de la PPSE con el ideal regulativo.	150
i. El «destierro fronteras adentro» y su incompatibilidad con el neopublicanismo deliberativo. ....	150
ii. El modo en que tratamos a nuestros conciudadanos .....	158
d. Recapitulación y análisis crítico .....	162
<b>III. La prisión perpetua en el sistema político argentino.....</b>	<b>169</b>
a. Del ideal regulativo neorepublicano deliberativo al sistema jurídico-político argentino .....	169
b. La prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación frente a nuestro sistema jurídico-político .....	173
i. La prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación como producto legislativo .....	174
ii. La exclusión política total como consecuencia de la PPSE .....	175
iii. La excesiva interferencia estatal implicada en la PPSE.....	177
iv. La inconsistencia entre la PPSE y el resto del ordenamiento jurídico .....	179



c. Recapitulación: la PPSE en el Derecho argentino. ....	180
<b>IV. Excurso: propuestas en clave normativa .....</b>	<b>182</b>
a. Lo ideal: la producción de normas penales a partir del diálogo democrático y deliberativo .....	183
b. Lo actualmente esperable: el control de constitucionalidad.....	185
c. El control de constitucionalidad más compatible con el ideal regulativo.....	190
<b>V. Conclusiones .....</b>	<b>193</b>
<b>Conclusiones finales.....</b>	<b>197</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>201</b>

## INTRODUCCIÓN

1. Los estudios sobre legitimidad de las penas suelen presentarse en la dogmática penal de dos maneras: como una exploración sobre las *justificaciones* del castigo, es decir, de las razones que podemos tener para imponer una pena –el *por qué* de la pena–; o como una indagación sobre su *finalidad*, entendida como los propósitos que se persiguen con su imposición –el *para qué* de la pena–. Poco se ha atendido al sistema político en cuyo marco se responsabiliza y a su rol tanto en la justificación como en la modalidad y límites de la sanción penal.

Es posible sostener que existe una correlación clara entre los sistemas políticos y el derecho penal. Las leyes originadas a partir de procedimientos democráticos se diferencian de las formuladas por regímenes autoritarios, principalmente, por la clase de conductas que criminalizan y por la garantía de ciertos estándares de juzgamiento (la precisión de las definiciones de cada crimen, la irretroactividad de la ley penal, el tipo y grado de castigo al que se recurre, la equidad de los procedimientos judiciales, etc.). Esto conduce a que las leyes promulgadas por medios democráticos tiendan a satisfacer en mayor medida los requisitos de los principios liberales sobre los derechos humanos y el castigo.<sup>1</sup>

Del sistema de político no sólo dependen el *diseño* y el *funcionamiento* del sistema penal, sino también su contenido. Siguiendo la clásica clasificación aristotélica de regímenes políticos,<sup>2</sup> un sistema republicano que refleje las preferencias morales de la comunidad tendrá mayores posibilidades de adecuar sus normas penales a la idea de *justicia* que impera en ese grupo social que uno monárquico o aristocrático, principalmente por razones procedimentales.

Como veremos, existen diversas formas de entender a la república y la democracia, aunque incluso sin entrar en distinciones es posible afirmar que las decisiones que genere un sistema democrático podrán ser vistas como *justas* al menos por una parte mayoritaria del grupo de personas sobre el que rigen. Esto es así aun en un sistema democrático en el cual la participación del pueblo suponga sólo una intervención muy limitada –como la elección de representantes mediante el sufragio– en los asuntos públicos. Incluso este tipo

---

<sup>1</sup> NINO, C., “Derecho penal y democracia”, en NINO, C., *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013 (1989), pp. 99-100.

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *Política*, Barcelona, Gredos, 2000, p. 177.

de intervención permitiría considerar que, para quienes eligieron a los representantes que votaron una decisión, ésta refleja en alguna medida su concepción sobre el asunto. Y, si no lo hace, en las elecciones periódicas el pueblo puede hacerlo saber y modificar su elección. El origen democrático del derecho es relevante para el sistema penal porque se asocia a la justificación de la pena, en cuanto fundamenta una presunción de que los actos que tienden a criminalizarse son *injustos* y de que la pena implica daños sociales menores que los que se dirige a contestar.<sup>3</sup> Presunción que, sin dudas, es derrotable y puede perfeccionarse junto con la concepción o modelo de democracia que se adopte.

En un sistema donde el gobierno queda en manos de pocos, por el contrario, la justicia de las decisiones públicas –y entre ellas, de las normas penales– depende mayormente del arbitrio de una autoridad que no representa a la mayoría de las personas sobre las que decide. El grado de coincidencia entre la concepción de lo que es justo para el «monarca» con lo que es justo para los «súbditos» no puede ser conocido. Es probable que muchas de esas personas concuerden con la justicia de las decisiones de la autoridad, como puede que lo hagan pocas, pero este dato no resulta relevante ni decisivo en ese mecanismo de adopción de decisiones.

Todo esto, claro está, siempre que se acepte cierto relativismo moral que reconozca el carácter *situado* de la idea de justicia y se asuma un criterio epistemológico que permita evaluar nuestras acciones y reacciones respecto de las leyes no a partir de una noción “objetiva” sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto, sino de que atienda a lo que es razonable creer que es moralmente correcto o incorrecto.<sup>4</sup> La justicia no se da en un vacío, sino que se establece a partir ciertos criterios implícitos en la práctica social de la discusión moral que le da un lugar relevante a la opinión de las personas. Esta posición implicará –estrictamente– que no podamos hablar de la «justicia» de las decisiones adoptadas en un régimen no participativo, puesto que omite *por definición* la discusión moral social. A lo sumo será posible ponderarlas en base a u mayor o menor eficacia de cara a los fines que pretende alcanzar (prevención de delitos, reafirmación de la autoridad, imposición de un modelo moral de comunidad, etc.).

Lo mismo ocurre con el carácter *republicano* en los Estados. Un sistema republicano asentado sobre la confianza en la virtud cívica de la ciudadanía y la vocación de defender

---

<sup>3</sup> NINO, C., “Derecho penal y democracia...”, cit., p. 109.

<sup>4</sup> NINO, C., “Derecho penal y democracia...”, cit., p. 106.

el ideal de libertad frente a cualquier tipo de dominación o forma tiránica o elitista de poder;<sup>5</sup> requerirá límites a las normas penales. En palabras de MONTESQUIEU,

---

[1]a libertad política consiste en la seguridad o, al menos, en la opinión de la seguridad. Ningún ataque a esa seguridad es más peligroso que el de las acusaciones públicas o privadas. Es, por lo tanto, de la bondad de las leyes penales que la libertad del sujeto depende fundamentalmente.<sup>6</sup>

---

Por oposición, en un régimen en el que la libertad de las personas no sea vista como un valor fundamental que determine el diseño y contenido de las instituciones y decisiones públicas, no existirán límites conceptuales a las normas penales. Cualquier autoridad podría decidir criminalizar cualquier tipo de conducta, con cualquier pena, y su decisión sería más o menos legítima en función de factores no asociados a la libertad de los súbditos, sino más probablemente a la estabilidad de su poder.

2. Una referencia a Michel FOUCAULT resulta útil para graficar esta relación y a su vez presentar el propósito de este trabajo. Este autor comenzó su genealogía de la prisión con el relato de una tortura pública ocurrida en 1757, cuando la pena que correspondía al delito más grave era la pena de retractación, torturas y muerte. Así fue como Robert-François Damiens fue encontrado culpable del delito de parricidio por intentar asesinar al rey Luis XV y por ello fue condenado a retractarse públicamente ante la puerta principal de la Iglesia de París y a ser torturado hasta morir.<sup>7</sup> La sentencia, según da cuenta FOUCAULT, fue muy minuciosa sobre la tortuosa forma en que la pena debía ejecutarse,<sup>8</sup> y muestra que tal era la sanción que en el sistema absolutista-monárquico imperante entonces se consideraba necesaria para refutar el delito de *lesa majestad*, el más grave para ese régimen.

Actualmente una pena tal nos resulta cruel, despiadada, brutal. En una palabra, inhumana. Si en s. XVIII el régimen monárquico en Francia contestaba los crímenes más graves

---

<sup>5</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, p. 244.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU, C. L. S., *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 2007, citado por BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.

<sup>7</sup> FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012 (1975).

<sup>8</sup> Sobre un cadalso levantado al efecto, debían ser atenaceadas sus tetillas, brazos, muslos y pantorrillas. Su mano derecha, que debía sostener el cuchillo empleado para cometer el delito, debía quemarse con azufre. Sobre las heridas de tenaza debía verterse plomo derretido, luego aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre encendidos juntamente y, tras este suplicio, su cuerpo debía ser estirado y desmembrado por cuatro caballos. Sus miembros y tronco debían ser consumidos por el fuego, reducidos a cenizas y éstas arrojadas al viento (FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, cit., p. 11).

mediante la pena de muerte –exasperada mediante las torturas previas y la humillación implicada en la obligatoria retractación pública–, hoy numerosos regímenes republicanos y democráticos definen a la pena de prisión perpetua como la pena máxima, reservada –generalmente– para los delitos más graves. Además, existe un amplio consenso en eliminar toda forma de torturas y penas y tratos crueles. Sin embargo, la *prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación* ha ganado importancia en las últimas décadas a partir del debate sobre la abolición de la pena de muerte, donde ha captado el favor de los abolicionistas por tratarse de una alternativa que puede restar apoyo social a la pena capital. Paradójicamente, esta pena puede ser objeto de numerosas objeciones que se plantean a la pena de muerte.<sup>9</sup> Algo similar ocurre con la *prisión perpetua por tiempo indeterminado* recientemente aprobada en España, nación que –junto con Croacia, Noruega, Portugal y Eslovenia– formaba parte del grupo de países europeos que no preveían la pena de prisión perpetua y la han incorporado recientemente.<sup>10</sup>

Aunque en un pequeño grupo de Estados la pena de muerte sigue vigente como la sanción más grave,<sup>11</sup> como regla ha sido abandonada por la mayoría de los Estados con gobiernos democráticos, muchos de los cuales la han prohibido expresamente al suscribir acuerdos internacionales.<sup>12</sup> De modo que la pena más frecuente es la prisión y la pena máxima en ese escenario es la prisión de larga duración o la prisión perpetua.

Ahora bien, adoptar un enfoque político de análisis permite interpelar al castigo desde la perspectiva pública en que es impuesto. De este modo, podemos indagar sobre la relación que existe entre la forma de Estado y el sistema penal, y sobre si esta relación involucra

---

<sup>9</sup> APPLETON, C.; GRØVER, B., “The pros and cons of life without parole”, *The British Journal of Criminology*, 2007, n° 47, pp. 597-615.

<sup>10</sup> Véase CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *La Ley*, año XXXIV, n° 8175, 2013; ROIG TORRES, M., “El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable”, *InDret*, n°1, 2018; SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La prisión perpetua revisable”, *RJUAM*, n° 25, 212-I, pp. 167-187; ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.

<sup>11</sup> Para 2019 Amnistía Internacional registra que 12 países mantienen la pena de muerte: Egipto, Estados Unidos, Sudán del Sur, Irak, Irán, China, Japón, Corea del Norte, Pakistán, Vietnam, Somalia, Singapur y Arabia Saudí. En 2019 se llevaron a cabo, al menos, 657 ejecuciones (AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Informe global. Condenas a muerte y ejecuciones 2019”, Londres, Amnesty International Ltd., 2020, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5018472020SPANISH.PDF> [última consulta: febrero 2021]).

<sup>12</sup> Así lo disponen, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6) y su Segundo Protocolo Facultativo destinado a abolir la pena de muerte; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 4) y el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2) y sus Protocolos números 6 y 13 referentes a la abolición de la pena de muerte.

algún límite –y en su caso, cuál– para las penas. Este trabajo de maestría abordará el problema de la relación entre el sistema político y las penas desde un punto de vista teórico para luego orientarlo hacia la legislación argentina. Dos *preguntas-problema* disparan entonces este estudio: desde un punto de vista general, la pregunta sobre el tipo de límites que impone el *neorepublicanismo deliberativo* a las penas; y desde un punto de vista concreto, la coherencia entre el sistema político argentino y el tipo de prisión perpetua previsto en nuestro sistema jurídico.

Establecer una relación entre sistemas de gobierno y penas requiere de ciertas matizaciones, puesto que de la idea de que el sistema político determina las «grandes pinceladas» del diseño del sistema penal, no se sigue que –por ejemplo– un sistema republicano y democrático implique *necesariamente* penas distintas a las de un régimen autoritario, ni la prohibición de ciertas penas como la de muerte o la prisión perpetua. Así, por ejemplo, una concepción de democracia asociada solamente a la participación mínima –vgr. sólo el sufragio– y a la regla de la mayoría para la toma de decisiones no implica demasiado en relación a las penas posibles. Una comunidad podría limitarse a seleccionar representantes mediante el voto y éstos por mayoría decidir sancionar a determinados delitos con pena de muerte, y esa comunidad podría reclamar el llamarse a sí misma «democrática» al menos en un sentido de la palabra.

La tesis que será defendida es que un compromiso con el *neorepublicanismo deliberativo* –traducido como la voluntad de aproximarse en la mayor medida posible a ciertos ideales regulativos– deja de lado la posibilidad de aplicar penas que generen la exclusión de la persona del diálogo deliberativo, como la pena de prisión perpetua indeterminada o sin posibilidad de excarcelación.<sup>13</sup> A partir de ello, se analizará la prisión perpetua tal como se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico argentino actual y se defenderá la idea de que nuestra prisión perpetua no sólo se encuentra lejos del ideal del neorepublicanismo deliberativo, sino que además constituye un obstáculo para la realización del modelo republicano y democrático de nuestro sistema político.

---

<sup>13</sup> También, por motivos similares la pena de muerte. Sin embargo, el análisis no está orientado a la pena de muerte por tres razones. En primer lugar, por falta de interés práctico: la pena de muerte se encuentra abolida en nuestro país, así como en la mayoría de los países democráticos. En segundo lugar, porque un estudio orientado hacia la pena de muerte debería incluir inexorablemente –a mi juicio– un enfoque moralmente más cargado que el que exige la pena de prisión perpetua. En tercer lugar, porque buena parte de las consideraciones que se harán aquí en torno a la prisión perpetua son fácilmente trasladables a la pena de muerte.

De este modo, la tesis aborda un problema teórico y pretende erigir en base a él una crítica legislativa. Luego de construir un análisis sobre la relación entre las formas políticas y las penas –con especial atención al neorepublicanismo deliberativo y a la prisión perpetua–, se propone una crítica aplicada al derecho penal argentino. Como este doble propósito supone trabajar diferentes problemas, en el abordaje de cada arista se emplean metodologías distintas.

El *objetivo general*, entonces, será investigar la relación entre el sistema político y la penalidad en punto a la pena de prisión perpetua argentina. Los *objetivos específicos* que se pretenderán alcanzar serán: i) identificar las asunciones conceptuales necesarias y proponer un estado de la cuestión que ofrezca un punto de partida teórico; ii) reconstruir, críticamente y con enfoque político, la genealogía de la prisión perpetua en Argentina; iii) entablar un diálogo entre las normas que rigen la prisión perpetua y el resto del ordenamiento jurídico, e identificar los puntos críticos; y iv) proveer un conclusiones sobre el vínculo entre la prisión perpetua y el sistema político.

3. Para abordar estos asuntos armónicamente, la tesis será estructurada del modo que se detalla a continuación.

El camino a seguir requiere, en primer lugar, explicitar ciertas asunciones implicadas en el trabajo; esclarecer las ideas de república, democracia y pena que serán empleadas; y revisar algunas formas de explicar las relaciones entre la pena y el sistema político.

En el capítulo I me ocuparé de este deslinde mediante una referencia al republicanismo y al surgimiento del neorepublicanismo, un mapeo de diferentes formas de entender la democracia y una reconstrucción de la concepción deliberativa. Esto nos permitirá aproximarnos al ideal regualtivo que será empleado luego, el *neorepublicanismo deliberativo*, y nos dará lugar a presentar la tensión existente entre el elitismo y el populismo penal, así como sus efectos en el diseño legislativo. Puesto que de lo que se trata es de establecer bases teóricas, la metodología será principalmente la reconstrucción descriptiva.

En el capítulo II se utilizará el método de la genealogía, en clave política, para reconstruir la pena de prisión perpetua en nuestras leyes penales. El origen legislativo de la penalidad en Argentina muestra un corrimiento desde el elitismo penal hacia el populismo punitivo que ha tenido serias consecuencias sobre las penas máximas y su modo de ejecución. Este repaso permitirá simultáneamente poner a quien lea al tanto de los intrincados pormenores

legislativos que configuran la actual prisión perpetua, y advertir la relevancia de los procesos de toma de decisión pública en las leyes penales. La idea central a defender será que la formulación de penas en general en Argentina, y en concreto de la prisión perpetua y sus alcances, responden a un procedimiento que –a pesar de haber sido adoptado mayormente por gobiernos democráticos– se encuentra lejos del ideal regulativo del neorepublicanismo deliberativo tomado como referencia. Ello tiene como consecuencia que su base de legitimidad sea limitada y que la justicia de esas penas sea altamente debatible.

El capítulo III está dedicado a mostrar las inconsistencias jurídicas que aceptamos al prever a la prisión perpetua como pena posible respecto del trato hacia nuestros conciudadanos, así como los límites del propio sistema normativo que entran en conflicto con esa pena. Un escrutinio político de la prisión perpetua requiere revisar cómo esta pena interactúa con otras normas del sistema jurídico en el que está inserta. Como resultado de este análisis será posible advertir diversos problemas y paradojas útiles para demostrar simultáneamente dos extremos: i) que la prisión perpetua actualmente vigente en nuestro país involucra exclusión política y puede ser calificada de «cruel»; y ii) que existen ciertos límites para la libertad de legislar sobre penas: unos derivados de la coherencia del sistema legal y otros de acuerdos fundamentales constitucionales y convencionales. El método empleado será el análisis crítico-descriptivo.

El capítulo IV pretende i) poner en relación los ideales del neorepublicanismo deliberativo con la prisión perpetua en cuanto pena; y ii) contrastar las conclusiones que surjan de allí con el sistema republicano y democrático que rige en Argentina, lo que involucra identificar los límites que nuestro diseño constitucional impone a la realización del ideal y analizar qué consecuencias tienen en relación con la prisión perpetua. Es en este capítulo donde se arribarán a conclusiones derivadas de la puesta en relación de las bases teóricas y las caracterizaciones realizadas en los capítulos precedentes. El método empleado será el análisis crítico-descriptivo.

Las conclusiones parciales de cada capítulo, así como una revisión del grado de satisfacción de los objetivos aquí propuestos, será objeto del breve apartado final.



## CAPÍTULO I: UN PUNTO DE PARTIDA REPUBLICANO Y DEMOCRÁTICO

### I. Planteamiento

El objetivo de este primer capítulo es definir el marco teórico sobre el que se apoya la investigación. Indagar sobre el rendimiento del republicanismo y la democracia como límites a la prisión perpetua requiere explicitar algunas premisas y demarcar el tipo de concepción de estas teorías que se empleará en el estudio posterior.

Existe un vasto universo de concepciones, matices y discusiones en torno a las nociones de democracia y república. En este capítulo se repasarán las bases de un modelo neorepublicano, en el que cobra especial importancia el procedimiento de toma de decisiones públicas como forma de alcanzar el autogobierno y, por ello, privilegia la adopción de una forma deliberativa de democracia. Esa tarea requiere asumir una *concepción de la pena* capaz de soportar los distintos enunciados de los que será objeto a lo largo de este trabajo. Es decir, una noción poco comprometida con las peculiaridades propias de una teoría justificativa o sobre los fines del castigo penal. Para eso, me apoyaré en una idea de pena despojada de pretensiones sobre lo que *debería ser*, y enfocada en lo que *de hecho es*, al menos de modo generalizado.

En este sentido, existe cierto acuerdo en lo que la pena supone y comunica: por una parte, la pena supone un maltrato, un dolor, la irrogación de un mal –*hard treatment, Übelzufügung*–; por otra, comunica una desaprobación de la conducta, su rechazo –*reprobation, Tadel*–.<sup>14</sup> Al imponer una pena generalmente se pretende contestar el daño causado con un perjuicio para quien lo comete mediante una reacción que comunique la desaprobación social de ese tipo de conductas.

A los fines de este trabajo, nos interesa concretar aún más la idea de pena insertándola en el marco *público* en que se impone. En este orden, resulta útil la caracterización llevada adelante por Herbert HART<sup>15</sup> sobre el «caso típico o central» de castigo. Según HART – quien se basó en los trabajos de BENN y FLEW<sup>16</sup>– el castigo es definido por cinco elementos: i) debe implicar una pena u otra consecuencia normalmente considerada

---

<sup>14</sup> Sobre el consenso en torno a estos elementos, véase PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, n°4, 2014.

<sup>15</sup> HART, H.L.A., “Prolegómenos a los principios del castigo”, en HART, H.L.A., *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019 (1968).

<sup>16</sup> HART, H.L.A., “Prolegómenos...”, cit., p. 47.

desagradable; ii) se debe imponer en razón de una ofensa a normas legales; iii) debe existir un responsable supuesto o real de esa ofensa; iv) debe ejecutarse intencionadamente por personas diferentes del perjudicado; v) debe ser impuesta y ejecutada por una autoridad constituida por un sistema legal, contra el que se ha cometido el delito. En este trabajo, entonces, *pena* aludirá a las sanciones impuestas de acuerdo a los procedimientos institucionales dispuestos para ello.

En cuanto al modo en que comúnmente se analiza la fundamentación y función de la pena –esto es, distinguiendo justificaciones «absolutas» y «relativas» según justifiquen la pena en valores preinstitucionales o en propósitos prácticos a alcanzar con ella– poco dice sobre los tipos de penas que es posible imponer. Al menos en la formulación más extendida de estas tesis,<sup>17</sup> la fundamentación del castigo a partir de lo que se espera de él no constituye un parámetro decisivo para determinar la validez de los tipos de pena dentro de un sistema político y tampoco para establecer límites máximos.

Algunas teorías, en este esquema, brindan razones para imponer penas severas, otras contribuyen con parámetros para cuantificar la medida de la pena según los propósitos a alcanzar con ella o la justificación de su imposición, y otras hacen depender el monto de pena de la configuración de cada comunidad concreta. Pero ninguna establece, estrictamente, límites a la pena máxima.<sup>18</sup> Ello es resultado de que en estas aproximaciones –a mi juicio– carecen de anclaje político: se trata de teorías afianzadas en la promoción de valores absolutos –como la realización de la justicia–, o de finalidades consideradas virtuosas –como la prevención de nuevos delitos–, mas sin un vínculo con una forma de Estado concreta. De existir, tal anclaje político no es fundamental o central para esas teorías de la pena. Puesto en términos claros, la pena podría encontrar fundamento en teorías relativas y absolutas tanto en un Estado autoritario como en uno republicano y democrático. Para aportar respuestas sobre el tipo y la cantidad de pena

---

<sup>17</sup> La distinción se encuentra ampliamente generalizada, véase, al respecto, ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 78-110; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 3-40; FRISTER, H., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, cap. 2; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2012, cap. IV; ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A.; SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 56-64; BACIGALUPO, E., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014 cap. I, entre otros.

<sup>18</sup> Esta conclusión, desde el punto de vista de la retribución comunicativa, resulta del análisis del juez Palermo en el caso “Ibáñez Benavídez p/plenario”, donde la Suprema Corte de Justicia de Mendoza revisó la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua (SCJMza, 30/12/2020).

máxima a imponer, las teorías sobre la pena necesitan nutrirse de elementos de la teoría política.

Otra noción que requiere cierta precisión es la de *sistema penal*. A los efectos de este trabajo, se entenderá que el sistema penal está formado por todas aquellas instituciones vinculadas a la determinación de las conductas consideradas delito –la *criminalización*–, así como a las penas, el establecimiento de organismos de persecución y juzgamiento del delito, la ejecución de penas y el seguimiento de quienes han sido condenados. Es decir, el Derecho penal en un sentido amplio –inclusivo de todo el conjunto de normas vinculadas a la penalidad– y las instituciones de aplicación: tribunales, organismos encargados de la persecución y defensa, organismos técnicos y carcelarios, etc.

El propósito de este capítulo, como se anticipó, radica en establecer un marco teórico para el análisis. Con ese objetivo, en primer lugar, se caracterizará el republicanismo clásico y se identificarán los elementos que motivaron su revisión y el surgimiento del neorepublicanismo (II). En segundo orden, se estudiarán algunos criterios para evaluar los sistemas democráticos y se expondrán las características principales de la democracia deliberativa (III). En tercer lugar, se ofrecerá una síntesis del neorepublicanismo deliberativo y se expondrán tres perspectivas que lo vinculan con el Derecho penal, de manera de mostrar las consecuencias que la adopción de estos ideales regulativos tiene en el ámbito que rodea la imposición de penas. Por último, se recapitularán las principales conclusiones (IV).

## II. Republicanismos

Caracterizar al republicanismo entraña serio un problema metodológico, puesto que se trata de una concepción que se remonta a las raíces del pensamiento político occidental y ha tenido intermitentes resurgimientos a lo largo de la historia: fue objeto de estudio en la Grecia antigua, tuvo un rol clave en el pensamiento y el desarrollo histórico de Roma, en el de algunas ciudades-estado de la Italia renacentista, en las naciones holandesas independizadas de España, en la revolución independentista estadounidense, en la revolución francesa, en las guerras civiles y la constitucionalización inglesa,<sup>19</sup> así como en el constitucionalismo latinoamericano. Por esta razón, la historia del pensamiento

---

<sup>19</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 38. Sobre la influencia del republicanismo en Europa, véase van GELDEREN, M., SKINNER, Q. (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, Nueva York, Cambridge University Press, vol. I y II, 2002.

republicano se encuentra poblada de grandes pensadores clásicos –como PLATÓN, ARISTÓTELES, CICERÓN o SÉNECA–, modernos –vgr. MAQUIAVELO, MONTESQUIEU, JEFFERSON, MADISON, ADAMS, TOCQUEVILLE, ROUSSEAU, entre muchos otros–, y contemporáneos –ARENDR, POCOCK, RAHE, SKINNER, SUNSTEIN, PETTIT, MARTÍ, o GARGARELLA–.

Como consecuencia, el significado del republicanismo resulta algo vago e inasible,<sup>20</sup> pues se trata de una tradición heterogénea, con múltiples facetas, lo que dificulta la presentación unitaria de su pensamiento.<sup>21</sup> Sin perjuicio de ello, es posible reconstruir ciertos elementos fundamentales. Existen, en efecto, ciertos puntos de contacto entre los pensadores republicanos que permiten hablar, con solidez, de al menos dos momentos del republicanismo. Un «republicanismo tradicional», principalmente derivado del pensamiento de los pensadores clásicos y modernos, y un «republicanismo contemporáneo» o «neorepublicanismo», que reinterpreta y actualiza el anterior.

El objetivo de este capítulo no consiste en recapitular la historia del republicanismo ni analizar los aportes y matices de cada pensador –una tarea que excede con mucho los propósitos de este trabajo–, sino en establecer las bases de la concepción neorepublicana para posibilitar luego el análisis de su impacto en el máximo de pena que es posible imponer en un Estado republicano. Con este objetivo, en primer lugar se identificarán algunos elementos esenciales del republicanismo clásico (a) y luego se revisará la concepción neorepublicana actualmente dominante (b).

#### *a. Republicanismo tradicional o clásico*

La nota central del republicanismo, respecto de la cual existe un consenso generalizado, es la defensa de la libertad.<sup>22</sup> El punto de partida, sin embargo, parece situarse un poco antes, en una concepción de la *buena vida* que debe ser promovida y que es definida principalmente como una ciudadanía activa y una sana virtud cívica, por un lado, y en el

---

<sup>20</sup> GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”, en Borón, A., *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO, 2001, pp. 23-43; también en GARGARELLA, R., “La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión”, *Lecciones y ensayos*, n° 77, 2002, pp. 13-33.

<sup>21</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 245.

<sup>22</sup> En este sentido véase GARGARELLA, R., “La política del republicanismo...”, cit.; GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit.; MARTÍ, J., *La república deliberativa...*, cit.; PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999; LOVETT, F., “Republicanism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ZALTA, E. N. (ed.), verano 2018, URL <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/republicanism/> [última consulta: febrero 2021].

rechazo de la corrupción que socava esas virtudes, por otro.<sup>23</sup> Dos son los elementos centrales del republicanismo: la oposición a la dominación o forma tiránica o elitista del poder, y la confianza en que los ciudadanos libres pueden ser virtuosos y defender así su propia libertad participando del gobierno.<sup>24</sup>

En este sentido, la filosofía política del republicanismo está empapada de un pensamiento sobre la *virtud política*<sup>25</sup> y de la defensa de ciertos valores cívicos indispensables para el logro de la libertad buscada, como la igualdad, la simplicidad, la prudencia, la honestidad, la benevolencia o el patriotismo. A ellos se oponen una serie de males sociales y vicios de conducta como la avaricia, el orgullo, la prodigalidad, la cobardía, el cinismo o el refinamiento, típicamente asignados a la monarquía.<sup>26</sup>

Para el republicanismo la libertad tiene un carácter robusto y está políticamente situada: solo puede ser alcanzada en una comunidad autogobernada por sus ciudadanos. Por eso, otro rasgo fundamental del republicanismo es ideal «anti-tiránico», la defensa del «estado libre» y un férreo rechazo a la dominación.<sup>27</sup>

Permitir que el gobierno sea controlado por ciudadanos virtuosos y políticamente activos requiere ciertas precondiciones económicas y políticas. Por esa razón el republicanismo desarrolló una serie de herramientas capaces de facilitar el control de los ciudadanos sobre los representantes, tales como el imperio de la ley, el constitucionalismo, una adecuada representación de la sociedad, elecciones periódicas, sorteo de representantes, instituciones que alentasen la discusión pública en torno al bien común, un régimen de gobierno con división de poderes y un sistema de pesos y contrapesos, un sistema político deliberativo, la existencia de foros de discusión pública, etc. Las instituciones políticas de la sociedad deberían orientarse –según republicanismo– a asegurar la independencia de las personas, es decir, su libertad en un sentido positivo.<sup>28</sup> La libertad política se alcanza, diría un republicano, en un sistema de autogobierno ordenado, de ciudadanos iguales ante la ley y donde ninguno domine a otro.<sup>29</sup> La validez de las opiniones sobre la

---

<sup>23</sup> LOVETT, F., “Republicanism”, cit.

<sup>24</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 244.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU señalaba, en este sentido, que el *terror* era el principio de gobierno del despotismo; el *honor* el de la monarquía, y la *virtud política* el de la república, en MONTESQUIEU, C. L. S., *El espíritu de las leyes...*, cit.

<sup>26</sup> GARGARELLA, R., “La política del republicanismo...”, cit., p. 15.

<sup>27</sup> *Ídem*, p. 14.

<sup>28</sup> *Ídem*, p. 17-19.

<sup>29</sup> LOVETT, F., “Republicanism”, cit.

cosa pública se asienta en la idea de *ciudadanía* antes que en saberes especiales propios de una *elite*. En palabras de CICERÓN,

---

[...] el ciudadano es capaz de imponer a todos los demás, con el poder y la coacción de las leyes, lo que los filósofos, con su palabra, difícilmente puedan inculcar a unos pocos, debe ser más estimado que los mismos maestros que enseñan tales cosas. ¿Qué discurso pueden hacer éstos tan perfecto que sea preferible a una república bien constituida por su derecho común y sus costumbres?<sup>30</sup>

---

La virtud cívica es fundamental en este orden puesto que lo que impide la acumulación de poder político desproporcionado es la intervención de la ciudadanía en el gobierno. Detrás de la idea de la participación pública en el autogobierno se asienta una confianza en el desacuerdo como fuente de fuerza creativa.<sup>31</sup> Lo que distingue a la política republicana es la posibilidad de una intervención activa, compartida, colectiva y deliberada sobre el propio destino, puesto que sólo en la vida pública es posible, de modo conjunto y como comunidad, “ejercer la capacidad para pensar lo que hacemos y hacernos cargo de la historia en la que estamos constantemente comprometidos”.<sup>32</sup>

Esto no significa, como señala PETTIT, que el republicanismo sea una tradición que aclame la participación democrática del pueblo como una de las formas más elevadas del bien.<sup>33</sup> El republicanismo aparece más bien como una opción de organización de la sociedad en la cual la confianza en las virtudes políticas de los conciudadanos es basal, y a su vez, esa confianza requiere la ausencia de limitaciones a la libertad. De ese modo, el republicanismo desafió y disolvió las viejas conexiones monárquicas y presentó nuevas formas de relaciones sociales.

Sin embargo, este republicanismo «tradicional o clásico» tiene algunas implicaciones preocupantes, en tanto implica fuertes demandas a los ciudadanos y serios riesgos para la vida en común en caso de que esas demandas no fueran satisfechas. Para este republicanismo es razonable disponer del aparato coercitivo del Estado para el cultivo de ciertas virtudes y el desaliento de otras, es decir, suponía un enérgico compromiso público con modelos morales de excelencia humana. De esta manera, el republicanismo clásico

---

<sup>30</sup> CICERÓN, M. T., *Sobre la República*, Madrid, Editorial Gredos, 1991, p. 37.

<sup>31</sup> SUNSTEIN, C., “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 8, julio de 1988, pp. 1539-1591; SUNSTEIN, C., *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; citados por GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 28.

<sup>32</sup> PITKIN, H., “Justice: On Relating Private and Public,” *Political Theory*, n°9, 1981, p. 327; citado por GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 27.

<sup>33</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 25.

puede ser descrito como una forma de filosofía política *perfeccionista*, es decir, centrada en la idea de promover una concepción específica de la buena vida.<sup>34</sup>

Por esta razón el republicanismo clásico entró en tensión con el liberalismo, entendido como un Estado en el cual las instituciones políticas y económicas de la sociedad deben ser compatibles, en principio, con la adopción de cualquier modelo de virtud personal; y deben orientarse a que cada ciudadano pueda optar y desarrollar libremente el modelo de vida que prefiera.<sup>35</sup>

Las diferencias entre republicanos y liberales alcanzan al menos tres ámbitos más. El republicanismo intenta matizar toda distinción drástica entre lo público y lo privado, dado el interés de contar con una ciudadanía activa y comprometida con la política del Estado. El liberalismo, por el contrario, tiende a distinguir tajantemente las esferas pública y privada, de lo político y lo personal, puesto que los individuos preexisten a cualquier organización social y son más importantes que los grupos a los que pueden pertenecer. Como una consecuencia de esto, para el republicanismo los derechos individuales deben encontrar un límite en las políticas de bien común. En oposición, el liberalismo plantea un límite infranqueable en los derechos individuales, considerados «cartas de triunfo» frente a las pretensiones mayoritarias y a la «tiranía de la mayoría». El republicanismo intenta apoyarse en la voluntad mayoritaria, antes que limitarla, y ve a las minorías opresoras como una amenaza. La libertad republicana es considerada una consecuencia del autogobierno y no como una libertad frente a las mayorías. Este ideal de autogobierno es resistido por la política liberal, atenta a evitar el excesivo poder de las mayorías.<sup>36</sup>

Estas características acercan al republicanismo hacia concepciones comunitaristas: ambas teorías cuestionan el individualismo implicado en el liberalismo y la concepción liberal de libertad «frente al Estado o las mayorías», y le otorgan un lugar fundamental a la «ética de las virtudes» por lo que aceptan que el Estado se comprometa con una concepción del bien y proponen que abandone la neutralidad valorativa. Sin embargo, mientras para el comunitarismo el pasado es la mejor guía para las decisiones futuras, para el republicanismo la identidad social es formada por la ciudadanía con autonomía respecto del pasado. Además, si bien ambas tesis aceptan un Estado moralmente cargado, para el republicanismo esto sólo apunta a promover ciertas virtudes, mientras que para el

---

<sup>34</sup> LOVETT, F., “Republicanism”, cit.

<sup>35</sup> GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 28.

<sup>36</sup> *Ídem*, pp. 29-30.

comunitarismo el compromiso valorativo es más robusto e implica que las elecciones más íntimamente ligadas con la vida privada pueden ser juzgadas según la moral comunitaria.<sup>37</sup>

Recapitulando, el republicanismo clásico se caracterizó por promover la libertad y el autogobierno y por oponerse a la tiranía. Por ello otorgó un rol central a la ciudadanía, una que privilegiase el cultivo de virtudes cívicas y desalentara vicios asociados a la monarquía. Aunque este perfeccionismo moral no fue el propósito principal del republicanismo sino un mero medio para alcanzar la libertad, le significó, sin embargo, avanzar sobre el ámbito privado en un modo que lo distanció del liberalismo –que niega que sea misión del Estado convertir a las personas en virtuosas–.

### *b. Neorepublicanismo*

En las últimas décadas el republicanismo tuvo un resurgimiento a raíz de la revisión del abordaje liberal del proceso independentista estadounidense, tradicionalmente asociado a la concepción liberal y la filosofía de John LOCKE.<sup>38</sup> Los opositores a aquella visión de la historia comenzaron a mostrar el papel marginal que tuvo el liberalismo en la independización y cómo incluso sustentó la posición de quienes defendían los intereses de la corona británica.<sup>39</sup>

Comprender esta nueva etapa *neorepublicana* requiere revisar: i) el vínculo entre el republicanismo y el liberalismo «en su mejor versión»; y ii) la redefinición de la libertad como no-dominación. De esto nos ocuparemos en este apartado.

#### *i. Republicanismo y liberalismo en su «mejor versión»*

Algunas tesis centrales del republicanismo clásico comenzaron a lucir anacrónicas. El perfeccionismo implicado en la promoción de ciertas virtudes pudo tener relevancia en otros tiempos, pero actualmente genera fuertes tensiones en punto a la idea de libertad, puesto que es esencial a ella la autodeterminación de la esfera privada. Además, el cultivo público de ciertos valores no necesariamente es una condición suficiente para asegurar la posibilidad de autogobierno colectivo; otros factores –como la implementación de

---

<sup>37</sup> *Ídem*, pp. 30-32.

<sup>38</sup> REKERS, R., *La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal*, Córdoba, Editorial UNC, 2021, p. 32.

<sup>39</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 40.



procedimientos de participación idóneos— parecen más relevantes. Por otra parte, promover valores asociados al ámbito personal no necesariamente es una condición para alcanzar el autogobierno; mientras que la injerencia en el plano privado que esto implica parece desbalancear la ecuación. En un tercer orden, el valor de la libertad y el favorecimiento del control de la propia vida por parte de los ciudadanos no necesitan ser defendidos sólo por su carácter instrumental —su «aporte» al autogobierno—.<sup>40</sup> El surgimiento del «neorepublicanismo —«republicanismo contemporáneo», o «republicanismo cívico»— se asocia, precisamente, a una nueva forma de analizar y comprender la libertad.

El neorepublicanismo se ha ocupado de cuestionar la visión del liberalismo y republicanismo como teorías opuestas o antagónicas. Por un lado, porque el republicanismo acepta muchas de las tesis clásicamente liberales: el principio de neutralidad estatal, la separación básica entre esferas pública y privada, las ideas del Estado de derecho y la separación de poderes, etc.<sup>41</sup> Por otro lado, porque la tradición republicana comparte con el liberalismo el presupuesto de que es posible organizar un Estado y una sociedad civil sobre bases que trascienden a divisiones de tipo religioso y afines.<sup>42</sup>

De hecho, la tensión parece causarla el liberalismo más conservador, puesto que el republicanismo guarda puntos de contacto con una versión igualitarista del liberalismo. Así, el tipo de liberalismo defendido por autores como Ronald DWORKIN o John RAWLS parece coincidir con el republicanismo en muchos de sus reclamos más importantes. Ambas concepciones consideran una parte esencial de su misión la de criticar radicalmente y formular reformas para las instituciones básicas de la sociedad. Las reformas propuestas se orientan a ayudar a que la ciudadanía tome mayor control sobre los destinos de la comunidad. Además, autores liberales como los mencionados rechazan en el plano democrático la relevancia de los grupos de interés como forma plausible de intervención.<sup>43</sup> De hecho, RAWLS ha suscripto un modelo deliberativo de democracia, que implica un abierto compromiso con la necesidad de crear y defender la proliferación de

---

<sup>40</sup> GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 34-36.

<sup>41</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 245-246.

<sup>42</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 26.

<sup>43</sup> GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 33.

foros públicos donde la ciudadanía pueda debatir y acordar soluciones para los conflictos comunitarios centrales.<sup>44</sup>

Sin embargo, liberalismo y republicanismo emplean concepciones diferentes sobre la libertad. Y es aquí donde el republicanismo contemporáneo se ha distanciado más notoriamente del liberalismo, a la vez que ha refinado la teoría republicana clásica. En las últimas centurias el liberalismo se asocia a una idea de libertad negativa entendida como no-interferencia, y presupone que no hay nada inherentemente opresivo en el hecho de que algunos tengan poder de dominación sobre otros, siempre que no lo ejerzan o no sea probable que lleguen a ejercer ese poder. El liberalismo tolera, así, muchas relaciones que el republicanismo denuncia como paradigmas de dominación.<sup>45</sup>

## ii. La redefinición republicana de la libertad como no-dominación

La taxonomía de la libertad más difundida es la realizada por Isaiah BERLÍN en una conocida ponencia titulada *Dos conceptos de libertad*, donde contrapuso un sentido «negativo» a otro «positivo» de la libertad.<sup>46</sup> Según la concepción negativa, las personas son libres cuando sus decisiones o elecciones no son interferidas. Una «interferencia» implica una intervención más o menos intencional, física o coercitiva (vgr. una amenaza creíble), que impide que las personas sean «dejadas elegir» solas o en paz –*to be let alone to choose*–.

La concepción positiva supone que una persona o grupo es libre cuando puede ejercer autocontrol o autodominio, lo que exige «algo más» que poder satisfacer deseos inmediatos, de primer orden. Por ejemplo, un apostador adicto podría ser libre en sentido negativo si es dejado elegir sin restricciones, pero no lo sería en un sentido positivo, si se supone que su deseo de segundo orden es dejar de apostar.<sup>47</sup> El principal problema de la concepción positiva es el grado de coerción extensivo que legitima con el propósito de proteger los supuestamente «reales» intereses de la persona. BERLÍN rechazó esta variante, y abrazó enfáticamente la concepción negativa de «libertad como no-interferencia».

---

<sup>44</sup> RAWLS, J., “The idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n° 3, 1997, pp. 765-807, citado por GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política...”, cit., p. 33.

<sup>45</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 26.

<sup>46</sup> BERLÍN, I., “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.

<sup>47</sup> LOVETT, F., “Republicanism”, cit.

Ahora bien, los republicanos contemporáneos consideran que esta concepción no captura el ideal político en el que deberíamos interesarnos.

El cuestionamiento neorepublicano comienza por la bipartición misma de conceptos de libertad. PETTIT ha acusado a BERLIN de presentar con un sesgo negativo a la libertad positiva: al señalar qué filósofos contemporáneos adscribían a uno y otro tipo de libertad, levantó serias dudas –*ad personam*– sobre las credenciales de la libertad positiva convirtiéndola en algo aciago, a la vez que realzó el atractivo de la libertad negativa. Insinuó que la mayoría de los pensadores modernos y con sentido de realidad habían entendido a la libertad en un sentido negativo, y adscribió a este grupo al panteón del liberalismo moderno: los filósofos políticos clásicos como HOBBS, BENTHAM o MILL; luminarias de la Ilustración francesa como MONTESQUIEU, CONSTANT y DE TOCQUEVILLE; o héroes estadounidenses como JEFFERSON y PAINE. Por otra parte, vinculó la concepción positiva con románticos como HERDER, ROUSSEAU, KANT, FICHTE, HEGEL o MARX; con grupos religiosos o cuasi-religiosos como budistas, cristianos y estoicos; y con pensadores políticos radicales o totalitarios, como los jacobinos y comunistas.<sup>48</sup>

Pero más allá de este sesgo metodológico, PETTIT afirma que la distinción entre libertad positiva y negativa es confusa, poco prometedora para el estudio de la filosofía política, y que omite cartografiar un tercer tipo de libertad, también negativa: la libertad como «no-dominación».<sup>49</sup> En el plano político, la diferencia entre las nociones liberal y republicana de libertad surge al analizarlas con perspectiva social-asocial. La libertad negativa puede ser entendida de ambos modos: mientras los liberales la entienden de modo asocial –como no-interferencia–, el republicanismo adscribe a la interpretación social –como no-dominación–.<sup>50</sup>

En contra de la noción de libertad negativa que persigue el mayor grado de no interferencia compatible con el mínimo de requisitos necesarios para la vida social, el republicanismo afirma que no toda intervención en nuestros cursos de acción implica una injerencia injustificada en nuestra libertad, ni toda violación de nuestra libertad supone una interferencia por parte de otros.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> PETTIT, P., *Republicanismo. Una teoría sobre la libertad...*, cit., pp. 35-37.

<sup>49</sup> *Ídem*, pp. 38-46; también BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido...*, cit., p. 75.

<sup>50</sup> BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido...*, cit., p. 75.

<sup>51</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 247.

Dos ejemplos frecuentemente empleados para señalar lugar de la libertad como no-dominación. El primero de ellos analiza el caso de un esclavo que sirve a un amo que generalmente es bondadoso. El amo puede disponer libremente de su tiempo y esfuerzo e incluso lastimarlo si le place, pero no lo hace. A su vez, el esclavo progresivamente reconoce el *timing* de su amo y logra que, cada vez, éste sea más benevolente. En la medida en que el amo no interfiere en las decisiones diarias del esclavo, según una concepción negativa de la libertad entendida como no-interferencia, el esclavo es libre. Conclusión que, a todas luces, es contraintuitiva.<sup>52</sup> Otro caso es el de una colonia sometida al poder de un gran imperio, que le niega todo poder político y la gobierna de manera unilateral, aunque lo hace de manera benigna y sin ejercer todo el poder del que dispone. De manera que la colonia sufre escasas y raras interferencias del poder imperial. Sin embargo, los colonos se rebelan y logran independizarse, formando un gobierno políticamente independiente que resulta ser más activo que el imperial: sanciona leyes e instituye políticas que interfieren más con la vida de la gente. Esto supondría una limitación de la libertad para quienes la entienden como no-interferencia, llevando a la paradoja de afirmar que la comunidad era más libre con un gobierno imperial que con autogobierno.<sup>53</sup>

Los ejemplos dejan clara la posibilidad de dominación sin interferencia y de interferencia sin dominación, y sugieren que la libertad política debe ser entendida como una suerte de relación estructural que existe entre personas o grupos, antes que como un resultado contingente. La concepción neorepublicana de la libertad política apunta en esta dirección, y así define a la libertad como una suerte de independencia política: la condición de no ser sometido a ningún poder arbitrario e incontrolado, en otras palabras, no ser subordinado a ninguna forma de dominación.

Además, la libertad republicana está socialmente situada. Según PETTIT y BRAITHWAITE, la libertad no puede ser entendida como una condición asocial que se vea comprometida por cualquier acuerdo político, sino debe ser definida de una manera coherente con la vida en sociedad. En este sentido, la libertad perfecta sólo puede alcanzarse cuando una persona se relaciona con otras y con las instituciones de su sociedad, de un modo en que se potencien sus posibilidades de opción. Si, por el contrario, la libertad perfecta es definida como la condición de la persona solitaria, no sólo están ausentes las restricciones,

---

<sup>52</sup> LOVETT, F., "Republicanism", cit.

<sup>53</sup> *Ídem.*

sino también su necesidad y las mayores libertades que significa la vida social. La libertad perfecta es, entonces, un «estatus social». Para PETTIT y BRAITHWAITE esto supone que la libertad tenga tres facetas: una relacional, otra de garantía, y otra de conciencia. La *relacional* implica que el grado de libertad de una persona no puede establecerse de manera abstracta, sino que surge de la comparación con otros integrantes de la comunidad. Nadie puede gozar de libertad perfecta si está sujeto a más restricciones que otras personas en similares circunstancias. La faz de *garantía* importa que la exención de restricciones a la libertad debe ser asegurada a todas las personas, pues de lo contrario se afectaría su libertad. Y el aspecto de *conciencia* requiere el conocimiento de que tal libertad se encuentra asegurado, lo que genera beneficios subjetivos e intersubjetivos colaterales: la no-dominación implica verse a sí mismo y a los demás como no vulnerables.<sup>54</sup>

De ello se deriva que, según esta forma de comprender la libertad cívica como no-dominación, una persona goce de dominio pleno si se dan tres condiciones: i) posibilidades de libertad no inferiores a las disponibles para los otros ciudadanos; ii) que sea de conocimiento público entre los ciudadanos que se encuentra vigente esa condición; y iii) que el grado de libertad del que disponga no sea inferior al máximo compatible con las mismas posibilidades para los demás ciudadanos.<sup>55</sup>

En este marco, para que pueda darse la libertad es necesario que la ciudadanía se mantenga políticamente activa, de modo de evitar que unos pocos acumulen un poder político excesivo que termine redundando en dominación política. Y aquí radica el carácter igualitario de la libertad republicana, que trata de evitar que unos ciudadanos sean «más libres» que otros.<sup>56</sup>

El republicanismo exigirá entonces que el Estado carezca de poder para interferir arbitrariamente, lo que demanda que las facultades de interferencia estatal se encuentre sometidas al control popular.<sup>57</sup> Los mecanismos de control pueden tomar la forma de restricciones constitucionales y de participación democrática en la toma de decisiones públicas.

---

<sup>54</sup> BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido...*, cit., pp. 82-83.

<sup>55</sup> *Ídem*, p. 84.

<sup>56</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 245-246.

<sup>57</sup> PETTIT, P., *On the People's Terms*, New York, Cambridge University Press, 2014, citado por REKERS, R., *La democratización republicana del castigo...*, cit., pp. 38.

Recapitulando, el neorepublicanismo pretende alcanzar el mayor grado posible de libertad negativa como no-dominación, lo que requiere una activa participación política para su aseguramiento. A su vez, la forma de fomentar esa participación sin inmiscuirse en los planes de vida individuales –es decir, sin vulnerar el principio de inviolabilidad de la persona y sin retornar al giro perfeccionista del republicanismo clásico– no es mediante la promoción de determinados valores –aunque sí haya espacio para la educación cívica– sino generando procedimientos de participación democrática. Veamos entonces qué tipo de democracia se ajusta mejor al republicanismo.

### III. Democracia deliberativa

El traslado de la idea de libertad al gobierno ha dado lugar a dos corrientes dentro del neorepublicanismo. Por una parte, PETTIT ofrece un modelo de democracia deliberativa *disputatoria* o *contestataria*, por otro, autores como DUFF, MARTÍ o GARGARELLA adscriben a un modelo *constructivo* de democracia deliberativa.<sup>58</sup> Si bien ambas concepciones suponen una democracia en la que la deliberación tenga un rol fundamental, enfatizan valores distintos y por eso asignan un papel diferente a la participación.

El enfoque de PETTIT centrado en el valor de la libertad como no-dominación toma en cuenta que el Estado interfiere sistemáticamente en la vida de las personas, por lo que hay que evitar que esas interferencias sean arbitrarias.<sup>59</sup> Este fin puede ser alcanzado en dos niveles: en uno de diseño institucional, mediante la previsión restricciones constitucionales; y en uno fáctico, a través del control democrático. El objetivo de que las instituciones no sean manipulables o sometidas a la discreción de individuos o grupos se puede obtener mediante un diseño constitucional que satisfaga tres condiciones: 1) el imperio de la ley y no de las personas; 2) la dispersión del poder legal; y 3) que la ley sea resistente a la voluntad de la mayoría, es decir, que se cumpla una condición contramayoritaria.<sup>60</sup>

Ahora bien, por bien diseñado que esté, cualquier sistema de leyes dejará ciertas decisiones en manos de diferentes individuos y grupos. Esto lleva a PETTIT a prestar atención a la discrecionalidad de poder que puede ejercer el Estado: el ejercicio de esa discrecionalidad no debe ser arbitrario u hostil a la ciudadanía, lo que requiere que la

---

<sup>58</sup> REKERS, R., *La democratización republicana del castigo...*, cit., pp. 34-35.

<sup>59</sup> PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., pp. 225-226.

<sup>60</sup> *Ídem*, pp. 227-239.

posibilidad de disputar los actos del Estado por la gente corriente sea una parte del sistema. La forma de democracia que PETTIT propone para ello es *contestatatoria*: un modelo de disenso o disputa –antes que uno de consenso– en el cual el pueblo puede –individual o colectivamente– controvertir permanentemente las decisiones del gobierno. Ahora bien, para que la toma de decisiones públicas sea disputable, PETTIT identifica tres condiciones: 1) que la toma de decisiones se tome de manera tal de brindar una base para la disputa; 2) que exista un canal o voz por el cual la disputa pueda discurrir; y 3) que se prevea un foro adecuado para hacer audible la disputa.<sup>61</sup> Según su esquema, la democracia deberá ser *deliberativa* en relación a la toma de decisiones que se realice hacia dentro de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, porque un requisito para la disputabilidad es que las decisiones sean tomadas tras una deliberación razonada. Otro requisito es que la toma de decisiones legislativa sea *incluyente* y de intervención al grupo social que pueda verse afectado por la medida. Esa inclusión, en los ámbitos administrativo y judicial, debe lograrse a través de un mínimo de representación estadística de los principales grupos en liza, pero principalmente a través de la posibilidad de ejercer la *protesta* ante los cuerpos representativos de que se trate, en caso de que consideren que las cosas no se han hecho del modo adecuado.<sup>62</sup> En cuanto al *foro* apropiado para esa protesta, no puede reducirse al «tumulto informal»<sup>63</sup> sino que debe ser un espacio *despolitizado* –en relación con la política partidaria– y no expuesto a la presión del debate público.<sup>64</sup> Más allá de que PETTIT propicie la deliberación en la toma de decisiones institucional, como veremos luego difícilmente podemos considerar que su enfoque contestatario representa un caso de democracia deliberativa tal como será entendida aquí.

En una vereda opuesta DUFF, MARTÍ o GARGARELLA se enfocan no tanto en la idea de libertad como no-dominación, sino en la autodeterminación democrática o el autogobierno. El énfasis en la libertad política es colocado en la participación activa en el proceso político de autogobierno,<sup>65</sup> y se oponen a la propuesta de PETTIT no por los niveles de dominación que puede introducir la falta de participación popular en la producción de leyes penales, sino porque deslegitima algo intrínsecamente valioso como lo es la intervención y deliberación popular en los asuntos de gobierno.<sup>66</sup> Antes de seguir,

---

<sup>61</sup> *Ídem*, pp. 239-244.

<sup>62</sup> *Ídem*, pp. 245-252.

<sup>63</sup> *Ídem*, p. 255.

<sup>64</sup> *Ídem*, p. 257.

<sup>65</sup> *Ídem*, cit., p. 60.

<sup>66</sup> *Ídem*, p. 70.

entonces, es necesario ocuparnos de observar con más detalle la concepción deliberativa de democracia.

*a. Criterios para la caracterización de sistemas democráticos*

Si la cantidad de concepciones existentes y de pensadores que han contribuido a conceptualizar al republicanismo lo convierten en una idea política escurridiza, lo mismo ocurre con la idea de democracia. Una reconstrucción exhaustiva al respecto desnaturalizaría el propósito de este trabajo. Por esta razón, me limitaré a presentar un mapeo de las concepciones sobre democracia, para luego adoptar un modelo deliberativo. En este orden, resulta útil repasar los análisis que MARTÍ<sup>67</sup> y NINO<sup>68</sup> han hecho de los ideales democráticos que se oponen al deliberativo.

Un criterio para caracterizar las democracias atiende al *origen de su legitimidad*. Así, puede distinguirse entre las concepciones que justifican la democracia porque consideran que permite arribar a mejores *resultados*, y otras que colocan su justificación en los valores inherentes al *procedimiento* implicado en ella. Cada tipo de justificación –en su versión más «extrema»– presenta puntos críticos. Las primeras no brindan razones para elegir a la democracia frente a otros procedimientos que también arriben a buenos resultados. Las segundas no prestan atención a los resultados del procedimiento, que son moralmente relevantes.<sup>69</sup>

Otro criterio atiende al *rol que ocupa la moral* en el sistema democrático. De este modo, un grupo de concepciones democráticas excluye a la moral de la política y considera que ésta debe centrarse en coordinar los intereses y preferencias de la gente, pues supone que las personas actúan en base a preferencias autointeresadas y –con una visión pesimista de la naturaleza humana– que no tienen la inclinación a cambiarlas. Esta visión implica cierto escepticismo o relativismo metaético, pues duda de la existencia de razones objetivas para descalificar ciertas preferencias por ser inmorales. Para esta concepción es una virtud democrática el hecho de que nadie pueda descalificar las preferencias de otro, por lo que el proceso democrático arroja un resultado moralmente neutro que es,

---

<sup>67</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., cap. 2.

<sup>68</sup> NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, cap. 4.

<sup>69</sup> NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., p. 101.



paradójicamente según NINO, moralmente valioso. Este modelo suele llamarse «liberal», «constitucional» o «representativo».<sup>70</sup>

En un lugar opuesto se colocan quienes consideran que el proceso político se inserta en el dominio de la moral y que la democracia es conveniente porque puede transformar las preferencias autointeresadas de las personas en otras más altruistas e imparciales. Esto no sólo genera resultados moralmente aceptables, sino que los produce mediante la moralización de las preferencias de los individuos, lo que implica una visión más optimista de la naturaleza humana. No es relativista en el plano metaético, puesto que cree en la posibilidad de dar razones objetivas respecto de la moralidad de ciertos resultados y en que el proceso democrático ayuda a determinar lo moralmente correcto. Esta concepción se suele identificar como «populista», «antiliberal», «social» o «participativa».<sup>71</sup>

El punto central que diferencia ambas concepciones es el reconocimiento de derechos: la democracia *liberal* insiste en no interferir en el plano moral implicado en el reconocimiento de esos derechos, mientras que la *antiliberal* intenta superar la crítica según la cual su objetivismo moral –la idea de que puede conocerse una moral «correcta» que permite evaluar las preferencias morales de las personas– puede conducir a un autoritarismo moral y a modelos de democracia insensibles al reconocimiento de los derechos liberales.<sup>72</sup>

En su obra, NINO se ocupa de dismantelar la relevancia de esos criterios de distinción. Según su propuesta, el criterio relevante atiende al hecho de que se asuma que los intereses de las personas son inalterables y se trabaje sobre esa base, o se pretendan modificar esos intereses a través del proceso democrático. En el primer grupo, NINO incluye cuatro enfoques: el utilitarista, el análisis económico, el pluralista y el consensualista. Entre los segundos, distingue los enfoques basados en la soberanía popular, los perfeccionistas y los dialógicos. El modelo de democracia deliberativa que propone se encuentra en el segundo grupo.<sup>73</sup>

En línea con este criterio de distinción, MARTÍ señala que a la democracia deliberativa se enfrentan las concepciones liberales en las que subyacen los principios del voto y la

---

<sup>70</sup> *Ídem*, pp. 101-103.

<sup>71</sup> *Ídem*, pp. 102-103.

<sup>72</sup> *Ídem*.

<sup>73</sup> *Ídem*, pp. 103-152.

negociación, y un tercer tipo que critica a la democracia liberal, conocido como *democracia agonista*. Los modelos asentados en el voto son caracterizados por MARTÍ como *democracia de mercado*, mientras que los basados en la negociación como *democracia pluralista*.<sup>74</sup>

La democracia entendida como *mercado* privilegia sistemáticamente al voto como elemento principal de la toma de decisiones públicas. Distintos enfoques de la democracia –vgr. las teorías de la competencia de élites, la teoría económica de la democracia y aquellas vinculadas al estudio del comportamiento electoral y la teoría de la elección social– pueden ser agrupados bajo la idea de democracia como mercado.<sup>75</sup> Estas tesis consideran que el *voto* es el comportamiento político por excelencia porque permite a la ciudadanía expresar sus preferencias individuales, que cada uno forma en el ámbito privado. El gobierno no puede intentar transformarlas sin vulnerar la neutralidad liberal o manipular paternalista o perfeccionistamente a los ciudadanos. El sistema democrático funciona como el mercado económico: los políticos venden programas e ideas, y los votantes son consumidores. No hay espacio para la discusión, y el autointerés de cada votante guía como una «mano invisible» los resultados electorales hacia un «equilibrio óptimo». Se trata de un modelo que confunde el comportamiento político con el del mercado y pasa por alto el hecho de que en el ámbito político las decisiones están destinadas a afectar a los demás, por lo que no pueden evaluarse según el autointerés, como en el mercado. Tampoco considera las grandes posibilidades de manipulación encubierta, el recorte de libertad dado por la «oferta política» limitada, la asimetría en la información y en el poder de negociación,<sup>76</sup> ni la imposibilidad de evaluar a la justicia en términos de eficiencia, entre otros problemas.<sup>77</sup>

La democracia *pluralista* comparte asunciones y puntos de partida con el modelo de mercado: para ambos, los individuos entran al proceso político con intereses prefijados que tratan de promover mediante el conflicto y el compromiso, y no es posible alcanzar ningún acuerdo sobre el contenido de la noción de «bien común», pues el interés es subjetivo. El bien común es asociado a gobiernos tiránicos que buscan imponer una visión

---

<sup>74</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 65.

<sup>75</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., pp. 66-67.

<sup>76</sup> En este sentido, también PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad...*, cit., p. 245.

<sup>77</sup> *Ídem*, pp. 67-68, sobre los problemas del enfoque económico, también NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., pp. 112-115.

del mundo, y es inadecuado para el tamaño de las democracias actuales y el relativismo cultural. Cada ciudadano debe poder definir y defender sus propios intereses.

Los modelos de mercado y pluralista se distinguen entre sí por la forma de tomar decisiones que priorizan: mientras en el primero prevalece el voto, el segundo acentúa la negociación y el compromiso de grupos de interés o facciones. Sin embargo, la existencia de grupos de interés asumida por el pluralismo es un problema, puesto que «aplana» la defendida variedad de intereses. Otro problema es la posibilidad fáctica de que alguno de esos grupos domine a los demás, imponiendo sus preferencias sin tener en cuenta las de otros grupos y vulnerando la igualdad de influencia política, uno de los principios básicos del sistema democrático. Por otra parte, es falso que la negociación garantice la igualdad puesto que el poder para negociar no depende de lo numeroso del grupo, sino de la capacidad y recursos para la negociación.<sup>78</sup>

Partiendo de una crítica a estos enfoques liberales, la democracia *agonista* niega que la sociedad sea culturalmente homogénea, que el conflicto social sea algo superable, y que las relaciones de poder deban jugar un rol en un sistema democrático de organización política. Mientras que «lo político» es el conflicto social, inherente a toda comunidad, «la política» es el conjunto de prácticas, discursos e instituciones que buscan establecer cierto orden y hacer posible la coexistencia en condiciones que siempre serán conflictivas. En este esquema, cualquier intento de alcanzar uniformidad o consenso, aunque sea muy básico, está condenada al fracaso porque implica negar el pluralismo cultural inconmensurable y las relaciones de poder. En una posición cercana al liberalismo, los defensores de la democracia agonista afirman que la discrepancia de ideas es un hecho y es fundamental defenderlo como derecho, sin que exista la posibilidad de consenso real entre los diversos grupos.<sup>79</sup>

Recapitulando, las numerosas formas de concebir a la democracia pueden ser analizadas según diferentes criterios. Uno de ellos es atender a la fuente de su legitimación, procedimental o sustancial. Otro revisa la relación entre la moral y la política: o bien se encuentran separadas y la democracia no puede intervenir en el ámbito moral reservado a la privacidad de la persona, o bien se las concibe interrelacionadas y la democracia es una forma de canalizar contenido moral. Ninguno de estos criterios aporta buenas razones para adoptar uno u otro modelo de democracia, y omiten la atención necesaria al elemento

---

<sup>78</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., pp. 68-70.

<sup>79</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., pp. 71-73.

decisivo y que da contenido a un tercer criterio de distinción: según se pretenda o no modificar las concepciones morales de las personas. Dentro del grupo de concepciones democráticas que no intenta modificar la moral de las personas, se encuentran los modelos de mercado, pluralista y agonista. La democracia deliberativa es parte del segundo grupo, y el elemento esencial de este modelo es el interés en que las personas modifiquen el punto de vista con el que ingresan a la discusión para la toma de decisiones.

### *b. El enfoque deliberativo*

Frente a los modelos de democracia señalados, el deliberativo no sólo pretende superar los problemas de justificación interna que se advierten en las demás propuestas, sino que también procura una forma de democracia en la que la ciudadanía tenga la mayor intervención posible, sin perder anclaje en los derechos liberales que protegen a la persona. En este esquema, la legitimidad de las decisiones políticas depende de que sean el resultado de un proceso dialógico, lo que supone que es posible discutir racionalmente acerca de valores políticos. Este ideal se opone a las teorías que niegan que la racionalidad sustantiva sea posible y que creen que la política consiste fundamentalmente en un conflicto de poder y que las decisiones políticas no son otra cosa que el resultado de un equilibrio entre los poderes existentes en la sociedad.<sup>80</sup>

Se trata de una concepción dialógica de la democracia que visualiza las esferas de lo político y lo moral como interconectadas y ubica el valor de la democracia en la moralización de las preferencias de las personas: dada su naturaleza epistémica, es el procedimiento más confiable para acceder al conocimiento de los principios morales.<sup>81</sup>

Sin embargo, la disparidad de criterios y los matices defendidos hacen difícil presentar un modelo unívoco. Existe cierto consenso en definir a la democracia deliberativa como “aquel ideal regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, instituciones y medidas políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, en el cual intervienen todos los potencialmente afectados por la misma”.<sup>82</sup> En lo que sigue, describiré los elementos fundamentales de la democracia deliberativa según la reconstrucción realizada por José Luis MARTÍ en su libro *La*

---

<sup>80</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 65.

<sup>81</sup> NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., p. 154.

<sup>82</sup> OLIVARES, E., “Paradoja democrática y república deliberativa”, en *Revista de la Facultad*, vol. VII, n. 2, serie II, 2017, pp. 257-281.

*república deliberativa*.<sup>83</sup> Su caracterización se basa en explicar quién, sobre qué y cómo se delibera, y en identificar ciertas precondiciones para la deliberación; reconstrucción que resulta suficiente para los propósitos de esta investigación.

El primer elemento decisivo de la democracia deliberativa atañe a los *participantes* y se define por la *inclusión*: deben tomar parte en el proceso deliberativo de toma de decisiones *todos aquellos ciudadanos potencialmente afectados por la decisión* en cuestión. Qué «afecta» en un sentido relevante es una cuestión vinculada a los destinatarios políticos de la medida, es decir, los ciudadanos que residen en el ámbito territorial de la norma que se espera dictar o que de algún modo se verían afectados por ella. La ciudadanía, en este sentido, implica un individuo identificado por el orden jurídico como sujeto de derechos, en especial políticos. En el plano no-institucional de deliberación que tiene lugar en la sociedad civil, todos pueden participar.<sup>84</sup>

Un segundo elemento se vincula con el *objeto* de la deliberación, que está dado por las decisiones *públicas* y *colectivas*. Sin embargo, no todas las decisiones de ese tipo se ven alcanzadas por el modelo deliberativo de democracia: quedan excluidas, por ejemplo, la mayoría de las sentencias judiciales y las decisiones administrativas «de aplicación», en tanto no sean discrecionales. Las alcanzadas son, pues, las decisiones públicas y colectivas «políticas». Los participantes de la deliberación presentan argumentos en favor de sus preferencias por una determinada propuesta política, que deben poder ser aceptados por los demás participantes. En un sentido más estricto, el objeto de la deliberación estará dado por las preferencias políticas imparciales individuales de los participantes sobre el asunto político sometido a decisión. Los defensores del modelo deliberativo de democracia admiten la existencia de algunas restricciones sustantivas a la decisión: cuestiones que no deben someterse a discusión. Unas derivan de consideraciones democráticas, otras de razones de eficiencia, pero ninguna es excluida por motivos normativos. Sin embargo, el modelo deliberativo admite la posibilidad de que la deliberación se extienda respecto de cualquier materia que sea susceptible de análisis y crítica racional, dejando de lado el hecho de que algunas deban ser reservadas a un tipo particular de deliberación democrática –la constitucional– o no.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., cap. III.

<sup>84</sup> *Ídem*, pp. 78-81.

<sup>85</sup> *Ídem*, pp. 81-88.

El tercer elemento es el *proceso* de deliberación, definido por 8 principios estructurales que constituyen propiedades formales de la deliberación. Su cumplimiento absoluto es empíricamente imposible, por ello la democracia deliberativa constituye un ideal regulativo. Los principios son:

1) *Argumentación*, puesto que democracia deliberativa supone instaurar un gobierno de la discusión en el que las decisiones sean previamente deliberadas mediante un procedimiento argumentativo de intercambio de razones. Es un proceso formador de voluntad, no de negociación, puesto que requiere que los individuos acudan a la deliberación con preferencias e intereses autónomamente formados, pero no de modo definitivos, sino abierto a que con la nueva información que aporta la deliberación pueden ser modificados. Mediante la transformación de preferencias de los participantes es posible alcanzar un consenso razonado de todos los intervinientes. Esto requiere motivaciones imparciales, no egoístas, comprometidas con el interés público.

2) *Procedimiento colectivo*, supone la discusión dialógica en lugar de la reflexión monológica y solipsista.

3) *Principio de inclusión*, que acentúa el carácter democrático.

4) *Principio de publicidad*, en un doble sentido. Por una parte, respecto de la sinceridad y transparencia de las razones y opiniones; por otra, cuando la deliberación es entre representantes políticos, la publicidad garantiza el control y una correcta representación.

5) *Principio de apertura de formas*, puesto que no existe un único proceso correcto, sino que debe adaptarse a las circunstancias de cada caso.

6) *Principio de continuidad*, implica que nunca se dejan de examinar nuevas razones en favor o en contra de alternativas de decisión o, al menos, la posibilidad siempre queda abierta.

7) *Principio de libertad*, alude a que los participantes deben ser libres de acceder o no a la deliberación, de determinar su propia intervención, y de elegir el resultado que apoyará.

8) *Principio de igualdad formal*, todos los participantes deben tener igual influencia política, y todos se reconocen mutuas capacidades deliberativas, es decir, debe haber igual respeto y consideración por los argumentos de cada uno.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> *Ídem*, pp. 88-97.

Delineado el alcance, objeto y procedimiento deliberativo, resta tomar en consideración las *precondiciones* de las que depende la deliberación democrática.<sup>87</sup> Entre ellas destaca el hecho del pluralismo y los desacuerdos básicos, puesto que sin ellos no habrá nada que deliberar. También es necesario garantizar ciertas condiciones de convivencia social que permitan el diálogo razonado: mínima seguridad pública y estabilidad económica, garantías para la vida y seguridad física de los ciudadanos, etc. Por otra parte, es necesario asegurar la igualdad política, lo que requiere igualdad de capacidades y de recursos materiales. En cuanto a las capacidades, es menester una mínima formación política y argumentativa de la ciudadanía en tres planos: para formar preferencias «auténticas», para utilizar efectivamente los recursos culturales, y en materia de capacidades cognitivas y argumentativas. Los recursos materiales se asocian al aseguramiento de la libertad: debe garantizarse la formación libre de preferencias y elecciones políticas. Puesto que uno de los factores que más distorsionan la libertad de elección tiene que ver con la falta de cobertura de las necesidades básicas, se que requiere de mecanismos para alcanzar la igualdad de oportunidades y la redistribución de la riqueza. No es necesario que haya igualdad absoluta, pero sí que las desigualdades no alteren la igual capacidad de influir en la determinación de las decisiones políticas. Sin embargo, no todas las desigualdades son negativas para el proceso deliberativo, puesto que las inherentes a la diversidad de puntos de vista son un presupuesto de la deliberación.<sup>88</sup>

Detrás de la elección de la deliberación como característica central de la democracia, se encuentra una sólida concepción ontológica y epistemológica acerca del conocimiento de la verdad moral, que NINO denominó «constructivismo epistemológico».<sup>89</sup> Se trata de una tesis intermedia entre el individualismo reflexivo rawlsiano y el constructivismo

---

<sup>87</sup> La existencia de *precondiciones* para la democracia deliberativa ha dado lugar a lo que se conoce como *la paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa*, que reabre el interrogante sobre la fundamentación en base a la sustancia o al procedimiento. La paradoja plantea que, si se ven satisfechos todos los prerrequisitos necesarios para que este modelo de democracia funcione, pues entonces quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia, puesto que la mayoría de las decisiones políticas consisten en la adecuada distribución del tipo de recursos necesarios para satisfacer los prerrequisitos. Y también si los derechos son interpretados en sentido amplio –al reconocer que ellos pueden ser violados por omisiones– la democracia es privada de la mayoría de sus posibles temas de debate. Entonces, podemos tener un excelente y poderoso procedimiento de toma de decisiones democráticas que se aplique a un rango de decisiones muy reducido, o un pobre y poco confiable procedimiento que se aplique a un rango casi total de decisiones. Véase NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., p. 193, también MARTÍ, J. L., “La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino”, en GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Medellín, Colección Bibliográfica Cuadernos de Investigación, 2011, pp. 41-53.

<sup>88</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., pp. 108-115.

<sup>89</sup> NINO, C., “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, *DOXA*, n° 5, 1988, pp. 87-105.

habermasiano. RAWLS, en el plano ontológico, sostiene la tesis según la cual la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, que implica que un principio moral será válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes. En el plano epistemológico, defiende que el conocimiento de la verdad moral sólo se alcanza por medio de la reflexión individual, y que la discusión con otros es sólo un elemento auxiliar útil. Por su parte, HABERMAS afirma en el plano ontológico que la verdad se constituye por el consenso resultante de la práctica real de la discusión moral, llevada a cabo con algunas restricciones procesales sobre los argumentos que se pueden esgrimir; y en el plano epistemológico sostiene que el método de la discusión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral, porque de ese modo se evitan la dificultad insuperable de colocarse uno mismo en el lugar de otros y el sesgo del individuo en favor de su propio interés.

Ahora bien, la tesis intermedia propuesta por NINO para sostener el fundamento deliberativo de la democracia se asienta ontológicamente en que la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación y evitar conflictos; y epistemológicamente en la idea de que la discusión y decisión colectivas son el método más confiable para acceder a la verdad moral, porque el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que también ayuda a la imparcialidad, aunque no se excluye la posibilidad de que alguien pueda acceder a soluciones correctas mediante la reflexión individual.<sup>90</sup>

#### **IV. La síntesis neorepublicana deliberativa y el Derecho penal**

##### *a. Neorepublicanismo deliberativo*

República y democracia son, como vimos, nociones que admiten numerosas conceptualizaciones. La democracia deliberativa puede asumir concepciones liberales,

---

<sup>90</sup> NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., pp. 154-166.



éticas discursivas y republicanas, según el concepto de libertad que sea tomado como referencia (como no-interferencia, emancipación política o no-dominación).<sup>91</sup>

En este orden, la democracia deliberativa definida desde una perspectiva neorepublicana enfatiza que, a los fines de satisfacer estándares deliberativos, resulta atractivo adoptar la concepción neorepublicana de las virtudes cívicas y de la libertad política como no-dominación.<sup>92</sup> El neorepublicanismo constituye así un medio para los fines deliberativos. Por otra parte, el neorepublicanismo –en su búsqueda por garantizar la no-dominación política, puede emplear como medio idóneo para alcanzar el autogobierno una concepción deliberativa de la política, garantizando así –mediante la deliberación– la posibilidad de que los ciudadanos tengan efectiva influencia y control sobre el accionar de su gobierno en materia de políticas públicas.<sup>93</sup>

Dicho en otras palabras, los procedimientos democráticos deliberativos pueden jugar un papel decisivo en la definición del sentido de la república y en los procesos e instituciones que garantizan su operación, y por otro lado las piezas de la arquitectura republicana son claves para generar y conservar una deliberación democrática genuinamente libre y abierta.<sup>94</sup>

La síntesis neorepublicana deliberativa aparece entonces como un marco teórico ventajoso en dos niveles. En uno institucional, por cuanto aporta una concepción dialógica y cooperativa de interacción entre poderes constituidos y una concepción de libertad que satisface la necesidad de evitar una dinámica agonal interesada cortoplacista. A nivel individual, contribuye con una concepción instrumental de virtudes cívicas que atiende adecuadamente a las necesidades de motivar agentes políticos. La democracia deliberativa neorepublicana ofrece un apropiado marco teórico que propone fuertes controles ciudadanos sobre los representantes.<sup>95</sup>

El neorepublicanismo deliberativo permite alcanzar la no-dominación pretendida en dos planos. Por un lado, la ciudadanía debe ser puesta en condiciones de controlar la interferencia del Estado en sus vidas, discutiendo la dirección en la que éste debe actuar. La legitimidad política implicada en darse a sí mismos las leyes, impide la dominación

---

<sup>91</sup> OLIVARES, E., “Paradoja democrática...”, cit., p. 271.

<sup>92</sup> ORTIZ LEROUX, S.; MORALES GUZMÁN, J. C., “República y democracia deliberativa: claves para su convergencia teórica”, en *Acta Sociológica*, n. 71, septiembre-diciembre de 2016, pp. 123-143.

<sup>93</sup> OLIVARES, E., “Paradoja democrática...”, cit., pp. 271-272.

<sup>94</sup> ORTIZ LEROUX, S.; MORALES GUZMÁN, J. C., “República y democracia deliberativa...”, cit.

<sup>95</sup> OLIVARES, E., “Paradoja democrática...”, cit., p. 262.

pública del Estado sobre los particulares. Por otro lado, se promueve la justicia social –que impide la dominación privada entre particulares– entendida como el empoderamiento de la ciudadanía en su ejercicio de las libertades básicas, definidas como desprendimientos de la idea más general de libertad como no-dominación.<sup>96</sup>

La mejor manera de realizar los principios neorepublicanos de libertad como no-dominación e igual dignidad política requiere de una particular forma activa de participación política ciudadana: la deliberación pública. En el plano institucional, como vimos, adoptar una estructura deliberativa en el diseño organizacional permite cumplir los fines republicanos. Los procedimientos políticos –para ser legítimos en términos neorepublicanos– deben permitir la igual participación política de todos los afectados por la norma, institución o medida política adoptada, en el proceso de discusión y sanción.<sup>97</sup> Pero además, como ha sido sostenido aquí, no resulta suficiente con que los procesos de toma de decisión institucionales sean deliberativos. Es necesario que, por otra parte, la deliberación pública alcance a la ciudadanía e inunde también los canales no institucionalizados de participación política. En palabras de OLIVARES,

---

¿Por qué debiéramos contentarnos en el corto plazo con una perspectiva de democracia agregativa?, ¿por qué debiéramos solo votar o elegir o autorizar en el día a día?, ¿por qué debiéramos colocar a la ciudadanía en semejante largo período de tiempo entre elecciones, en un rol tan pasivo o limitado de mero evaluador? Si la idea central del republicanismo es construir una ciudadanía no dominada y empoderada sobre un concepto no sobreexigente de bien común, debiéramos poner a la ciudadanía a trabajar en el día a día en ello, habilitando la deliberación efectiva y su participación no deliberativa sobre ciertos temas políticos centrales.<sup>98</sup>

---

No se trata, en definitiva, de que no pueda haber república sin deliberación o democracias deliberativas poco republicanas. Sin embargo, una *buena* república no puede prescindir de la deliberación democrática y una *buena* democracia deliberativa no puede darle la espalda a los cánones republicanos.<sup>99</sup> Por eso, a los fines de este trabajo, el ideal regulativo estará dado por la síntesis neorepublicana deliberativa.

---

<sup>96</sup> *Ídem*, p. 272.

<sup>97</sup> MARTÍ, J. L., “Republicanism and Democracy: Basic Principles of a Deliberative Republic”, en ARANGO, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 147-166, citado por OLIVARES, E., “Paradoja democrática...”, cit., p. 272.

<sup>98</sup> OLIVARES, E., “Republicanism participativo. Bases y puntos de partida para un modelo democrático constitucional situado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXIX, n. 275, septiembre-diciembre 2019, pp. 863-895.

<sup>99</sup> ORTIZ LEROUX, S.; MORALES GUZMÁN, J. C., “República y democracia deliberativa...”, cit., p. 126.

b. *Entre el elitismo penal y el populismo punitivo*

Un ejemplo neorepublicano y democrático deliberativo distinto al que será seguido aquí es el propuesto por Philip PETTIT. Poco antes vimos cómo su modelo de democracia acota la deliberación a los órganos públicos, y relega a la ciudadanía a un rol de control *contestatario*.<sup>100</sup> Esto nos servirá como puntapié para presentar la tensión entre elitismo y populismo en las decisiones penales y para destacar que el ideal regulativo republicano requiere extender la participación democrática deliberativa fuera de las instituciones.

En punto a las normas penales PETTIT se preocupa de las «dinámicas de indignación» – *the outrage dynamic*–: la exposición periodística de un delito, que conduce a la indignación popular, a que la opinión pública considere que el mal es intolerable y a que se fuerce a los gobernantes a reaccionar mediante la introducción de iniciativas legislativas o administrativas para hacer frente a ese mal. Para contrarrestar las consecuencias legislativas de las dinámicas de indignación, PETTIT propone la creación de un organismo técnico ubicado por fuera del parlamento –un consejo de política criminal–, que sea el encargado de determinar las penas aplicables.<sup>101</sup>

Esto puede ser entendido como una forma de elitismo, pues se trata de una versión de la democracia deliberativa que no toma al principio de igualdad política en su versión más fuerte y pretende que las personas mejor preparadas puedan tener una mayor posibilidad de determinar el contenido de las decisiones políticas, no porque sus argumentos tengan mayor fuerza, sino porque se encuentran en una «mejor» posición para «descubrir» cuál es la decisión política correcta.<sup>102</sup>

Sin embargo, el elitismo en los sistemas políticos es un problema conceptualmente anterior a la forma de gobierno que se elija. Una élite gobernante es un grupo controlador de dimensión inferior a la mayoría y cuya creación no responde al artificio puro de las reglas democráticas. Es una minoría de individuos cuyas preferencias prevalecen regularmente en disputas sobre temas políticos.<sup>103</sup> Como muestra WINTROP, para algunos teóricos democráticos clásicos como Alexis DE TOCQUEVILLE o John Stuart MILL las élites son un hecho social pues los grupos de personas privilegiadas y poderosas son el

---

<sup>100</sup> Véase *supra*, punto III.

<sup>101</sup> REKERS, R., *La democratización republicana del castigo...*, cit., pp. 65-67.

<sup>102</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., p. 252.

<sup>103</sup> DAHL, R., “A Critique of the Ruling Élite Model”, *The American Political Science Review*, vol. 52, n° 2, junio 1958, pp. 463-469.

producto de las diferencias naturales entre las personas, la necesidad de liderazgo, la industrialización y la organización social. También hay quienes, como algunos pensadores marxistas y anarquistas, acusan a la democracia representativa de ser fraudulenta y conducir a la dominación de las élites –en particular, para estos, de élites explotadoras de la clase capitalista–. Desde otra posición, pensadores como SCHUMPETER sostienen las élites son inevitables y que sólo es posible una forma de democracia mínima en la que compiten distintas élites o grupos de poder; y autores como PARETO o MOSCA derechamente cuestionan que la democracia sea posible en el plano empírico, sin caer en el dominio de las élites.<sup>104</sup> Estos grupos pueden obtener su privilegio –y, con ello, su poder de influencia en la toma de decisiones– de distintas fuentes, algunas de ellas incluso institucionalizadas: la pertenencia a un partido político concreto, o al sector de políticos profesionalizados en general; una posición económica favorable o destacada; el dominio de medios de comunicación; la pertenencia a grupos académicos o intelectuales; la ocupación de cargos de gestión administrativa; etc.<sup>105</sup>

Desde una perspectiva republicana, la cooptación de las decisiones públicas por parte de un grupo minoritario de cualquier índole –que responda a privilegios económicos, políticos, intelectuales, culturales, etc.– equivale llanamente a una forma de dominación política, que impide el autogobierno y, con ello, la libertad de la ciudadanía. Es precisamente en razón del elitismo –monárquico o tiránico– que surge el republicanismo como una propuesta de Estado en la cual la toma de decisiones colectivas toma en consideración las preferencias de las personas a las que se aplica.<sup>106</sup> MAQUIAVELO, en este sentido, propuso una teoría de control de las élites que reconoce que, en algunos aspectos, la gente se limita simplemente –si no exclusivamente– a seleccionar las élites para los cargos y elegir entre sus propuestas políticas. En otros aspectos la gente compite activamente con las élites establecidas para tales cargos y las vigila constantemente a través de las instituciones y de prácticas como las acusaciones públicas y los llamamientos populares. Según su propuesta de control, el pueblo debía despreciar y desconfiar de las élites, y tener cuidado de enfrentar activamente la injusticia que inevitablemente conlleva el gobierno de élite. Esta disposición sirve para impulsar los esfuerzos populares para

---

<sup>104</sup> WINTROP, N., “Élite Theory and Neo-Élite Theory Understandings of Democracy: An Analysis and Criticism”, *Australian Journal of Political Science*, vol. 27, 1992, pp. 462-477.

<sup>105</sup> ETZIONI-HALEVY, E., “Democratic-élite theory: Stabilization versus breakdown of democracy”, *European Journal of sociology*, vol. 31, issue 2, 1990, pp. 317-350.

<sup>106</sup> Esto se advierte ya en los escritos de ARISTÓTELES, que oponía la república a las otras dos formas «puras» de gobierno: la monarquía y la aristocracia (ARISTÓTELES, *Política*, cit., p. 117 y ss.).

hacer que las élites sean más receptivas y responsables. La solución de MAQUIAVELO para controlar las élites, entonces, es una república popularmente dominada.<sup>107</sup> El populismo es un sistema que puede poner límites al elitismo.

Como señala GARGARELLA, el populismo es un fenómeno de difícil caracterización, pero que se destaca principalmente porque promete la restauración de una democracia perdida, pero se desinteresa de todo proceso de deliberación colectiva y rechaza activamente todo control o toda fiscalización sobre su propio accionar.<sup>108</sup> Así, el populista habla y actúa en nombre de un pueblo al que, en los hechos, solo consulta discrecionalmente, cuando quiere, como quiere y hasta donde quiere.<sup>109</sup>

Sin embargo, aquí el análisis será acotado a los efectos del populismo en materia de legislación penal, donde toma un cariz particular. El *populismo penal* hace referencia a “una forma de hacer política-criminal y de moldear la cultura de una determinada sociedad a través de una serie de dispositivos, en la actualidad principalmente comunicativos, que explotan el potencial simbólico y emocional del delito y su castigo”.<sup>110</sup> Según PRATT y MIAO, su origen se encuentra en cinco causas básicas: 1) la disminución de la deferencia hacia los valores y las opiniones de las élites que antes habían sido aceptadas sin ser cuestionadas; 2) la disminución de la confianza en los políticos y los procesos democráticos existentes; 3) el aumento de inseguridad y la ansiedad global; 4) la influencia de los medios de comunicación masiva; y 5) la importancia simbólica de las víctimas de delitos.<sup>111</sup>

Se trata de un mecanismo de política partidaria que responde a un proceso: 1) generalmente se inicia a través de un reclamo de víctimas de un delito, que frecuentemente han sufrido la pérdida de un ser querido en circunstancias verdaderamente

---

<sup>107</sup> MCCORMICK, J. P., “Machiavellian Democracy: Controlling Élites with Ferocious Populism”, *The American Political Science Review*, vol. 95, n° 2, junio 2001, pp. 297-313.

<sup>108</sup> GARGARELLA, R., *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020, p. 20.

<sup>109</sup> *Ídem*, p. 20.

<sup>110</sup> CIGÜELA SOLA, J., “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22, n° 12, 2020; véase también GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005; PRATT, J., *Penal Populism*, Nueva York, Routledge, 2006; LARA AMAT Y LEÓN, J., “El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo”, *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n° 4, p. 224; SOZZO, M., “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión-depósito’ en Argentina”, *Sistema Penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, vol. 1, n° 1, 2009, pp. 33-65.

<sup>111</sup> PRATT, J., MIAO, M., “Populismo penal: el fin de la razón”, *Nova Criminis*, vol. 9, n° 13, junio 2017, pp. 33-70.

dolorosas; 2) la demanda suele tener un contenido punitivista: mayor vigilancia, penas más altas, baja de la edad de imputabilidad, menos garantías constitucionales para quienes son juzgados, etc.; 3) los medios masivos de comunicación sobredimensionan y amplifican el impacto del reclamo, a la vez que lo transforman en una verdad absoluta que se presenta sin oposición; 4) los representantes políticos ven la oportunidad de vehicular un reclamo social que puede generar apoyo a un bajo coste, por lo que la demanda termina convirtiéndose en una ley que exaspera la reacción penal estatal.<sup>112</sup> Otros elementos frecuentes del populismo son 5) la polarización social, en tanto la demanda se presenta como una petición «a todo o nada» que no pretende buscar puntos de encuentro o generar consensos, sino una victoria contra el contrincante; 6) la construcción de estereotipos, que señalan a los ciudadanos pertenecientes a determinados grupos sociales, culturales o a migrantes como «potenciales delincuentes»; 7) la esloganización de la política criminal, encaminada a conectar la legislación penal con intuiciones, aspiraciones y el sentido común y a minimizar el ámbito de discusión –por ejemplo, el etiquetado de leyes como las «leyes Blumberg» o la creación de consignas como «zero tolerance»–; y 8) la generación de pánico moral, alcanzado mediante la hipermediatización de los «fracasos» del sistema judicial en responsabilizar a quienes son acusados.<sup>113</sup>

Aquí adquiere valor explicativo la «dinámica de la indignación» que originó las preocupaciones de PETTIT y lo condujo a proponer un consejo de política criminal: el Estado expone a la sociedad a cierto mal, la exposición de un mal lleva a la indignación popular, y la indignación fuerza al gobierno a tomar nuevas medidas.<sup>114</sup> Sin embargo, no se trata tanto de que el gobierno se vea «forzado», como de que esta dinámica entra en una lógica de consumo electoral a la que los partidos políticos prestan especial atención. Para SILVA SÁNCHEZ, se trata más bien de uno de los efectos producidos por la transformación de la democracia representativa en un régimen hermético de partidos políticos, que da como resultado un sistema en el que

---

las leyes penales se muestran cada vez más como un producto de las burocracias de los partidos políticos dominantes en cada caso. Convertidos en bienes de consumo electoral, los proyectos o proposiciones de ley llegan a los parlamentos como

---

<sup>112</sup> BEADE, G., "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, ps. 55-70.

<sup>113</sup> CIGÜELA SOLA, J., "Populismo penal y justicia paralela...", cit., pp. 8-17.

<sup>114</sup> GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 215-218.

productos prácticamente determinados. Ello reduce la discusión parlamentaria –y el debate extraparlamentario, tanto de los expertos como de los grupos sociales– a mínimos. Los consensos son previos y escasamente transparentes, o bien se reducen a la aceptación de enmiendas transaccionales.<sup>115</sup>

---

La propuesta del elitismo penal frente a estos «excesos» del populismo consiste aislar las decisiones de política criminal de la política y la influencia popular, resguardar los derechos individuales frente a las pretensiones punitivas mayoritarias y reivindicar el rol de las garantías liberales.<sup>116</sup> La versión ofrecida por PETTIT parte de su concepción de libertad como no-dominación, de modo que la libertad puede verse afectada tanto por la dominación de los conciudadanos proveniente del delito, como por la del Estado causada por interferencias punitivas originadas por quejas irrazonables. Su propuesta de crear un consejo de política criminal apunta a apartar la discusión de leyes penales del tumulto de la discusión popular e incluso del debate partidario parlamentario, despoltizándolas.<sup>117</sup> Sin embargo, su posición no puede ser aceptada por dos razones: 1) si el populismo es generado por los medios de comunicación o la falta de información o de un foro de debate, la solución debería ser promover el debate y generar información; 2) si el problema es el carácter político-partidario de la respuesta estatal, la solución no debería ser apartar la discusión de los foros institucionalizados sino generar diálogo que, en condiciones de deliberación, favorezca la imparcialidad.<sup>118</sup>

Desde una perspectiva republicana el cuadro queda conformado entre dos extremos: el populismo penal, que privilegia las demandas populares de seguridad y la solución punitiva con el fin de disminuir la interferencia arbitraria proveniente del delito; y el elitismo penal, que intenta «atrincherar» derechos poniendo límites a las preferencias punitivas de la población. Sin embargo, según REKERS tanto el elitismo como el populismo generan dominación: el elitismo socava la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia penal y debilita las barreras institucionales contra la dominación causada por el delito; mientras que el populismo compromete la libertad de las víctimas, cuyos intereses pasan a depender de la gracia de los medios de comunicación y de los representantes políticos.<sup>119</sup> A ello cabe agregar que el populismo, cuando logra ciertos cambios legislativos que avanzan sobre los límites constitucionales a la persecución

---

<sup>115</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 29-30.

<sup>116</sup> REKERS, R., *La democratización republicana del castigo...*, cit., pp. 55-56.

<sup>117</sup> *Ídem*, p. 65.

<sup>118</sup> GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo...*, cit., p. 218.

<sup>119</sup> *Ídem*, pp. 55-58.

penal, también genera dominación por parte del Estado sobre los ciudadanos que han delinquido y a quienes se somete a procedimientos o sanciones que lesionan garantías o derechos fundamentales.

Ambas tendencias afectan el ideal republicano de autogobierno. El populismo por cuanto genera sobrerrepresentación de los sectores que demandan más seguridad y reformas penales. Y el elitismo, porque sobrerrepresenta a los sectores a quienes se adjudica una mejor posición para diseñar normas penales. Quienes en este esquema quedan infrarrepresentados son los ciudadanos que no forman parte de una élite –por definición, las mayorías–; y quienes siendo minorías no son representados por la demanda populista, como ocurre por ejemplo con los migrantes frente a reclamos populistas de mayores sanciones o deportación para los extranjeros que delinquen. Otro caso es el de los menores de edad frente a debates sobre la baja de la edad de imputabilidad, quienes paradójicamente son excluidos de participar en el debate político sobre una medida dirigida a ellos.

Un rasgo común a estas formas políticas es que presentan problemas en el plano de la racionalidad. El populismo abandona todo intento de alcanzar decisiones políticas basadas en buenas razones y apela derechamente a definir la toma de decisiones públicas mediante el uso del potencial político-electoral implicado en los reclamos sociales magnificados en la opinión pública. En el diagnóstico de PRATT y MIAO,

---

Pareciera que el populismo penal socavara el núcleo mismo sobre el cual se había construido el castigo moderno: la forma en que, desde la época de la Ilustración, se esperaba que la ciencia, la racionalidad y el conocimiento experto superaran al sentido común emotivo y desinformado, garantizando así que la razón superaría a la anti-razón en el desarrollo de la política penal. Sin embargo, ahora el populismo penal le cierra la puerta en la cara a la razón y aumenta las tasas de encarcelamiento cuando se conocen bien los nefastos efectos sociales y económicos de la prisión. [...] Ratifica el lugar de la pena de muerte en los sistemas penales modernos, cuando se sabe que no hay pruebas concluyentes sobre su efecto disuasorio. O bien, apunta a los cuerpos de los delincuentes, en un retorno al castigo de la era premoderna, en lugar de obligarlos a perder tiempo o dinero de acuerdo con las expectativas de castigo en el mundo moderno.<sup>120</sup>

---

Por su parte, el elitismo falla en considerar que un grupo de personas puede, en razón de sus conocimientos técnicos o académicos, acceder mejor que otras a una forma de hacer política-criminal correcta. Se trata de una visión que se aproxima al individualismo y optimismo epistémico. Al individualismo, puesto que parece ir contra el teorema de

---

<sup>120</sup> PRATT, J., MIAO, M., “Populismo penal...”, cit., p. 36.



CONDORCET según el cual la posibilidad de corrección de una conclusión aumenta con la cantidad de gente que la apoya; al optimismo, en lo que se refiere a las posibilidades humanas de conocer globalmente la realidad social.<sup>121</sup>

Huelga señalar que ni el elitismo penal ni el populismo punitivo se aproximan al ideal regulativo de la democracia deliberativa señalado en el apartado anterior, más bien, constituyen deformaciones de los sistemas en que se insertan, destinadas a eludir los procedimientos republicanos y democráticos en la elaboración de leyes penales.

El neorepublicanismo deliberativo permite disolver la tensión entre las distorsiones del elitismo y el populismo en el ámbito del Derecho penal. Veamos.

### *c. Aportes del republicanismo democrático al Derecho penal*

La síntesis neorepublicana y deliberativa que se emplea como punto de referencia en este trabajo aporta razones para involucrar al pueblo en la formación y ejecución del Derecho penal, y para hacerlo de la manera constructiva que propone el ideal regulativo. El autogobierno y la libertad, se ha visto, son nociones que se requieren recíprocamente. Que la ciudadanía se gobierne a sí misma garantiza que no será dominada en el plano externo, pero a su vez el autogobierno requiere de ciudadanos libres que tengan la posibilidad de participar activamente en la política. La libertad como no dominación cumple un doble papel: es el objetivo y a la vez la justificación del republicanismo.

Ahora bien, asumir un enfoque neorepublicano y democrático deliberativo del Estado aporta ventajas concretas para el Derecho penal. En lo que sigue repasaremos las propuestas por GARGARELLA y DUFF, que permiten superar el elitismo y solidificar las bases del llamado público a dar respuestas de nuestras acciones.

#### *i. Contra el elitismo: razones para incluir a la comunidad en el debate penal*

Tal como lo ha señalado GARGARELLA, el rol decisivo del pueblo en la formación del derecho se ve reforzado en el ámbito penal por la índole de lo que se encuentra en juego: la aplicación de la interferencia legítima más severa y dañina posible, la pena.<sup>122</sup> La razón fundamental para eludir posiciones elitistas consiste en que el peso comparativo de la interferencia implicada por las penas en relación a aquello que tiende a asegurar, exige

---

<sup>121</sup> GONZÁLEZ, L. A., “El ‘individualismo metodológico’ de Max Weber y las modernas teorías de la elección racional”, *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n° 34, 1993, pp. 431-447.

<sup>122</sup> GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática...*, cit., pp. 165-166.

ser cuidadosos con no afectar la faz de *autogobierno* implicada en el ideal republicano. Dicho en otras palabras, la interferencia pública causada por la pena para dar respuesta al delito –una interferencia privada– no debe perder de vista la afectación del autogobierno.

En cuanto al derecho penal, GARGARELLA aporta un abanico de motivos para democratizar su proceso de creación. Desde un punto de vista *epistémico*, el compromiso activo de la ciudadanía en temas penales es importante porque permite incorporar información relevante al proceso de toma de decisiones; ayuda a eliminar sesgos indeseados; facilita la remoción de prejuicios sin sustento y el reconocimiento de la dignidad de puntos de vista ajenos; fuerza a las personas a ofrecer razones públicas e imparciales; promueve el «tamizado» de demandas irreflexivas basadas en el interés propio o en pasiones; alienta a repensar los reclamos y, en definitiva, educa en el arte de vivir junto a otros.<sup>123</sup> Se trata de virtudes propias de la democracia deliberativa, cuyo impacto en el Derecho penal sería beneficioso.

Además, una razón de orden *motivacional* para ampliar la participación en la discusión de normas penales radica en que la presencia de las voces implicadas puede resultar atractiva para reducir riesgos de error. Por ejemplo, una discusión entre hombres blancos propietarios sobre delitos que encuentran una explicación en el orden patriarcal de la sociedad y afectan especialmente a las mujeres –vgr. el femicidio–, puede pasar por alto cuestiones relevantes que, con la intervención de mujeres en la discusión, se evitaría. Así, la *legitimidad* del Derecho se incrementa en la medida en que los potenciales afectados sean incluidos en su formación –rasgo típico de la democracia deliberativa–. Por último, desde un punto de vista *histórico*, es relevante que la discusión incluya a los miembros marginados de la sociedad y les preste especial consideración, puesto que son ellos los más criminalizados por el deficitario sistema penal.<sup>124</sup>

En síntesis, los aportes de GARGARELLA muestran la importancia de asumir los puntos de partida neorepublicanos y deliberativos ya en la etapa de diseño y construcción del derecho penal.

---

<sup>123</sup> *Ídem*, pp. 167-168.

<sup>124</sup> *Ídem*, pp. 168-172.

ii. Aplicar un derecho penal que la ciudadanía perciba como propio

Antony DUFF ha elaborado una trama muy precisa sobre el impacto de la teoría política en el Derecho penal. Si bien ha hecho más hincapié en los aspectos *republicano* y *democrático* que en el *deliberativo*, sus estudios presentan la ventaja de revisar todas las prácticas implicadas en la responsabilización penal, y de reformularlas y darles coherencia con, principalmente, los ideales de autogobierno y libertad.

Las partes de la obra de DUFF que nos interesan aquí son principalmente cuatro, que revisaremos de lo general a lo particular: 1) su explicación sobre la importancia de la participación de la ciudadanía en la creación del Derecho penal; 2) su concepción expresiva del castigo; 3) su forma de entender la *responsabilidad* de modo relacional; y por último, 4) las consecuencias que lo anterior tiene en la práctica del enjuiciamiento penal. Veamos.

DUFF parte de que la inclusión de la ciudadanía en la formación de decisiones públicas es fundamental para que las personas perciban como *propio* el Derecho que se les impone, lo cual tendrá un impacto decisivo a la hora de poner en práctica el sistema penal. Si el castigo penal –afirma DUFF – es entendido como una respuesta comunicativa que tiende a persuadir a los ofensores a reconocer el carácter incorrecto de su delito, ofrecerles la posibilidad de reformarse a sí mismos y a reconciliarse con la comunidad a la que lesionaron –tal su propuesta política del castigo–,<sup>125</sup> entonces es sumamente relevante que la persona que responde por el delito pueda ver al derecho que se le aplica como propio, como uno al que contribuyen –o pueden contribuir– a formar y que también representa sus intereses.

La base de DUFF es la aceptación de que el Derecho penal excluirá de los derechos y beneficios de la ciudadanía a aquellos contra quienes se ejerza su poder.<sup>126</sup> Como institución política, el Derecho penal parte de la estructura del sistema político en que está inserto. Si se trata de una democracia, el Derecho penal debe ser de los miembros de ese sistema político, es decir, sus ciudadanos. El elemento republicano es claro, puesto que el derecho no es algo que un soberano o élite gobernante impone a otros, sino algo

---

<sup>125</sup> DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2003, p. 175.

<sup>126</sup> DUFF, A., “Un derecho penal democrático”, en DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia pena que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015, pp. 25-69.

que «nos imponemos a nosotros mismos».<sup>127</sup> Esto supone cierta concepción de la ciudadanía enmarcada en una república liberal, cuyos aspectos sobresalientes son: 1) implica inclusión en la comunidad, con pleno acceso a todos los aspectos de la vida cívica y responsabilidad por las cargas necesarias para la prosperidad de la comunidad política; 2) debe reconocerse a todos los ciudadanos igual respeto y consideración; 3) uno de los aspectos del respeto es la confianza cívica: reconocer a los conciudadanos a quienes suponen exentos de intenciones nocivas o lo bastante receptivos a las razones morales y prudenciales como para abstenerse de lanzar ataques ilícitos (no se trata de una confianza ingenua, sino que es congruente con la toma de precauciones ante la posibilidad de ser victimizados); 4) la ciudadanía implica agencia: involucra deberes y beneficios resultantes de la vida cívica; y 5) en una democracia definida por valores liberales como la autonomía individual, la privacidad y la aceptación de múltiples concepciones del bien, la ciudadanía tiene limitaciones para el ámbito público, pues deja amplias zonas de la vida de los ciudadanos en la esfera privada.<sup>128</sup>

En este esquema, DUFF propone entender al castigo como una forma de comunicación enérgica que se dirija hacia el ofensor, respetándolo como compañero miembro *–fellow member–* de la comunidad normativa. Como parte de nuestra comunidad, debemos intentar persuadirlo *–sin coerción ni manipulación–* para que comprenda la relevancia de su crimen y se arrepienta de él, y acepte su castigo o pena. Sin embargo, ese arrepentimiento no es obligatorio y depende del autor libremente, de modo que puede no persuadirse y no arrepentirse.<sup>129</sup> Mantener esta base liberal evita introducir un elemento perfeccionista en la teoría del castigo: se promueve el arrepentimiento no en el modo religioso que lo asocia como penitencia a un pecado, sino como una forma republicana de respetar el carácter de conciudadano del ofensor. De ese modo, no se «falta el respeto» a quien delinque, negando su capacidad de agencia moral, sino que se trata de una instancia más de la «virtud cívica» típicamente republicana.

De este modo, mediante la pena se reafirma que se condena por ser considerado un agente responsable, se comunica el contenido de dañosidad moral implicado en su ofensa, y se brinda el espacio y las herramientas para que, personalmente y sin coerciones, sea el autor quien niega la corrección de su conducta. No se trata de una tarea sencilla, y por eso el

---

<sup>127</sup> *Ídem*, pp. 29-30.

<sup>128</sup> *Ídem*, pp. 35-39.

<sup>129</sup> DUFF, A., *Punishment, Communication...*, cit., p. 177.

procedimiento a través del cual se *llama al ofensor a responder ante sus conciudadanos* es decisivo.

---

Es suficientemente difícil asegurar que lo que se supone que es un intento de abordar su comprensión moral, con razones cuya fuerza esperamos que ella llegue a ver por sí misma, no se convierta simplemente en un intento de obligarla a conformarse con nuestros deseos.<sup>130</sup>

---

Esta es una forma de resaltar el carácter ciudadano de las personas implicadas en la comunicación del derecho penal –que en ocasiones parece olvidado– que brinda un fuerte sustento republicano a la propuesta y devuelve al centro de la escena a las *emociones* implicadas en la responsabilización penal: lo que se pretende comunicar con la pena es precisamente el enojo y la indignación que el crimen generan en la víctima y la comunidad.<sup>131</sup>

Esta forma de entender la pena que destaca su valor *expresivo* guarda coherencia con el modo *relacional* de DUFF de ver la responsabilidad penal. Así como la libertad republicana se construye sobre una base social y relacional, la responsabilidad criminal se asienta, también, en los vínculos comunitarios. “La responsabilidad es relacional en el sentido de que está constituida por el vínculo entre un sujeto que es responsable y un cuerpo ante el cual el sujeto es responsable del objeto”.<sup>132</sup> El significado de la responsabilidad debe entenderse de modo situado, esto es, en el marco de las prácticas en las cuales la atribuimos, la aceptamos y la negamos, y en nuestras diferentes maneras de responsabilizarnos los unos a otros.

Sobre esta base, DUFF delinea una estructura del juicio. Para él, el juicio penal debe entenderse no como una investigación «sobre» el acusado, sino como un proceso en el cual el acusado tiene una participación *activa*, puesto que es una instancia pública en la que se lo llama a «responder» frente a una acusación. Se espera que la admita y se declare culpable, o bien que se defienda y explique su versión. Y esto se refleja en que la condena no sólo es una afirmación «sobre» el acusado, sino que se trata de una es una sentencia que «recae» sobre él y que tiene lugar tras un proceso en el cual el acusado tuvo la

---

<sup>130</sup> “[...] It is hard enough to ensure that what is supposed to be an attempt to address her moral understanding, with reasons whose force we hope she will come to see for herself, does not become an attempt simply to coerce her into conformity with our wishes” (traducción propia), *idem*, p. 177.

<sup>131</sup> Sobre la responsabilización como expresión de emociones reactivas, véase STRAWSON, P. F., “Freedom and Resentment”, en STRAWSON, P. F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, New York, Routledge, 2008 (1974), pp. 1-28.

<sup>132</sup> DUFF, A., “¿Quién es responsable por qué ante quién?”, en DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal...*, cit., pp. 97-129.

oportunidad de explicarse frente a sus conciudadanos. Lo que interesa, para DUFF, es mostrar que el juicio significa llamar a alguien a responder, y debe tratar al acusado como un *ciudadano responsable* en el sentido de que es alguien a quien la comunidad se toma en serio y que debe ser capaz de dar respuesta.<sup>133</sup>

El juicio penal requiere verificar si el acusado cumple o no las *condiciones de la responsabilidad penal*. Así, el juicio girará en torno a si está acreditada la conducta que se atribuye al acusado, y si le es imputable; y luego si esa conducta es delictiva o no, si existían causas de justificación, etc. Para que una pena se imponga legítimamente, es necesario 1) que se realice a través de un debido proceso; 2) que la pena sea proporcionada al delito; 3) que se trate de una pena que permite una comunicación con el autor del hecho.<sup>134</sup>

Pero existen *precondiciones* de la responsabilidad necesarias para que el juicio sea legítimo. No tienen que ver con justificar una condena, sino que son previas y si no se verifican, estrictamente el acusado no puede ser condenado ni absuelto porque ni siquiera puede ser juzgado. Esas «precondiciones» de la responsabilidad penal, son *condiciones de la legitimidad del juicio*<sup>135</sup> y son principalmente dos: ser capaz de ser responsable y ser capaz de responder.

La capacidad de ser responsable implica que el acusado pueda entender la acusación y el transcurso del juicio, y dar instrucciones al abogado. Se debe ser «capaz de ser responsabilizado» □ lo que requiere que el acusado sea «sensible a razones»<sup>136</sup> □. Además se debe ser «capaz de responder» □ lo que implica que, al momento de ser juzgado, debe estar en condiciones de dar respuestas □. La capacidad de contestar será una precondición de la responsabilidad<sup>137</sup> que a su vez requiere que 1) el acusado esté obligado hacia ese derecho con el que se lo acusa; 2) quien llama a responder tenga cierta posición moral –*moral standing*– para reclamar; 3) la comunicación se dé en un lenguaje que el acusado sea capaz de comprender.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> Sobre la noción de «capacidad de responsabilidad», véase DUFF, A., “Derecho, Lenguaje y Comunidad...”, cit., pp. 102-114.

<sup>134</sup> DUFF, A., *Punishment, Communication...*, cit., p. 179, también DUFF, A., “Derecho, lenguaje y comunidad. Algunas precondiciones de la responsabilidad penal”, en DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal...*, cit., pp. 131-159.

<sup>135</sup> DUFF, A., “Derecho, Lenguaje y Comunidad...”, cit. pp. 138.

<sup>136</sup> DUFF, A., “¿Quién es responsable por qué ante quién?”, cit., pp. 102-107.

<sup>137</sup> DUFF, A., *Punishment, Communication...*, cit., pp. 180-181.

<sup>138</sup> *Ídem*, pp. 179, 188-193.

A los fines de este trabajo resulta particularmente relevante el primero de esos elementos, puesto que es el que carga políticamente al castigo y permite calificarlo como «pena». Solamente se está obligado a dar explicaciones públicas si el cuerpo que llama a responder tiene el derecho o la legitimidad para pedir tal rendición de cuentas.<sup>139</sup> El acusado, en este esquema, está obligado a obedecer el derecho porque es «suyo», porque él *pertenece* a una comunidad que tiene a ese derecho como propio, y que a través de los tribunales llama a los conciudadanos a responder ante los restantes miembros de la comunidad por la conducta cuestionada.<sup>140</sup> Esto plantea ciertas exigencias sobre el trato previo de la comunidad hacia la persona llamada a responder, que no debe socavar la posición moral para pedir una rendición de cuentas.

En definitiva, a las razones aportadas por GARGARELLA para democratizar el Derecho penal se agrega la legitimidad implicada en la posibilidad de llamar a responder a los ciudadanos por sus delitos mediante un derecho que éstos puedan ver como propio. Colocar a la *ciudadanía* en el centro de las relaciones entre el Estado y la comunidad tiene consecuencias para el Derecho Penal: conduce a i) asumir una concepción *relacional* de la responsabilidad, según la cual ésta se construye alrededor del vínculo entre un sujeto que es responsable y un cuerpo ante el cual se es responsable por un hecho comunitariamente relevante; y ii) entender al castigo como una *empresa comunicativa* en la que el objetivo consiste en entablar un diálogo con un conciudadano acusado de cometer un delito, con el fin de que éste brinde explicaciones y, en caso de que éstas no justifiquen su conducta, la comunidad pueda imponerle una pena que servirá como señalamiento de su error y a la vez como oportunidad de redimirse.

## V. Conclusiones

El propósito de este primer capítulo ha sido establecer un marco teórico republicano y democrático para analizar la pena de prisión perpetua. En un primer apartado, se han esclarecido algunos puntos de partida que no serán objeto de discusión en esta tesis pero que deben ser explicitados: la concepción de pena, de sistema penal y de Derecho penal empleadas, por un lado, y las razones para no adoptar el enfoque tradicional de la justificación del castigo como base para una crítica políticamente cargada de la penalidad, por otro.

---

<sup>139</sup> DUFF, A., “Derecho, Lenguaje y Comunidad...”, cit., pp. 137-140.

<sup>140</sup> DUFF, A., “Derecho, Lenguaje y Comunidad...”, cit., pp. 139.

La reconstrucción de un modelo neorepublicano ha requerido distinguirlo de su antecedente, el republicanismo clásico. Este primer antecedente se caracterizó por un enfoque en la defensa de la libertad y la virtud cívica, y el rechazo de la dominación y la corrupción como formas tiránicas o elitistas de ejercer poder y dominio. Estos objetivos dieron origen a una serie de herramientas constitucionales dirigidas a materializar el autogobierno de personas libres y a toda una forma de organización de la sociedad asentada en la confianza en la virtud cívica de los conciudadanos y en una férrea oposición a la monarquía.

Sin embargo, este primer republicanismo implicaba fuertes demandas a los ciudadanos en la esfera personal, y conllevaba serios riesgos para vida en común si no se veían satisfechas. Ello suponía instalar modelos morales de excelencia humana, una forma de perfeccionismo moral. Sin llegar a identificarse con el comunitarismo, que asigna el lugar central a la persecución de determinados valores, el republicanismo se distanció del liberalismo al inmiscuirse fuertemente en la esfera privada de las personas.

El neorepublicanismo surge así con una revisión de los puntos de partida republicanos. Sin negar ninguna de las tesis centrales –la defensa de la libertad, el autogobierno, la confianza en la virtud cívica de los conciudadanos, la oposición al dominio–, su núcleo resultó de delimitar la noción de libertad y distinguirla de la acepción liberal negativa que la entiende como no-interferencia. Nace así la libertad como no-dominación, una noción que abarca a la no-interferencia pero la sobrepasa, por cuanto su anclaje es social y relacional. Esta reformulación acercó al republicanismo al liberalismo igualitarista y le permitió sostener la finalidad de fomentar la participación ciudadana en los asuntos públicos, sin comprometerse con una moralidad que se inmiscuyera en los planes de vida individuales. Evitó así el giro perfeccionista del republicanismo, y justificó la forma democrática de gobierno como modo de instrumentalización del autogobierno.

En relación a la democracia, ha sido posible analizar diversos criterios de caracterización y adoptar uno útil a los propósitos de este trabajo, que distingue según la relación que los sistemas democráticos conciben entre la moral y la política y, como consecuencia, según persigan o no arribar a decisiones públicas tras modificar los puntos de vista originarios de los participantes. La concepción de democracia deliberativa adoptada sostiene que, bajo condiciones de diálogo ideales, es posible alcanzar una que refleja las verdaderas preferencias morales de los interesados.



En el camino, hemos analizado y descartado la plausibilidad del enfoque contestatario que PETTIT asigna a la democracia en un sistema republicano, puesto que conduce abiertamente a una forma de elitismo en la que se corre el riesgo de anular todos los elementos que podrían hacer «democrática» a la teoría. El modelo deliberativo, en cambio, asienta la legitimidad de las decisiones en el hecho de que sean resultado de un proceso de deliberación democrático.

La síntesis adoptada para este trabajo es el *neorepublicanismo deliberativo*, cuyos elementos centrales son la libertad como no-dominación y el procedimiento deliberativo de toma de decisiones públicas, que debe incluir a todo ciudadano potencialmente alcanzado por ella y realiza así el ideal del autogobierno.

Para revisar el impacto de estas posiciones en el Derecho penal, ha sido menester repasar los problemas antagónicos que representan el elitismo y el populismo punitivo. Así, se han destacado las irresolubles tensiones que plantean con la democracia, el hecho de que conducen a alguna forma de dominación, implican una pérdida de ciudadanía, socavan la confianza en las instituciones y, en determinados casos, pueden causar afectaciones a derechos fundamentales. Tanto el elitismo como el populismo implican formas de sobrerrepresentar a un sector sobre otro, por lo que atentan contra el ideal de autogobierno. Además, implican el abandono de la racionalidad como forma de determinar la toma de decisiones públicas, o –en todo caso, en relación con el elitismo– suponen una forma de racionalidad asentada en la desigualdad de las personas para debatir asuntos públicos, que aquí es rechazada. En su lugar, se adoptó el constructivismo epistémico, una forma de racionalismo según la cual existen ciertas verdades morales – contingentes– que pueden ser conocidas a través del razonamiento individual, pero que es más probablemente cognoscible mediante la discusión colectiva.

El neorepublicanismo deliberativo reconstruido tiene un importante impacto en el modo en que pensamos el sistema penal. Por una parte, aporta razones epistémicas y de legitimidad para promover la participación de la ciudadanía en su elaboración y diseño. Por otra, alcanza el diseño de las penas pues conduce a incorporar límites asociados a la promoción del dominio. Por último, también delimita el procedimiento mediante el cual se llama públicamente a una persona a responder por una acusación criminal. A la vez que fundamenta ese llamado, el autogobierno implicado en el reconocimiento del Derecho penal como «propio» por parte de la comunidad y del acusado también limita las formas de reacción posibles.

## CAPÍTULO II: ENTRE EL ELITISMO PENAL Y EL POPULISMO PUNITIVO. UNA GENEALOGÍA DE LA NOMINALIDAD Y FACTICIDAD DE LA PRISIÓN PERPETUA EN ARGENTINA.

### I. Planteamiento

La prisión perpetua es concepto normativo que, como tal, no significa lo mismo en todos los ordenamientos jurídicos. En nuestro país, las numerosas reformas al Código Penal han resultado en una intrincada legislación cuya exposición requiere cierto análisis.

El propósito de este primer capítulo es doble: por un lado, se pretende reconstruir de qué hablamos cuando nos referimos a prisión perpetua, y por otro, analizar el modo en que las dinámicas elitistas y populistas han afectado a la discusión y elaboración del Derecho penal y han impactado en las consecuencias de la pena de prisión perpetua. Para esto, la perspectiva de análisis será crítico-descriptiva.

No se indagará sobre los aspectos cuestionables de la prisión perpetua –lo que será objeto del capítulo siguiente–, sino que se determinará cuánto de *nominal* y cuánto de *fáctico* tiene la prisión perpetua en nuestro derecho, y qué papel ha tenido el pueblo en ello. Esta tarea requiere tener presentes al menos tres complejidades.

La primera radica en que los sentidos jurídico y coloquial<sup>141</sup> de «perpetuo» no se identifican. Si bien en el lenguaje común la idea de pena de prisión perpetua remite a una sanción privativa de libertad «sin límite de tiempo», jurídicamente no es inherente a ella la restricción absoluta de la posibilidad de recuperar la libertad. El derecho comparado ofrece una variedad de ejemplos de penas de prisión a las que se llama *perpetuas*, pero que materialmente no duran lo mismo que «lo que resta de vida luego de la condena», pues prevén diferentes mecanismos para determinar un momento –anterior a la muerte de la persona condenada– para su finalización<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Véase SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Lo normativo y lo fáctico”, en GARCÍA CAVERO, P.; CHINGUEL RIVERA, A. I. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas, 2019, pp. 25-60.

<sup>142</sup> Así, por ejemplo, en Chile se permite el acceso a la libertad condicional a las personas condenadas a prisión perpetua una vez cumplidos 40 años de prisión (art. 32 bis Código Penal chileno); en Alemania, tras 15 años de prisión (sección 57a, SGB); en Francia, 15 años (art. 132.23 Código Penal francés); en Finlandia puede obtenerse una clemencia presidencial luego de 13 años en prisión; en Rumania deben cumplirse 20 años (15 para hombres mayores de 60 años o mujeres mayores de 55); en Canadá tras 25 años de prisión, aunque en determinados casos es posible acceder a una revisión de la elegibilidad para libertad condicional luego de cumplir 15 años (véase APPLETON, C.; GRØVER, B., “The pros and cons...”, cit., pp. 597-615).

Las otras dos razones se vinculan a las reformas legislativas introducidas tanto en el Código Penal como en las regulaciones sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, que conducen a que no toda condena a prisión perpetua tenga los mismos efectos. Una de ellas se asocia a la variedad de secuelas de la prisión perpetua según el delito cometido. Aún dentro del ordenamiento actualmente vigente, existen diferencias en la prisión perpetua que se aplica a distintos delitos, de forma tal que no es posible realizar una única reconstrucción de la pena de prisión perpetua que sea general y aplicable a todos los casos. La otra se vincula a los regímenes jurídicos sucesivos. En virtud del principio de irretroactividad de la ley penal cuya única excepción es la ley penal más benigna<sup>143</sup> a quienes se condena según una ley no se les puede aplicar las reformas posteriores que agravan la pena o sus consecuencias, lo que implica que el universo de personas condenadas a prisión perpetua es alcanzado por diferentes reglas.

Como consecuencia, actualmente existen en nuestro Derecho supuestos de condenas a prisión perpetua que admiten la posibilidad de libertad condicional y otros que no, y lo mismo ocurre con las salidas previstas en los regímenes de ejecución penal. Para comprender esto en detalle es conveniente realizar un análisis jurídico-evolutivo de la legislación relativa a la prisión perpetua, lo que necesariamente incluye el estudio de aquellos institutos jurídicos aledaños que contribuyen a delimitar sus implicaciones y configuración.

La exposición será dividida en dos partes. El primer apartado, dirigido a dar cuenta del estado legislativo actual de la prisión perpetua en Argentina (II), identificará los delitos que pueden dar lugar a la imposición de esa pena (II.a), así como los institutos jurídicos que contribuyen a delimitar las implicaciones que acarrea su imposición (II.b). En esta primera sección también se revisará la prisión perpetua respecto de menores de edad en nuestro sistema jurídico (II.c) y se delimitará el objeto del presente estudio (II.d). En un segundo apartado se repasarán tres «momentos legislativos» que permiten observar oscilaciones entre dinámicas elitistas y populistas que derivaron en la actual regulación. Un primer momento incluye el Código Penal sancionado en el año 1921 y la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad del año 1996 (III.a). En la segunda etapa se examinará el impacto de las denominadas «leyes Blumberg» en la legislación de la prisión perpetua (III.b) y, en una tercera parte, se explicará cómo se conformó el sistema actualmente vigente (III.c). Introduciré aquí un breve excursus sobre la legislación de

---

<sup>143</sup> Conf. art. 2 del Código Penal (CP).

ejecución penal de la provincia de Mendoza (III.d) para, finalmente, ofrecer una recapitulación a modo de conclusión (IV).

## II. La regulación de la prisión perpetua vigente en Argentina

### *a. Delitos conminados con prisión perpetua*

En nuestro sistema jurídico existen delitos conminados con pena de prisión perpetua en dos cuerpos normativos: el Código Penal y la ley 26.200.

En el Código Penal la prisión perpetua está prevista como *pena única* para los homicidios agravados tipificados en el art. 80; los casos de abuso sexual previstos en los arts. 119 y 120, siempre que resultare la muerte de la víctima (art. 124); la privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima (art. 142 *bis*, anteuúltimo párrafo); la desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada de su madre (art. 142 *ter* penúltimo párrafo); la imposición de torturas cuando de ella resulte la muerte de la víctima (art. 144 *ter* inc. 2); el secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima (art. 170); y los casos de traición agravada (art. 215).

Sólo un delito del Código Penal prevé la prisión perpetua *de manera alternativa a una pena con escala*: el delito de traición no agravada, tipo que se encuentra conminado con 10 a 25 años de prisión o prisión perpetua de modo alternativo (art. 214 del CP).

Fuera del Código Penal la prisión perpetua se encuentra prevista -como *pena única*- en la ley 26.200. Esta ley, denominada Ley de Implementación del Estatuto de Roma, incorporó a nuestro derecho nacional los delitos tipificados por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (art. 2, Ley 26.200). Sin embargo, las escalas penales en la ley 26.200 y el Estatuto no son idénticas.

El Estatuto de Roma tipifica los crímenes de genocidio, lesa humanidad, agresión y los crímenes de guerra, a los que conmina con la pena de reclusión sin mínimo temporal y con máximo de 30 años. Sólo excepcionalmente, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, estos delitos pueden dar lugar a la pena de reclusión perpetua<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Conf. arts. 5 y 77 inc. 1, Estatuto de Roma (ER).

En la ley 26.200 la pena aplicable es de 5 a 25 años de prisión para el delito de genocidio y de 3 a 25 para los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra<sup>145</sup>. En todos esos delitos si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua<sup>146</sup>, de modo que esos tipos penales agravados tienen a la prisión perpetua como *pena única*.<sup>147</sup>

Pueden advertirse ciertas incoherencias entre los órdenes nacional e internacional en punto a la magnitud de las penas, tanto en el plano de la racionalidad legislativa como en el de la político-criminal. Por una parte, la escala penal para los delitos de la mayor gravedad posible según el Estatuto de Roma<sup>148</sup> es menos severa que la prevista para los delitos «ordinarios» tipificados localmente en el Código Penal, a pesar de que la significación criminal de los últimos es –necesariamente– menor. Por otra parte, la incorporación de los delitos del Estatuto a nuestro ordenamiento local vía ley 26.200 modificó la pena aplicable para determinados casos, *subtipificando* delitos agravados a los cuales corresponde la pena de prisión perpetua como pena única a pesar de que el acuerdo internacional suscripto por Argentina prevé la pena de prisión perpetua como alternativa cuando estos delitos –intrínsecamente graves– lo justificaren en razón de la persona del condenado o la extrema gravedad del crimen. Si bien se evitó con ello la irracionalidad de que los delitos contra la humanidad tuvieran en nuestro país una pena escalar menor que la prevista para los delitos «comunes» más graves en el Código Penal, en términos político-criminales esta decisión implicó ir en contra de cierto consenso internacional en torno a la gravedad de las penas aplicables<sup>149</sup>.

Sin embargo, esta diversa regulación local de los crímenes contra la humanidad no puede ser entendida como una *reserva*<sup>150</sup> de orden nacional frente al tratado, por al menos dos

---

<sup>145</sup> Conf. arts. 8, 9 y 10, ley 26.200.

<sup>146</sup> Conf. arts. 8, 9 y 10 *in fine*, ley 26.200.

<sup>147</sup> En el caso del delito de genocidio, en tanto la muerte es inherente al tipo básico, la escala de 5 a 25 años no parece que pueda tener aplicación alguna.

<sup>148</sup> El Estatuto de Roma, en su Preámbulo, califica a estos delitos como “[...] atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad”, que “[...]constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” y que son “[...] los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional”.

<sup>149</sup> Véase APPLETON y GRØVER, “The pros and cons...”, p. 608.

<sup>150</sup> Una reserva en Derecho internacional es “[...] una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado” (art. 2.d, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados) y, en este sentido, la naturaleza jurídica de la reserva es “[...] la de un acto unilateral sobre la base de su carácter revocable (art. 22, sobre revocación de las reservas). Lo medular de una reserva es su carácter de condición. El estado está dispuesto a obligarse por el tratado a condición del respeto de sus exigencias, esto es, la no aplicación de determinadas normas del tratado o la alteración de sus efectos” (conf. BENAVIDES CASALS, M. A., “Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Iuris et Praxis*, año XIII, n° 1, pp. 167-204).

motivos. En primer lugar, porque en la materia rige el principio *aut dedere aut judicare*, lo cual significa que al suscribir el Estatuto de Roma las naciones firmantes asumen la obligación de juzgar o extraditar<sup>151</sup>, de modo que el Estatuto es carácter subsidiario a las jurisdicciones penales nacionales<sup>152</sup>. En segundo lugar, puesto que el Estatuto excluye expresamente la posibilidad de efectuar reservas en su art. 120<sup>153</sup>.

#### *b. Implicaciones de la imposición de una pena a prisión perpetua*

Establecido el catálogo de casos que pueden dar lugar a la pena de prisión perpetua en nuestro sistema jurídico podemos hacernos entonces la pregunta ¿cuántos años de prisión efectivamente debe cumplir en nuestro país una persona condenada a esta pena? Ninguna de las normas hasta ahora aludidas aclara este punto.

Hay quienes consideran que el máximo de pena de prisión que establece el art. 55 del Código Penal para los casos de concurso real de delitos –esto es, 50 años– es el máximo de la *especie* de pena de prisión, y que por ello las penas de prisión perpetua pueden

---

<sup>151</sup> La obligación de extraditar o juzgar es una cláusula procesal en virtud de la cual el Estado que halla en su territorio a un presunto criminal, tiene la obligación de elegir entre una de las siguientes opciones: o lo extradita a un Estado que, habiéndolo reclamado, tenga jurisdicción para conocer del delito de que se trate o abre un procedimiento para que sus tribunales investiguen y enjuicien directamente los hechos. Se trata de una cláusula presente en la costumbre internacional que puede remontarse a Hugo GROCIO, quien en “De iure belli ac pacis” presentó una primera versión como *aut dedere aut punire*: “Mas, no soliendo permitir las ciudades que otra ciudad armada penetre en su territorio a título de exigir una pena, ni convenga esto, síguese que la ciudad en la cual mora el que es convicto de culpa debe hacer una de las dos cosas, o castigar, requerida ella, al delincuente, según su mérito, o permitir que se le castigue al arbitrio del interpelante; esto último es entregar, lo cual frecuentísimamente ocurre en las historias” (SOSA NAVARRO, M., “Aut dedere aut judicare”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, N°8, pp. 171-182).

<sup>152</sup> La intervención de la Corte Penal Internacional debe ser instada por el Fiscal previsto en el Estatuto de Roma, quien puede actuar de oficio o por solicitud del Consejo de Seguridad de la ONU o de un Estado Parte (conf. art. 13, Estatuto de Roma). La ley 26.200 establece un sistema autónomo de competencia local, ejercida por los Tribunales Federales con competencia en lo penal (art. 5, Ley 26.200). En este orden, dispone que las conductas previstas en los artículos 6º, 7º, 8º y 70 del Estatuto de Roma, así como “todos aquellos delitos y crímenes que en lo sucesivo sean de competencia de la Corte Penal Internacional” son punibles para la República Argentina en la forma que lo prevé esa ley (art. 2, Ley 26.200), siempre que se cometan o produzcan sus efectos en Argentina o lugares sometidos a su jurisdicción (art. 3, inc. a), o se cometan en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo (inc. b), o por nacionales argentinos o personas domiciliadas en Argentina, siempre que el imputado no haya sido absuelto o condenado en el extranjero o, en este último caso, no haya cumplido la pena (inc. c). La aparente superposición de competencias es disipada por el principio *aut dedere aut judicare* adoptado tanto por la Ley 26.200 (art. 4) como en el Estatuto de Roma (art. 18).

<sup>153</sup> El art. 120 del Estatuto de Roma prevé con claridad que “No se admitirán reservas al presente Estatuto”. Según el Derecho internacional una reserva prohibida por el tratado -como en este caso- no puede formularse válidamente (según el art. 19 inc. a de la Convención de Viena) y en el caso, además, habría sido extemporánea dado que las reservas pueden efectuarse sólo en el momento de firmar un tratado o de ratificarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él (art. 19 de la Convención de Viena), algo que Argentina ya había realizado respecto del Estatuto de Roma (firmado el 8/01/99, aprobado por ley 25.390 y ratificado el 16/01/01).

extenderse hasta por 50 años, pero no más<sup>154</sup>. Sin embargo, esta posición debe ser descartada puesto que no hay en la redacción actual de esa norma ningún elemento que contribuya a trasladar el límite –previsto para supuestos de hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena– a delitos que consisten en un solo hecho conminado con una pena indivisible<sup>155</sup>. De manera tal que el art. 55 del Código Penal no parece útil a los efectos de determinar la duración efectiva de la pena de prisión perpetua, pues no existe ningún asidero para asociar el límite máximo de pena al máximo del concurso real de delitos.

Determinar la posible extensión temporal de la prisión perpetua requiere aludir a tres institutos vinculados a la ejecución de la pena: (i) la libertad condicional prevista en el Código Penal, (ii) las posibilidades de salida estatuidas en las leyes de ejecución; y (iii) la revisión de reducción de pena que permite el Estatuto de Roma. Adicionalmente, (iv) y aunque se descartará su relevancia como límite de la prisión perpetua, también se hará referencia al indulto y la conmutación de penas.

#### i. Libertad condicional

El Código Penal prevé la posibilidad de *libertad condicional*, un instituto que permite la liberación anticipada de las personas que han cumplido la mayor parte de la pena impuesta, con la obligación de cumplir durante el resto del tiempo de condena ciertas reglas de conducta impuestas por el juez. La pena se extingue si la persona liberada cumple las reglas establecidas al término de la condena<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Este artículo del Código Penal dispone que “[c]uando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de cincuenta años de reclusión o prisión”.

<sup>155</sup> La idea de que el art. 55 del CP establece la pena máxima posible para la especie de pena de prisión se asocia a su redacción anterior a la ley 25.928, pues al final disponía “[s]in embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate”. La reforma mencionada modificó esta última parte, que actualmente no tiene ninguna alusión a especies de pena, de modo que no hay elementos que permitan trasladar este monto a penas indivisibles. ZAFFARONI, haciendo uso de un método de interpretación que identifica como racional, sistemático y reconstructivo, ha considerado que tras la sanción de la ley 26.200, el límite del art. 55 CP ha quedado reconfigurado en 25 años de prisión. Ello puesto que la ley 26.200 incorpora a nuestra legislación los delitos más graves posibles, de modo que la pena para los delitos comunes previstos en el Código Penal no puede superar en gravedad la conminación para los delitos de lesa humanidad. Lo contrario, señala, implicaría asumir que el legislador es irracional (véase ZAFFARONI, E. R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, *La Ley*, 2010-C, 966, LJU Tomo 147, DEXT-23, cita online: AR/DOC/3149/2010). Sin embargo, tal criterio no ha tenido acogida en la doctrina ni jurisprudencia mayoritaria.

<sup>156</sup> Tal como lo ha resaltado críticamente ZIFFER, la libertad condicional no se trata de un beneficio sino de un derecho de la persona condenada, véase ZIFFER, P., “Concepto de pena y prevención”, en AMBOS, K. –

En los casos de penas divisibles, el Código Penal dispone que si la pena impuesta es de tres años de prisión o menos, para acceder a la libertad condicional deben cumplirse 8 meses de prisión; si es mayor de tres años, deben cumplirse dos tercios de la condena. La condicionalidad se extiende por la parte restante de pena, es decir, la persona liberada debe cumplir las reglas que se impongan hasta alcanzar el total de la pena. En el caso de la prisión perpetua, como no existe una norma que establezca un límite temporal para esta pena, el Código Penal dispone que puede solicitarse la libertad condicional a los 35 años, y el término por el cual deben cumplirse las reglas de conducta es de hasta 10 años<sup>157</sup>.

Posteriormente la pena se extingue, conforme al art. 16 del Código Penal: “[t]ranscurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12”. El plazo de 5 años al que alude esta norma remite a los 10 años mencionados en el art. 13, término que en la redacción original era de 5 años. Una reforma introducida por la ley 25.892 extendió de 5 a 10 años el período de tiempo de condicionalidad de la liberación para las penas perpetuas, pero no modificó el art. 16, que sigue refiriendo al plazo de 5 años anterior.

Hasta aquí es posible afirmar que quienes son condenados a prisión perpetua pueden acceder a la libertad condicional tras 35 años de prisión, bajo determinadas condiciones que deben cumplirse durante un tiempo y, tras ello, la pena se extingue.

Sin embargo, determinados delitos –entre ellos, la mayoría de los conminados con prisión perpetua– se encuentran excluidos de la posibilidad de solicitar la libertad condicional. En lo que a delitos conminados con prisión perpetua respecta, el art. 14 del Código Penal vigente exceptúa de la libertad condicional a los reincidentes y a quienes fueran condenados por homicidios agravados<sup>158</sup>, abuso sexual cuando resultare la muerte de la víctima<sup>159</sup>, privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la

---

MALARINO, E., PASTOR, D. (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017.

<sup>157</sup> El art. 13 del Código Penal dispone en relación a la prisión perpetua que “[e]l condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiera cumplido treinta y cinco (35) años de condena [...] observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones [...]. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional”.

<sup>158</sup> Conf. art. 80 del CP.

<sup>159</sup> Conf. art. 124 del CP.



muerte de la persona ofendida<sup>160</sup>, torturas seguidas de muerte de la víctima<sup>161</sup> y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima<sup>162</sup>. Como puede verse, se trata de la mayoría de los delitos que prevén la pena de prisión perpetua como pena única en el Código Penal.

## ii. Salidas previstas en las leyes de ejecución de la pena

Además del Código Penal, la Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de libertad – complementaria del Código Penal (art. 229)– también contiene algunas previsiones que contribuyen a delimitar la prisión perpetua. Esta ley establece un sistema progresivo de ejecución de la pena que permite en un momento acceder a un “período de prueba” que incluye instancias de liberación anticipada: prisión discontinua o semidetención y libertad asistida. Para ello, en los casos de condenas a prisión perpetua es necesario haber cumplido al menos 1 año luego del ingreso al período de prueba, que a su vez requiere cumplir 15 años de prisión.<sup>163</sup>

De los delitos conminados con pena de prisión perpetua, el art. 56 *bis* de la ley 24.660 excluye de los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por homicidios agravados, abuso sexual con resultado de muerte de la víctima, privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima; tortura seguida de muerte de la víctima y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima. A las personas condenadas por estos delitos expresamente se les veda el acceso a prisión discontinua o semidetención y libertad asistida.

## iii. El examen de reducción de pena del Estatuto de Roma

Reconstruir la caracterización de la prisión perpetua exige aludir también al instituto de la «reducción de pena» que prevé el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional para los más graves crímenes internacionales<sup>164</sup>. Ello en tanto, si bien la reducción en

---

<sup>160</sup> Conf. art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo del CP.

<sup>161</sup> Conf. art. 144 *ter* inc. 2 del CP.

<sup>162</sup> Conf. art. 170, anteúltimo párrafo del CP.

<sup>163</sup> Conf. arts. 15, 17 y 23, ley 24.660.

<sup>164</sup> Sobre la aplicación de reglas del Estatuto de Roma en materia de ejecución de la pena corresponde señalar que cuando el procedimiento es llevado adelante por la Corte Penal Internacional, rige el art. 106.2 del Estatuto que dispone que “[l]as condiciones de reclusión se regirán por la legislación del Estado de ejecución y se ajustarán a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos; en todo caso, no serán ni más ni menos favorables que las aplicadas a los

cuestión no es aplicable directamente por la República Argentina por los motivos ya expresados, forma parte de nuestro derecho pues el Estatuto de Roma constituye un tratado suscrito y ratificado.

El Estatuto establece la regla según la cual el Estado de ejecución no debe poner en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte,<sup>165</sup> y aclara que sólo la Corte puede decidir la reducción de la pena y pronunciarse al respecto, tras escuchar al recluso<sup>166</sup>. El plazo de cumplimiento de pena necesario para acceder al examen de reducción está fijado en las dos terceras partes de la pena, o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua<sup>167</sup>.

Una vez definido que la procedencia del instituto puede ser analizada –por haberse cumplido los mínimos de pena necesarios para ello– entran en consideración los criterios para decidir:

---

[a]] proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores: a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos; b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas; o c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena (conf. art. 110, inc. 5 del Estatuto de Roma)

---

Esta instancia de reducción de pena solamente es procedente para los delitos previstos en el Estatuto de Roma, juzgados por la Corte Penal Internacional. La ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma incorporó los delitos de lesa humanidad allí tipificados a nuestro sistema jurídico, pero aclaró que son punibles en nuestro país del modo en que lo determina esa misma ley, que no contiene referencias al examen de reducción de pena analizado.

---

reclusos condenados por delitos similares en el Estado de ejecución”, de lo cual puede derivarse que las previsiones sobre libertad condicional y régimen progresivo de ejecución de la pena previstas en el Código Penal y la ley 24.660 se aplican cuando la pena se ejecutare en Argentina. Por su parte, la ley 26.200 en su art. 48 prevé que “El Servicio Penitenciario Federal, en caso de que la República Argentina integre la lista de Estados dispuestos a recibir condenados, tendrá a su cargo la ejecución de la sentencia conforme las reglas del Estatuto de Roma y las normas establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación”. No existe sustento normativo para extender el examen de reducción de pena previsto en el Estatuto de Roma a los delitos previstos por y juzgados en nuestro sistema penal local.

<sup>165</sup> Conf. art. 110 inc. 1, ER.

<sup>166</sup> Conf. art. 110 inc. 2, ER.

<sup>167</sup> Conf. art. 110 inc. 3, ER.

#### iv. Indulto, conmutación de penas y amnistía

La Constitución Nacional dispone que entre las atribuciones del presidente se encuentra la de “[...] indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”<sup>168</sup>. A su vez, el texto constitucional otorga al Congreso de la Nación la atribución de “conceder amnistías generales”.<sup>169</sup>

Sin embargo, los institutos del indulto, la conmutación de penas o la amnistía previstos por la Constitución Nacional no resultan idóneos para determinar la duración efectiva de la prisión perpetua en nuestro sistema jurídico, dado su carácter discrecional, ajeno al Poder Judicial y excepcional. La mera existencia de estos institutos jurídicos no resulta suficiente para afirmar que existe un límite a la perpetuidad de esta pena, en tanto se mantenga discrecional y no constituya una garantía de quienes resulten condenados<sup>170</sup>.

#### v. Prisión domiciliaria

Debe también descartarse, por último, a la prisión domiciliaria como una forma de finalización de las condenas a prisión perpetua. El Código Penal y la ley 24.660 prevén la posibilidad de que la judicatura disponga el cumplimiento de la pena en modalidad domiciliaria por razones humanitarias cuando la persona condenada padece una enfermedad que no puede tratarse adecuadamente en prisión y no correspondiere el alojamiento en un hospital;<sup>171</sup> o cuando padeciera una enfermedad incurable en período terminal;<sup>172</sup> también cuando padece una discapacidad y el encierro carcelario puede implicar un trato cruel, inhumano o indigno;<sup>173</sup> o cuando fuere mayor de 70 años.<sup>174</sup> En el caso de mujeres condenadas a prisión perpetua, también las y los jueces pueden

---

<sup>168</sup> Conf. art. 99, inc. 5, Constitución Nacional (CN).

<sup>169</sup> Conf. art. 75, inc. 20, CN.

<sup>170</sup> Este ha sido el criterio sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al resolver en relación al régimen jurídico del Reino Unido (v. TEDH, Gran Sala, caso “Vinter vs. Reino Unido”, 09/07/2013, párr. 129; véase también TEDH, Gran Sala, caso “Hutchinson vs. Reino Unido”, 17/01/2017). El TEDH ha enfatizado la necesidad de que exista una posibilidad jurídica y de facto de revisar la eventual liberación, mediante un procedimiento con suficientes garantías y revisable judicialmente (v. TEDH, Gran Sala, caso “Murray vs. Países Bajos”, 27/04/2016, párrs. 99-100).

<sup>171</sup> Conf. art. 10, inc. a, CP; art. 32, inc. a, ley 24.660.

<sup>172</sup> Conf. art. 10, inc. b, CP; art. 32, inc. b, ley 24.660.

<sup>173</sup> Conf. art. 10, inc. c, CP; art. 32, inc. c, ley 24.660.

<sup>174</sup> Conf. art. 10, inc. d, CP; art. 32, inc. d, ley 24.660.

disponer su cumplimiento domiciliario cuando estén embarazadas o sean madres de menores de 5 años o de niños o niñas discapacitadas a su cargo.<sup>175</sup>

Sin embargo, estas salidas del establecimiento carcelario no pueden considerarse a los efectos de determinar la duración de la prisión perpetua, por al menos dos razones. En primer lugar, porque no implican que la pena de prisión no se ejecute o cese, sino que solamente afectan a su modalidad de cumplimiento, adecuándola a estándares mínimos de humanidad. En segundo lugar, porque tal como están previstas en nuestra legislación dependen de la discrecionalidad del juzgador, que puede concederlas o no a pesar de verificarse las condiciones objetivas previstas legalmente.

#### vi. Recapitulación

No hay en nuestro sistema jurídico normas que establezcan con claridad cuál es la duración efectiva de la pena de prisión perpetua, que cuyo cumplimiento es definido por institutos que rigen la ejecución de la pena y, dada su regulación, implica que la pena en la mayoría de los casos es *efectivamente* perpetua. Sólo en respecto de algunos delitos se permite el acceso a instancias jurídicas de libertad para las personas condenadas a prisión perpetua. Una recapitulación del régimen actualmente vigente sobre el asunto puede hacerse del modo que sigue.

1) *Libertad condicional*: quienes cometen delitos conminados con prisión perpetua no pueden acceder a libertad condicional, *salvo* que esos delitos sean los de desaparición forzada de personas, traición y traición agravada<sup>176</sup> o los delitos previstos en la ley 26.200. Tampoco pueden acceder a la libertad condicional los reincidentes.

2) *Salidas previstas en leyes de ejecución penal*: al igual que en el caso anterior, del grupo de personas condenadas a prisión perpetua solo pueden acceder a salidas previstas en la ley 24.660 quienes hubieran cometido los delitos de desaparición forzada de personas, traición y traición o los delitos previstos en la ley 26.200. A diferencia de lo que ocurre con la libertad condicional, los reincidentes no se encuentran excluidos de las salidas previstas en esa ley.

3) *Examen de reducción de pena e indulto, conmutación de penas y amnistía*: estos institutos no pueden ser considerados como limitadores de la duración de la prisión

---

<sup>175</sup> Conf. art. 10, incs. e y f, CP; art. 32, incs. e y f, ley 24.660.

<sup>176</sup> Conf. arts. 142 *ter*, segundo párrafo, 214 y 215 del CP.

perpetua cuando ésta fuera impuesta en nuestro país. Por una parte, el examen de reducción de pena una vez cumplidos 25 años de prisión solamente es posible respecto de quienes sean condenados a prisión perpetua por la Corte Penal Internacional por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma. Por otra parte, la excepcionalidad y discrecionalidad del indulto y la conmutación de penas y el carácter general de la amnistía impiden considerarlos como formas regulares de finalización de la prisión perpetua.

En definitiva, las personas condenadas a prisión perpetua que no pueden acceder a libertad condicional o salidas del régimen de ejecución previsto en la ley 24.660 no tienen prevista jurídicamente una fecha de cumplimiento de pena. En la normativa actualmente vigente la posibilidad de recupero de libertad para las personas condenadas a prisión perpetua es esencialmente excepcional. La regla es que quienes son condenados a prisión perpetua deberán agotar la pena en prisión, por lo cual es posible afirmar que los aspectos *nominal* y *ontológico* de la prisión perpetua coinciden.

### *c. Prisión perpetua respecto de menores de edad*

Sobre de la aplicabilidad jurídica de prisión perpetua respecto de jóvenes imputables pero menores de edad -esto es, entre 16<sup>177</sup> y 18<sup>178</sup> años-, cabe destacar que la Convención sobre los Derechos del Niño suscripta por nuestro país<sup>179</sup> prohíbe expresamente la imposición de penas de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación a menores de edad

---

Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad (art. 37, inc. a).

---

<sup>177</sup> La imputabilidad queda determinada por el art. 1 de la ley 22.278, modificado por la ley 22.803, cuya primera parte dispone que “No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis (16) años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho (18) años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos (2) años, con multa o con inhabilitación”. La ley 22.278 según su redacción original disponía la imputabilidad de menores desde 14 años. El art. 2 de la ley dispone que “Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1”.

<sup>178</sup> El Código Civil y Comercial de la Nación define como menores de edad a quienes no hayan cumplido 18 años (conf. Convención sobre los Derechos del Niño), y como adolescentes a quienes han cumplido 13 (art. 25, CCyCN).

<sup>179</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada con reservas mediante la ley 23.849 sancionada en 1990.

Sin embargo, en relación con el derecho interno debe señalarse que la «ley» 22.278<sup>180</sup> del año 1980 instauró el «Régimen Penal de la Minoridad», que faculta a los jueces a disponer tutelarmente del niño que incurra en delito, durante la investigación y la tramitación del proceso con independencia de la edad que tenga<sup>181</sup>. En la ley no se prevé una determinación o limitación temporal para las medidas que, discrecionalmente, se ordenen sobre los y las jóvenes infractores de la ley. Al cumplir 18 años de edad, y luego de haber sido sometidos a tratamientos tutelares por al menos un año, la judicatura puede imponerles una pena de las previstas en el Código Penal<sup>182</sup>. La aplicación de la pena queda supeditada fundamentalmente a indicadores subjetivos como los que arroja el período de tratamiento tutelar, y con un gran espacio de discrecionalidad la jueza o juez puede reducirla en la forma prevista por el Código Penal para la tentativa o absolver al o la adolescente.<sup>183</sup>

Esta normativa le valió a la Argentina en 2013 una condena internacional impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>184</sup>. La sentencia destacó que la justicia penal juvenil no se adecuaba a los estándares internacionales y condenó al Estado:

---

El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, Argentina deberá, entre otros, difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias, en los términos de los párrafos 321 a 325 de esta Sentencia (resolutivo 20).

---

Además, expresamente vedó la imposición de penas de prisión perpetua a menores de edad y obligó internacionalmente a la Argentina a adecuar el ordenamiento jurídico:

---

El Estado deberá asegurar que no se vuelva a imponer las penas de prisión o reclusión perpetuas a César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez y Lucas Matías Mendoza, ni a ninguna otra persona por delitos cometidos siendo menor de edad. De igual modo, Argentina deberá garantizar que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas por delitos cometidos siendo menores de edad puedan obtener una revisión de las mismas que se ajuste a los estándares expuestos en esta Sentencia, en los términos de los párrafos 326 y 327 de la misma (resolutivo 21).

---

<sup>180</sup> Se trata de una disposición del gobierno de facto que tomó el poder el 24 de marzo de 1976 y cesó en 1983. La norma en cuestión fue suscripta por Jorge R. Videla, quien luego fue condenado por ser el autor de los más graves crímenes de lesa humanidad en la historia de nuestro país.

<sup>181</sup> Conf. arts. 2 y 3, ley 22.278.

<sup>182</sup> Conf. art. 4, ley 22.278.

<sup>183</sup> Conf. art. 4, ley 22.278 y art. 44, CP.

<sup>184</sup> Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs Argentina”, 14/05/2013.

El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, en los términos de los párrafos 329 a 332 de esta Sentencia (resolutivo 22).

---

De manera previa a ese pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) había tenido la oportunidad de expedirse respecto de un planteo de inconstitucionalidad de la prisión perpetua a menores de edad en el caso “Maldonado”. A Daniel Enrique Maldonado se le había impuesto la pena de 14 años de prisión por haber robado con armas y haber cometido un homicidio con el propósito de lograr su impunidad –como vimos, este último delito tiene como pena única en el Código Penal a la prisión perpetua–; sin embargo, a instancias del Fiscal la Cámara Nacional de Casación Penal modificó la pena de 14 años por la prisión perpetua por considerar que “es la que mejor se adecua al caso”.<sup>185</sup> En su decisión, la CSJN estableció que cuando la pena de prisión perpetua prevista como pena fija en el art. 80 del CP se aplica a menores de edad es necesario ponderar la «necesidad de pena» a la que alude la ley 22.278, y que esta pena se torna divisible –y no fija– pues la ley en cuestión autoriza a aplicar la escala de la tentativa. De manera tal que la pena debe ajustarse a la culpabilidad del autor, que como consecuencia de la “personalidad inmadura en la esfera emocional” de los y las jóvenes, es menor que la de un adulto<sup>186</sup>. Aunque no declaró inconstitucional la prisión perpetua respecto de menores de edad, sí afirmó que

---

[...] en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto (considerando 40).

---

En definitiva, pueden hacerse tres afirmaciones que caracterizan la posibilidad de imponer prisión perpetua a menores de edad en nuestro sistema: i) la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la imposición de penas de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación respecto de menores de edad; ii) la prisión perpetua, como pena, se encuentra prevista legalmente para menores de edad con la misma extensión que respecto

---

<sup>185</sup> CSJN, “Maldonado”, Fallos 328:4343.

<sup>186</sup> CSJN, “Maldonado”, cit., cons. 37.

de adultos, puesto que la ley penal juvenil remite al Código Penal en punto a las penas; iii) jurisprudencialmente se ha limitado su uso: la CSJN ha señalado que la pena de menores de edad no puede ser la misma que la que correspondería a un adulto; y la Corte IDH ha vedado la aplicación de prisión perpetua respecto de menores de edad<sup>187</sup>.

#### *d. Nuevos contornos del poder punitivo del Estado*

El análisis precedente conduce a redefinir la escala de gravedad de las penas de nuestro sistema normativo. Descartada jurisprudencialmente la pena de reclusión como posible sanción<sup>188</sup>, la pena máxima es la *prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación*, seguida de la *prisión perpetua con acceso a libertad condicional o salidas del régimen de ejecución de la pena*. Sólo luego aparecen las penas de prisión divisibles.

Esta pena máxima no es novedosa y reconoce precedentes en numerosos sistemas jurídicos foráneos, principalmente en Estados Unidos. Allí, como parte del debate sobre la abolición de la pena de muerte, surgió la *life imprisonment without the possibility of parole*<sup>189</sup> (o *life without parole*, LWOP por sus siglas en inglés<sup>190</sup>), descrita como la «penúltima pena» (*penultimate penalty*)<sup>191</sup> antes de la pena de muerte. Actualmente sólo 2 de los 50 estados de Estados Unidos –Nuevo México y Alaska– no ofrecen esta pena como opción, sanción que aparece como una alternativa clave para la caída dramática del número de defensores de la pena de muerte.<sup>192</sup>

---

<sup>187</sup> En la provincia de Mendoza, la Suprema Corte de Justicia (SCJMza) con voto preopinante del juez Omar Palermo, estableció la obligatoriedad de la reducción de pena respecto de menores conforme a la escala de la tentativa (véase SCJMza, “Ríos Vallejos”, 23/12/2014).

<sup>188</sup> La cuestión ha sido abordada en numerosas oportunidades por la CSJN, véase “Nancy Noemí Méndez” (Fallos: 328:137) “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel” (CSJN 01/09/2007), “Spósito, Oscar Edelmiro” (CSJN 5/11/2013), “Merchiori, Daniel Oscar” (CSJN 6/3/2014), “Argañaráz” (Fallos 330:4416), “Esquivel Barrionuevo” (Fallos 330:4465) y, finalmente, en “Miranda, Guillermo” (Fallos 342:2362). En este último caso la Corte Federal concluyó que no existen diferencias jurídicas ni en la ejecución entre la reclusión y la prisión, por lo que puede considerarse derogada tácitamente (véase cons. 18).

<sup>189</sup> La terminología varía según las jurisdicciones entre “*natural life*”, “*whole-life tariff*”, o “*life without the possibility of release*”, véase APPLETON y GRØVER, “The pros and cons...”, p. 598.

<sup>190</sup> La expresión ha sido generalizada en la doctrina anglosajona, v. OGLETREE, C. J.; SARAT. A. (eds.), *Life without Parole. America’s New Death Penalty?*, New York, New York University Press, 2012; ANDERSON, M., (2009), *The Eight Amendment and Juvenile LWOP: Applying the Tison Standard to Juvenile Peripheral Accomplices*, *Mississippi Law Journal*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2213363> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2213363> [última consulta: enero 2021]; SEEDS, C., “Disaggregating LWOP: Life Without Parole, Capital Punishment, and Mass Incarceration in Florida, 1972–1995”, *Law & Society Review*, 2018, vol. 52, n° 1, pp. 172-205.

<sup>191</sup> WRIGHT, J. “Life without Parole: The View from Death Row”, *Criminal Law Bulletin*, n° 27, pp. 334-357.

<sup>192</sup> APPLETON y GRØVER, “The pros and cons...”, p. 598.



La ley del estado de Washington es particularmente detallada en su descripción de lo que la *life without parole* de hecho implica:

---

A person sentenced to life imprisonment under this section shall not have that sentence suspended, deferred, or commuted by any judicial officer and the board of prison terms and paroles or its successor may not parole such prisoner nor reduce the period of confinement in any manner whatsoever including but not limited to any sort of good-time calculation. The department of social and health services or its successor or any executive official may not permit such prisoner to participate in any sort of release or furlough program<sup>193</sup>.

---

La Convención de los Derechos del Niño, al prohibir esta pena respecto de menores de 18 años, la define como «prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación». A pesar de que la expresión *excarcelación* puede dar lugar a equívocos dado su uso con distinto sentido jurídico por algunos códigos procesales, esta denominación –así como su abreviatura en español, PPSE– será empleada aquí.

Ahora bien, a diferencia de lo que ha ocurrido en los diferentes estados de Estados Unidos, en los que se llegó a la PPSE abiertamente luego de un debate que incluía su comparación con la pena de muerte, en nuestro país esta pena ha sido producto de sucesivas reformas parciales al Código Penal y a la ley 24.660 de ejecución de la pena de prisión. Esto se vincula con las características electoralistas que ha tenido la exasperación de las consecuencias de la prisión perpetua en los últimos años, cuestión que será analizada con mayor detalle en el apartado siguiente. Para ello, revisaremos con perspectiva jurídico-evolutiva las numerosas reformas de que han sido objeto la libertad condicional y las salidas del régimen de ejecución que derivaron en la incorporación de la PPSE en nuestro sistema normativo.

---

<sup>193</sup> “La condena de una persona sentenciada a cadena perpetua bajo esta sección no podrá ser suspendida, diferida o conmutada por ningún oficial judicial y la junta de penas de prisión y libertad condicional o su sucesor no podrá poner en libertad condicional a dicho prisionero ni reducir el período de reclusión de ninguna manera, incluyendo –más no limitando– ningún tipo de cálculo de tiempo. Ni el departamento de servicios sociales y de salud o su sucesor, ni cualquier funcionario ejecutivo puede permitir que dicho preso participe en ningún tipo de programa de liberación o licencia” (traducción propia), véase CHEATWOOD, D. “The Life-Without Parole Sanction: Its Current Status and a Research Agenda”, *Crime and Delinquency*, 1988, n° 34, pp. 43-59, citado por APPLETON y GRØVER, “The pros and cons...”, p. 599.

### **III. Genealogía de la PPSE: del elitismo penal al populismo punitivo en el desarrollo de la prisión perpetua en Argentina**

#### *a. Primer momento: Código Penal de la Nación Argentina de 1921 y Ley Nacional de Ejecución de la pena privativa de la libertad de 1996*

El 29 de octubre de 1921 el Congreso de la Nación, en cumplimiento del mandato impuesto por el entonces art. 67 de la Constitución Nacional, sancionó la ley 11.179 y dictó así el Código Penal que, con numerosas reformas, se encuentra vigente desde su promulgación el 03 de noviembre de 1921 hasta la actualidad.

Comenzar el análisis desde este punto responde solamente a una necesidad metodológica de acotación y no significa que antes de la sanción del Código Penal no existieran las penas a perpetuidad en nuestro país. De hecho, la legislación previa al código de 1921 da cuenta de una paulatina sustitución de las penas de muerte y trabajos forzados para los delitos graves por la pena de prisión<sup>194</sup>. Hitos principales en este proceso los constituyen la ley 49 del año 1863, el Código Penal para la Provincia de Buenos Aires de 1877, el Código Penal de la Nación de 1886 y su reforma de 1903. La ley 49 del año 1863 no preveía la prisión perpetua y conminaba con pena de muerte a los delitos de traición y piratería agravada aunque, en este último caso, también preveía la pena alternativa de trabajos forzados por diez años. Por su parte, el código penal proyectado por Carlos TEJEDOR -inspirado en buena medida en el Código de Baviera de Paul Johann Anselm VON FEUERBACH- se declaró Código Penal de la Provincia de Buenos Aires en 1877 hasta que el Congreso de la Nación dictase el código nacional. Este código disponía la pena de muerte para una serie de delitos y la pena de presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado para el homicidio de ciertos familiares. En 1886 el Congreso de la Nación sancionó la ley 1920 por la cual aprobó para toda la República Argentina el proyecto de Carlos TEJEDOR, con algunas modificaciones. Entre ellas –en lo que aquí interesa– se encontraba la extensión del presidio por tiempo indeterminado a otros homicidios, robos seguidos de muerte, de lesiones graves o cometidos en despoblado y banda y al incendio agravado. En este código, quienes fueran condenados a presidio por tiempo

---

<sup>194</sup> Un estudio que explica las razones económicas, sociales, religiosas y políticas -la genealogía teórica e histórica- del nacimiento y aceptación generalizada de la prisión como institución penitenciaria en Inglaterra, Francia y Estados Unidos ha sido realizado por FOUCAULT, véase FOUCAULT, M., *La sociedad punitiva*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016; también véase FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, cit.

indeterminado y hubieran dado «pruebas de reforma positiva» durante los ocho últimos años, podían pedir la gracia del resto de la pena una vez cumplidos quince años de condena. Posteriormente, en 1903, se reformó profundamente este código y se dispuso la pena de *penitenciaría por tiempo indeterminado* para una serie de homicidios, robos y estragos seguidos de muerte<sup>195</sup>.

Durante este período y hasta la sanción del código de 1921 se discutieron numerosos proyectos que no alcanzaron sanción en el Congreso: entre ellos, la revisión del código de TEJEDOR que llevaron a cabo Sixto VILLEGAS, Andrés UGARRIZA y Juan Agustín GARCÍA que suprimía el presidio por tiempo indeterminado por oponerse a la posibilidad de graduar las penas (1881); un proyecto de Norberto PIÑERO, Rodolfo RIVAROLA y José Nicolás MATIENZO que reintrodujo el presidio a perpetuidad (1891); otro de Lisandro SEGOVIA, que restauraba la posibilidad de gracia a los 15 años para el presidio por tiempo indeterminado (1895); y un proyecto elaborado por Francisco BEAZLEY, Rodolfo RIVAROLA, Diego SAAVEDRA, Cornelio MOYANO, Norberto PIÑERO y José RAMOS MEJÍA que limitaba el presidio por tiempo indeterminado a veinte años cuando se hubieren observado con regularidad los reglamentos carcelarios e introducía, por primera vez, la excepción de este beneficio a los reincidentes (1906)<sup>196</sup>.

Lo expuesto permite observar un proceso de calibración de la pena máxima desde la década del 60' hasta la sanción del Código Penal, en una suerte de cambio *epocal*. La pena de muerte y los trabajos forzados fueron apartados del Código Penal ya en 1886, y no volverían a ser considerados en los proyectos posteriores. En su lugar, se impuso el presidio o la reclusión como formas exasperadas de prisión. Es posible advertir que para el momento en que se sancionó el actual Código Penal en 1921 los proyectos acordaban en establecer a la prisión perpetua como pena máxima, pero se diferenciaban en las consecuencias de su imposición y proponían diversas formas para que existiera, con cierta discrecionalidad, un margen para atemperarla. En los extremos se encontraban el proyecto de 1891 que reintroducía el presidio sin posibilidad de salidas, y el de 1881 que lo suprimía por no permitir graduar la pena.

El rasgo común a todos estos proyectos, ya se habrá advertido, es un marcado elitismo penal. Se trata de proyectos formulados por encumbrados juristas de la época, escritos de

---

<sup>195</sup> JULIANO, M. A.; ÁVILA, F., *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 35-44.

<sup>196</sup> JULIANO, M. A.; ÁVILA, F., *Contra la prisión perpetua...*, pp. 39-45.

espaldas a la comunidad y con la mirada puesta en la forma de legislar europea continental, así como en sus discusiones. El antecedente más directo que tenían en el país era el Código Civil elaborado por Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, que reconocía una fuerte impronta francesa y había sido sancionado por el Congreso a libro cerrado en 1869. El elitismo, sin embargo, no era privativo de los juristas. El contexto político de la época estaba dominado por la *Generación del 80*, un grupo de políticos e intelectuales que articulaban estrategias formales e informales con el objetivo de dotar de una nueva fisonomía a un país que durante setenta años, desde la revolución de 1810, había sufrido embates continuos.<sup>197</sup> Su legitimidad no se asentaba en la representatividad del pueblo sino en su formación, se trataba de “hombres ligados al mundo de las letras, porteños y adeptos a las modas literarias y estéticas europeas”.<sup>198</sup> En el plano político, el gobierno de nuestro país respondía a mecánicas oligárquicas en las cuales el poder se distribuía entre un grupo reducido de familias de la élite económica, agraria, industrial y académica. Aunque continúa vigente, el código de 1921 ha sido objeto de periódicas reformas. En su redacción original preveía para ciertos delitos la pena de prisión perpetua y, si bien no indicaba cuánto duraba aquella *perpetuidad*, podía considerarse que finalizaba a los veinticinco años. Esto por cuanto se permitía que los condenados a prisión perpetua accedieran a la libertad condicional una vez que hubieran cumplido veinte años de prisión<sup>199</sup>. Para ello, entonces sólo se requería observar “[...] con regularidad los reglamentos carcelarios [...] previo informe de la dirección del establecimiento”. La libertad condicional supone que el condenado puede recuperar su libertad, aunque debe atenerse al cumplimiento de ciertas pautas de conducta. Originariamente, de cumplirlas durante cinco años la pena de prisión perpetua se extinguía<sup>200</sup>. Solamente se encontraban excluidos de este instituto los reincidentes, pues el art. 14 del CP disponía con claridad que “[l]a libertad condicional no se concederá a los reincidentes”.

En consonancia con esta regulación, el 19 de junio de 1996 el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad.<sup>201</sup> Esta norma no

---

<sup>197</sup> BRUNO, P., “Un balance sobre los usos de la expresión generación del 80, 1920-2000”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Humanidades*, Universidad de San Andrés, 2011, URL <http://hdl.handle.net/10908/443> [consulta: 25/2/21].

<sup>198</sup> *Ídem*, p. 27.

<sup>199</sup> Conf. art. 13, CP según redacción original.

<sup>200</sup> Conf. arts. 13 y 16, CP según redacción original.

<sup>201</sup> Vigente desde el 16 de julio de 1996. Hasta ese momento, la etapa de ejecución de la pena de prisión se regía por la “Ley Penitenciaria Nacional”, el Decreto/Ley 412/1958 dictado por el gobierno militar de facto que ejercía el poder desde el golpe de Estado que tuvo lugar en 1955. Tal decreto fue sostenido una vez que

responde a una dinámica elitista, sino que fue parte de un proceso histórico de reconocimiento progresivo de los Derechos Humanos que había comenzado con el retorno a la democracia en el año 1983 y que había implicado la sucesiva ratificación por parte del Congreso de la Nación de tratados internacionales de Derechos Humanos<sup>202</sup>, hasta su incorporación en el texto de la Constitución Nacional en la reforma que tuvo lugar en el año 1994.

Ese proceso incluyó un fuerte posicionamiento democrático, materializado en el Consejo para la Consolidación de la Democracia que se formó en 1985 coordinado por el principal teórico de la democracia deliberativa argentino, Carlos NINO. Roberto GARGARELLA, uno de los asesores del Consejo, afirmó que

---

[...] el Consejo para la Consolidación de la Democracia se convirtió, bajo su dirección [por Nino], en un órgano deliberativo en el cual se convocaban puntos de vista muy distintos para discutir temas de interés común. Luego se procuraba llevar las discusiones más importantes al resto del país, donde se volvían a poner a prueba los frágiles acuerdos a los que se había llegado puertas adentro.<sup>203</sup>

---

Imbuida de este espíritu y con posterioridad a la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos hasta entonces suscriptos por nuestro país, la ley 24.660 de ejecución penal declaraba que la prisionización tenía como finalidad, en todas sus formas, “[...] lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad [...]”<sup>204</sup>, de forma consistente con la finalidad de readaptación social que prevén la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>205</sup> y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>206</sup>. Para alcanzar ese objetivo, instauró el «régimen progresivo» de ejecución de la pena:

---

El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimiento cerrados y promoviendo en lo

---

retornó la democracia, mediante la ley 14.467 que convalidó todos los decretos/leyes no derogados por el Congreso de la Nación.

<sup>202</sup> Así, por ejemplo, el 1/03/1984 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054), el 08/05/1985 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179), el 17/04/1986 se aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313), el 30/07/1986 la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338), y el 27/09/1990 la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), tratados a los que posteriormente la reforma constitucional de 1994 les otorgó jerarquía constitucional.

<sup>203</sup> GARGARELLA, R., prólogo a NINO, C., *Una teoría de la justicia para la democracia...*, cit., pp. 14-15.

<sup>204</sup> Conf. art. 1, ley 24.660 según redacción original.

<sup>205</sup> Conf. art. 5.6, CADH.

<sup>206</sup> Conf. art. 10.3, PIDCP.

posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina (art. 6, ley 24.660).

---

Esto significa, en la práctica, posibilitar que la persona condenada avance a lo largo de «*períodos*», siendo el último de ellos la libertad condicional a la que alude el art. 13 del Código Penal: “[e]l régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad y constará de: a) Período de observación; b) Período de tratamiento; c) Período de Prueba; d) Período de libertad condicional” (art. 12).

A su vez, cada una de estas etapas permite una paulatina morigeración de restricciones. Así, el *período de tratamiento* puede ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro.<sup>207</sup> Por su parte, el *período de prueba* comprende sucesivamente a) la incorporación del condenado a establecimiento abierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) la incorporación al régimen de la semilibertad.<sup>208</sup>

Esta ley permitía a los condenados a prisión perpetua solicitar el acceso –como parte del período de prueba– a salidas transitorias y a semilibertad una vez cumplidos 15 años de prisión.<sup>209</sup> Para ello exigía, además, “[p]oseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación” y “[m]erecer, del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado”.<sup>210</sup>

Como vemos, la solución que ofrece la ley de ejecución penal nacional a los efectos de lograr la finalidad dispuesta en el art. 1 es la *progresividad de la ejecución* de la pena privativa de libertad. Esto supone el tránsito por un recorrido que comienza con instancias de privación de libertad total; continúa –previa incorporación de herramientas destinadas a facilitar la reinserción social de la persona condenada– por etapas de recupero parcial de la libertad –vgr. salidas transitorias o acceso a un régimen de trabajo extra muros–; y

---

<sup>207</sup> Conf. art. 14, ley 24.660.

<sup>208</sup> Conf. art. 15, ley 24.660.

<sup>209</sup> Conf. arts. 17, inc. I.b y 23, ley 24.660 según redacción original.

<sup>210</sup> Conf. arts. 17, incs. III y IV, y 23 según redacción original.

finaliza con un período de recupero total de libertad. El acceso y mantenimiento de esta liberación se encuentra sujeto a ciertas condiciones de comportamiento. El régimen progresivo concluye con la fecha judicial de cumplimiento de la pena, que puede alcanzarse luego de acceder a la libertad condicional o bien –con mayor cercanía a la fecha de cumplimiento de la pena impuesta en los casos de penas divisibles– mediante el otorgamiento de libertad asistida. Es importante destacar que la ley 24.660 no contiene previsiones respecto de los reincidentes, a diferencia del Código Penal que, como pudo verse, los excluye de la libertad condicional.<sup>211</sup>

Como conclusión parcial puede decirse que este primer «momento legislativo» de la prisión perpetua tuvo presentes dos formas de legislar distintas. Una primera etapa supuso la sanción del Código Penal, resultado del trabajo y la discusión de una élite académica que se volcó hacia la morigeración de las penas máximas existentes entonces: la pena de muerte y los trabajos forzados. En su lugar, el Código de 1921 estableció como pena máxima la prisión perpetua con posibilidad de excarcelación a los 20 años y solo restringida a los reincidentes. Una segunda etapa, que comenzó tras el retorno democrático en 1983, supuso una forma más deliberativa de legislar y fue imbuida fuertemente por los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por nuestro país. El resultado fue una ley de ejecución penal que permitió el acceso a formas de liberación anticipada a los condenados a prisión perpetua a partir de que cumplieren 15 años de condena y no excluyó a los reincidentes, quienes por primera vez pudieron acceder a una forma de excarcelación.

*b. Segundo momento: surgimiento del populismo punitivo. El impacto de las «leyes Blumberg»*

El régimen descripto fue reformado notoriamente con la sanción el 5 de mayo del año 2004 de la ley 25.892,<sup>212</sup> pues modificó el régimen de libertad condicional previsto por el Código Penal original. Esta ley forma parte del grupo de las denominadas «leyes Blumberg»,<sup>213</sup> la respuesta política a demandas de ciertos sectores de la sociedad por mayor seguridad.

---

<sup>211</sup> Conf. art. 14, CP.

<sup>212</sup> Vigente desde el 24 de mayo de 2004.

<sup>213</sup> Véase LA NACIÓN, “Juan Carlos Blumberg: ‘La gente que cometió un delito tiene que saber que eso le va a costar caro’”, 11/10/16, URL <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/> [consulta: 25/02/2021];

Carlos BLUMBERG es un ciudadano argentino que, tras sufrir la muerte de su hijo asesinado por secuestradores en 2004, se erigió como referente de manifestaciones populares que reclamaban el endurecimiento de leyes penales como medio para alcanzar mayor seguridad.<sup>214</sup> Numerosas reformas al Código Penal sancionadas ese año se conocen como «*Leyes Blumberg*», y han sido objeto de críticas pues, por su contexto, “la reforma introducida por la ley 25.892 fue producto de la improvisación y el reflejo de meros intereses en la búsqueda de rédito político (como consecuencia de previsiones mediáticas)”.<sup>215</sup>

Estas reformas cumplen todos los requisitos del paradigma de populismo punitivo descrito en el capítulo anterior. Su inicio está lejos de los despachos de los diputados y senadores nacionales encargados constitucionalmente de legislar en materia penal: se encuentra en la calle, en los reclamos de cientos de personas unidos por empatía a las reivindicaciones de las víctimas de delitos, lideradas en este caso por BLUMBERG, víctima del homicidio de su hijo Axel. Esas demandas están orientadas a prevenir la delincuencia a través de reformas jurídicas de sesgo punitivista, y los medios masivos de comunicación se hacen eco de ello y amplifican las peticiones, que pasan al centro de la escena pública, a la vez que crean pánico social enfatizando la comunicación de noticias sobre inseguridad. Luego los representantes políticos aprovechan la oportunidad obtener apoyo electoral a bajo coste, y la demanda termina convirtiéndose en una ley. Esa ley es transformada en un slogan —«Ley Blumberg»— y pasa a formar parte de los logros políticos de un partido o dirigente.

Así fue el proceso que dio lugar a la sanción de la ley 25.892, que introdujo tres reformas sustanciales al art. 13 del CP: i) incrementó de veinte a treinta y cinco la cantidad de años que las personas condenadas a prisión perpetua deben cumplir para poder solicitar la libertad condicional; ii) agregó al informe de la dirección del establecimiento sobre la

---

CLARÍN, “Masiva marcha frente al Congreso para pedir seguridad”, 1/4/04, URL [https://www.clarin.com/ultimo-momento/masiva-marcha-frente-congreso-pedir-seguridad\\_0\\_HkhFdpJ0Yg.html](https://www.clarin.com/ultimo-momento/masiva-marcha-frente-congreso-pedir-seguridad_0_HkhFdpJ0Yg.html) [consulta: 25/02/2021]; LA NACIÓN, “Nueva marcha de Blumberg frente al Palacio de Justicia”, 30/05/05, URL <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/nueva-marcha-de-blumberg-frente-al-palacio-de-justicia-nid708540/> [consulta: 25/02/2021]; CLARÍN, “La fundación Axel Blumberg ya es legal y tiene sede propia”, 10/11/04, URL [https://www.clarin.com/ediciones-antiores/fundacion-axel-blumberg-legal-sede-propia\\_0\\_Hyr4aZs10Kx.html](https://www.clarin.com/ediciones-antiores/fundacion-axel-blumberg-legal-sede-propia_0_Hyr4aZs10Kx.html) [consulta: 25/02/2021]; CLARÍN, “Otra vez fue masiva la marcha de Blumberg reclamando seguridad”, 27/08/04, URL [https://www.clarin.com/ediciones-antiores/vez-masiva-marcha-blumberg-reclamando-seguridad\\_0\\_r1xbhyhy0tl.html](https://www.clarin.com/ediciones-antiores/vez-masiva-marcha-blumberg-reclamando-seguridad_0_r1xbhyhy0tl.html), [consulta: 25/02/2021].

<sup>214</sup> Véase LA NACIÓN, “Juan Carlos Blumberg: ‘La gente que cometió un delito...’”, cit.

<sup>215</sup> CESANO, J. D., *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, Mediterránea, 2008, p. 42.



“[...] regular observancia de los reglamentos carcelarios” otro informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable la reinserción social; y iii) aumentó de cinco a diez años el plazo de duración de la condicionalidad de la libertad –aunque no modificó el art. 16 del CP, que continúa exigiendo cinco años de cumplimiento de las condiciones para considerar extinguida la pena, de manera coherente con el previo art. 13 del CP–.

Por otro lado, la ley 25.892 amplió el alcance de la exclusión de acceso a la libertad condicional prevista en el art. 14 el CP, que hasta entonces sólo alcanzaba a los reincidentes. La reforma incorporó algunos tipos delictivos, varios de ellos conminados con prisión perpetua. De este modo se vedó del acceso a libertad condicional a las personas condenadas por homicidios *criminis causa*,<sup>216</sup> abusos sexuales previstos en los arts. 119 y 120 del CP, cuando resultare la muerte de la víctima,<sup>217</sup> privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima<sup>218</sup> y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima<sup>219</sup>.

Sin embargo, los condenados por estos delitos aún podían acceder a salidas en virtud del régimen de ejecución de la pena privativa de libertad. Un nuevo capítulo del populismo punitivo nacional se encargó de ello.<sup>220</sup> Como resultado de la presión social y de los medios de comunicación, el 20 de octubre de 2004 el Congreso de la Nación sancionó la ley 25.948<sup>221</sup> que, entre otras reformas, incorporó el art. 56 *bis* a la ley 24.660. Esta norma excluyó de los beneficios comprendidos en el período de prueba a las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 80, inc. 7; 124, 142 *bis*, anteúltimo párrafo, y 170 anteúltimo párrafo del CP, o sea, los mismos delitos que prevén prisión perpetua que se incluyeron en el art. 14 del CP por la ley 25.892. El art. 56 *bis* aclara que también se encuentran vedadas la prisión discontinua o semidetención y la libertad asistida.

Es decir que, a partir de la entrada en vigencia de estas leyes, las personas condenadas a prisión perpetua por la comisión de ese grupo de delitos dejaron de tener acceso a la libertad condicional y a las etapas más avanzadas del régimen progresivo de ejecución de

---

<sup>216</sup> Conf. art. 80, inc. 7, CP.

<sup>217</sup> Conf. art. 124, CP.

<sup>218</sup> Conf. art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo, CP.

<sup>219</sup> Conf. art. 170, anteúltimo párrafo, CP.

<sup>220</sup> Véase *supra*, cap. I, punto IV.a.

<sup>221</sup> Vigente desde el 11 de noviembre de 2004.

la pena –y con ello, a las salidas parciales de los establecimientos carcelarios–. Los condenados a prisión perpetua por otros delitos no enumerados en los arts. 14 del CP y 56 *bis* de la ley 24.660 mantenían el acceso a la libertad condicional –salvo que fueran reincidentes– y las salidas propias del período de prueba.

Recapitulando, con las «*Leyes Blumberg*» el populismo hizo aparición en la política criminal nacional. No es que antes no hubiera antecedentes de populismo punitivo, sino que en esta oportunidad ese proceso tuvo consecuencias en particular respecto de la configuración de la prisión perpetua, a punto tal que para varios delitos la pena comenzó a ser PPSE. Los condenados a prisión perpetua por los delitos enumerados en los párrafos precedentes, cometidos luego de la entrada en vigencia de las leyes 25.892 y 25.948 nunca agotan la pena, ni pueden acceder a salidas de los establecimientos penitenciarios. Este punto es un hito en nuestra política criminal, puesto que la PPSE –que hasta entonces sólo había sido mencionada en el proyecto de Código Penal de PIÑERO, RIVAROLA y MATIENZO de 1891– hizo entrada en ordenamiento jurídico, escondida tras la regulación de las condiciones de acceso a la libertad condicional y las salidas del régimen de ejecución.

### *c. Tercer momento: ley 27.375 y situación actual*

La situación jurídica descripta hasta aquí se exasperó dramáticamente con la sanción, el 5 de julio de 2017, de la ley 27.375.<sup>222</sup> Esta ley introdujo numerosas reformas en el Código Penal y en la ley 24.660. Antes de ingresar a su análisis, conviene realizar un breve excursus sobre dos eventos previos que permiten comprender el contexto de su sanción: (i) la legislación de ejecución penal de Mendoza de 2012; y (ii) el anteproyecto de Código Penal de 2014.

#### *i. Populismo punitivo en Mendoza*

La historia de la legislación en materia de ejecución de la pena de prisión en Mendoza es oscilante y paradójica. La «ley» 3.645 sancionada durante el gobierno de facto del año 1969<sup>223</sup> estableció el *Régimen Penitenciario Provincial* y colocó a la provincia en la

---

<sup>222</sup> Vigente desde el 28 de julio de 2017 hasta la fecha.

<sup>223</sup> Durante el golpe de estado de 1969 liderado sucesivamente por los dictadores Onganía, Levingston y Lanusse se impidió la toma del cargo del gobernador electo Emilio Jofré y se nombraron «*interventores federales*». Entre 1966 y 1970 el tiránico cargo fue ocupado por José Eugenio Blanco, quien suscribió la mencionada «ley».

entonces vanguardia en la materia, al establecer un sistema progresivo de ejecución penal que incluía el paso de las personas condenadas por etapas de observación, tratamiento y prueba (art. 5). Permitía las salidas transitorias a las personas condenadas a prisión perpetua tras cumplir un mínimo de 15 años de prisión, requisito que podía incluso prescindirse en caso de fallecimiento o enfermedad grave de un familiar cercano a la persona detenida (art. 10). La norma no contenía exclusiones por tipo de delito al acceso a tales salidas. Además, reglamentaba el sistema de indultos, conmutación y rebaja de penas a nivel local con la sola restricción de quienes hubieran cometido delitos en el ejercicio de funciones públicas o hubieran tenido mala conducta durante los dos años anteriores al pedido de indulto.

Esa normativa tuvo un corto período de vigencia pues en 1973, también durante un gobierno de facto,<sup>224</sup> se sancionó la «ley» 3.897 que adhirió a la Ley Penitenciaria Nacional dispuesta por el decreto/ley 412/58 ya ratificado por la ley 14.467.<sup>225</sup> Posteriormente y ya restablecida la democracia, en 1997 la Provincia adhirió al régimen de la ley nacional 24.660 mediante la ley 6.513.

De modo similar a lo ocurrido a nivel nacional con las iniciativas de Carlos BLUMBERG, en Mendoza se produjo una polémica pública a raíz del homicidio de Matías QUIROGA por parte de una banda integrada por personas que gozaban de libertad condicional.<sup>226</sup> Su padre, Osvaldo QUIROGA, lideró una serie de protestas que tuvieron un fuerte impacto en los medios de comunicación y en el debate político.<sup>227</sup> El movimiento fue canalizado legislativamente por un partido político que logró la sanción de una ley de ejecución penal

---

<sup>224</sup> En este caso, del interventor Félix Gibbs.

<sup>225</sup> **V. supra, nota 200. ACTUALIZAR**

<sup>226</sup> Sobre el hecho, véase LOS ANDES, “Perpetua para el ‘Tanga’ Gómez por el crimen de Matías Quiroga”, 26/06/2014, URL <https://www.losandes.com.ar/en-las-proximas-horas-se-conocera-la-sentencia-para-los-acusados-de-asesinar-a-matias-quiroga-796465/> [consulta: 25/02/2021].

<sup>227</sup> Sobre las consecuencias políticas del caso, véase SITIO ANDINO, “Crimen de Matías Quiroga: analizan pedir jury a los jueces Mathus y Vargas Romero”, 15/03/2012, URL <https://www.sitioandino.com.ar/n/30022-crimen-de-matias-quiroga-analizan-pedir-jury-a-los-jueces-mathus-y-vargas-romero/> [consulta: 25/02/2021]; SITIO ANDINO, “Una voz calificada: para Bruni hay que relanzar una política de Estado en seguridad”, 16/06/2012, URL <https://www.sitioandino.com.ar/n/40931-una-voz-calificada-para-bruni-hay-que-relanzar-una-politica-de-estado-en-seguridad/> [consulta: 25/02/2021]; ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL, “Salidas transitorias: el debate necesario que fue superado por las chicanas”, 3/08/2012, URL <https://www.pensamientopenal.org/salidas-transitorias-el-debate-necesario-que-fue-superado-por-las-chicanas/> [consulta: 25/02/2021].

provincial, dada a conocer con el nombre de «*ley Petri*», en alusión al legislador que la promovió y que encabezó su capitalización política.<sup>228</sup>

Esta ley puso fin a la adhesión de Mendoza a la ley nacional 24.660.<sup>229</sup> Así, la nueva ley provincial 8.465 –sancionada el 12 de septiembre de 2012–<sup>230</sup> derogó la ley 6.513 y aprobó el Código de ejecución de la pena privativa de la libertad.<sup>231</sup> Esta norma excluyó de los beneficios del período de prueba –vgr. la prisión discontinua o semidetención y la libertad asistida– a quienes fueran condenados por una serie de delitos,<sup>232</sup> entre los que se encuentran numerosos delitos conminados con prisión perpetua: los homicidios agravados,<sup>233</sup> el abuso sexual con resultado de muerte de la víctima,<sup>234</sup> y la tortura seguida de muerte.<sup>235</sup> La regla también excluye a los reincidentes y a quienes no puedan acceder a la libertad condicional, de modo que a ese listado de delitos se agregan los que la ley 25.892 incorporó al art. 14 del CP en 2004.<sup>236</sup>

Respecto del indulto y la conmutación de penas como posibles formas de poner fin a una pena de prisión perpetua, debe señalarse que en la provincia de Mendoza, existe una previsión constitucional que habilita su aplicación. En efecto, el art. 128 inc. 5 de la Constitución de Mendoza establece como facultad del Gobernador la de indultar o conmutar penas por delitos sujetos a la jurisdicción provincial, “[...] previo informe motivado de la Suprema Corte sobre la oportunidad y conveniencia del indulto o conmutación y con arreglo a la ley reglamentaria que determinará los casos y la forma en que pueda solicitarse”.

---

<sup>228</sup> Véase EL SOL, “Ya es ley la restricción de salidas transitorias de las cárceles”, 13/09/2012, URL <http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/novedades/index/ya-es-ley-la-restriccion-de-salidas-transitorias-de-las-carceles> [consulta: 25/02/2021].

<sup>229</sup> Conf. art. 271, ley 8.465.

<sup>230</sup> Vigente desde el 17 de octubre de 2012.

<sup>231</sup> Esta ley reclama su ámbito de aplicación a partir del art. 228 de la ley nacional 24.660, que –en aquel momento– afirmaba “[l]a Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente”. Con base en esta convocatoria, el art. 1 de la ley 8.465 señala “[e]stablécese el régimen de ejecución de la pena privativa de la libertad para la Provincia de Mendoza, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 228 de la Ley Nacional 24.660 y en un todo de conformidad a la legislación nacional, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional”. En razón de ello, y desde entonces, el régimen de ejecución provincial sustituyó las disposiciones normativas de la ley 24.660 y sus modificatorias, que regían hasta ese momento en virtud de la adhesión a aquel régimen dispuesto por la ley provincial 6.513, de 1997.

<sup>232</sup> Conf. art. 74, ley 8.465.

<sup>233</sup> Conf. art. 80, CP.

<sup>234</sup> Conf. art. 124, CP.

<sup>235</sup> Conf. art. 144 *ter* inc. 2, CP.

<sup>236</sup> Los delitos que luego agregaría la ley 27.375 en 2017 al art. 14 del CP ya estaban enumerados en el art. 72 de la ley 8.465 original.

Sin embargo, dos obstáculos se oponen a su aplicación a los supuestos que nos ocupan. Por una parte, el hecho de que no existe una ley que reglamente su ejercicio, puesto que la única norma local al respecto es la ley de facto de 1970, que luego fue derogada parcialmente por todas las normas que la sucedieron. Por otra parte, existe un impedimento legal expreso para la concesión de indultos o conmutación de penas a los delitos sancionados con prisión perpetua mencionados en este apartado.

En efecto, la ley provincial de ejecución 8.465 –en el mismo artículo en que excluye delitos del acceso al período de prueba y a prisión discontinua, semidetención y libertad asistida– prevé que “[e]n los supuestos descriptos por el presente artículo no será procedente el indulto ni la conmutación de penas previstas en el artículo 128 de la Constitución de la Provincia y la Ley 3.645 en su Capítulo XVI”.<sup>237</sup>

En síntesis, en 2012 un nuevo episodio de populismo punitivo impactó sobre la regulación de la pena de prisión perpetua, esta vez mediante la modificación del régimen de ejecución penal local. Como consecuencia, en Mendoza no pueden acceder a la libertad condicional, a las salidas previstas en el régimen de ejecución provincial sancionado en 2012, ni recibir indultos o conmutación de sus penas quienes cometen los siguientes delitos conminados con prisión perpetua: homicidios agravados, abuso sexual con resultado de muerte de la víctima, tortura seguida de muerte, privación ilegal de la libertad coactiva, cuando se causare intencionalmente la muerte a la víctima y secuestro extorsivo, cuando se causare intencionalmente la muerte de la víctima.<sup>238</sup>

## ii. Proyecto de reforma del Código Penal de 2014

Una comisión convocada por el Poder Ejecutivo Nacional en 2012<sup>239</sup> integrada por León ARSLANIAN, María Elena BARBAGELATA, Ricardo GIL LAVEDRA, Federico PINEDO y Eugenio R. ZAFFARONI presentó en 2014 un proyecto de reforma del Código Penal que suprimía la pena de prisión perpetua y establecía un máximo –coherente con el Estatuto de Roma– de 30 años de prisión.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> Conf. art. 72 *in fine*, ley 8.465.

<sup>238</sup> Conf. arts. 80, 124, 144 *ter*, inc. 2; art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo y art. 170, anteúltimo párrafo, CP.

<sup>239</sup> Conf. decreto 678/2012.

<sup>240</sup> ARSLANIAN, L. C.; BARBAGELATA, M. E.; GIL LAVEDRA, R. R.; PINEDO, F.; ZAFFARONI, E. R., Exposición de motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, URL <https://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/04/53598b9463e9b.pdf> [consulta: 25/02/2021], p. 99.

La forma de trabajo de la comisión fue a través de sesiones cerradas y no publicitadas, aunque “[e]n varias reuniones intervinieron especialistas invitados y representantes de organizaciones no gubernamentales y entidades de gobierno”,<sup>241</sup> entre las que se cuentan ONG’s; asociaciones académicas, de profesionales y magistrados; universidades; organismos públicos nacionales e internacionales; especialistas, docentes e investigadores.<sup>242</sup> También se habilitó una cuenta de correo electrónico para que la ciudadanía enviara propuestas, y se procesaron e incorporaron a las discusiones los mensajes enviados.<sup>243</sup>

Se trató, en definitiva, de un proceso abierto a la participación aunque «elitista». La apertura de las sesiones a invitados y la disposición a recibir sugerencias no puede ser equiparado a las exigencias deliberativas al menos por las siguientes razones: la falta de participación amplia de aquellos potenciales afectados por la decisión, la falta de igualdad de condiciones bajo las cuales la participación se llevó a cabo, la falta de publicidad de las intervenciones y la ausencia de un foro público de intercambio de argumentos. Además, si bien en el anteproyecto se hizo constar el nombre de numerosas organizaciones y personas que intervinieron o enviaron sugerencias, no hay indicaciones respecto al modo en que sus razones fueron consideradas.

### iii. Amplificación nacional de la «ley Petri» y giro del populismo hacia la «demagogia punitiva»

La sanción de la ley 8.465 en Mendoza supuso cierto éxito político para quienes se habían abanderado con los reclamos de las víctimas. Cuando el legislador provincial Luis PETRI obtuvo una banca en el Congreso de la Nación, propuso una reforma de la misma índole en la ley 24.600. Así, se sancionó la ley 27.375 en el año 2017.<sup>244</sup>

Entre las reformas introducidas por la ley 27.375 se incluye el incremento de los tipos delictivos conminados con prisión perpetua que no pueden acceder a la libertad condicional. Tras una modificación al art. 14 del CP, actualmente tampoco puede

---

<sup>241</sup> *Ídem*, p. 3.

<sup>242</sup> *Ídem*, pp. 4-13.

<sup>243</sup> *Ídem*, pp. 14-24.

<sup>244</sup> Véase TIEMPO ARGENTINO, “‘Puerta giratoria’: buscan quitar beneficios y endurecer el cumplimiento de las penas”, 2/10/2016, URL <https://www.tiempoar.com.ar/nota/puerta-giratoria-buscan-quitar-beneficios-y-endurecer-el-cumplimiento-de-las-penas> [consulta: 25/02/2021]; también MENDOZAPOST, “El Gobierno Nacional promulgó la ‘Ley Petri’”, U28/07/2017, URL <https://www.mendozapost.com/nota/68065-el-gobierno-nacional-promulgo-la-ley-petri/> [consulta: 25/02/2021].

concederse este instituto a quienes fueran condenados por cualquiera de los homicidios agravados previstos en el art. 80 del CP o por tortura seguida de muerte.<sup>245</sup> Esos mismos delitos fueron incorporados al art. 56 *bis* de la ley 24.660, que establece los supuestos exceptuados de los beneficios comprendidos en el período de prueba.

De esta manera, la mayoría de las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional ni a salidas durante su ejecución, ni se encuentra prevista una fecha de cumplimiento de pena o una forma de revisión de la posibilidad de reducción de la condena al modo del Estatuto de Roma. De los delitos previstos en el Código Penal conminados con prisión perpetua, solamente quedan fuera de esas restricciones los delitos de traición, traición agravada y desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada de su madre (arts. 214, 215 y 142 *ter*, penúltimo párrafo del CP). También quedan fuera de las restricciones los delitos de lesa humanidad tipificados por la ley 26.200. Paradojalmente, se trata de delitos que, si bien son menos frecuentes en su comisión, protegen bienes jurídicos con mayor relevancia institucional que los demás conminados con prisión perpetua y que sí están incluidos en las restricciones de los arts. 14 del CP y 56 *bis* de la ley 24.660.

Es importante destacar que la reforma de la «*Ley Petri*» comparte con las introducidas por las «*Leyes Blumberg*» dos elementos: no atienden a la sistematicidad de penas del Código Penal, y no asumen explícitamente que su consecuencia principal es el agravamiento de la prisión perpetua y, en el caso de la ley 27.375, la introducción de la PPSE de manera generalizada. Se trata de un conjunto de reformas parciales que han modificado de manera «subrepticia» la escala de penas. No se ha discutido y abiertamente la introducción de la PPSE como la pena más grave de nuestro sistema, sino que se ha llegado a ella a partir de reformas a los distintos regímenes de salidas. La consecuencia de ello es que la comunidad no conozca las consecuencias de la imposición de una pena a perpetuidad.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Conf. art. 144 *ter*, inc. 2, CP.

<sup>246</sup> Resulta ilustrativa al respecto la audiencia pública desarrollada en la provincia de Mendoza en el marco de la resolución plenaria emitida durante 2020 sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua. En esa oportunidad, numerosos ponentes –muchos de ellos profesionales del Derecho o legisladores– afirmaron que en nuestro país la prisión perpetua no es verdaderamente perpetua, dado que existe la posibilidad de acceso a la libertad condicional, algo que –como se ha visto– está limitado a pocos casos. La audiencia

Esta última reforma muestra un fenómeno muy particular, que fusiona elementos del elitismo penal y el populismo punitivo. A diferencia de lo que ocurrió en 2004 y 2012, para 2017 la dirigencia política mostró conocer y dominar la agenda de la opinión pública y la política-criminal punitivista: ya no fue necesario un crimen notorio, el reclamo de sus víctimas ante los organismos del Estado y la amplificación de las demandas por parte de los medios de comunicación para que se exasperase la reacción penal. La política, por sí sola y a puertas cerradas, instaló el tema en la agenda parlamentaria y llevó adelante la reforma, para luego comunicar –generalmente mediante redes sociales, es decir, sin necesidad de las grandes agencias de noticias– el «logro» alcanzado. Esa reforma no contó con un proceso deliberativo de formación y discusión, sino que fue elaborada por el legislador y, sin mayores modificaciones, fue aprobada por el Congreso.

Podría decirse que esto es lo normal y esperable en términos institucionales, considerando que la materia le compete al Poder Legislativo. Y en cierto modo lo es: en términos ideales lo esperable es que los representantes vehiculen las reformas necesarias para hacer frente a los cambios sociales y reflejar legislativamente las preferencias de la comunidad. Sin embargo, quedarnos sólo con esa parte de la imagen sería, quizás, inocente. Ignoraría que existe una discusión pública que se lleva a cabo principalmente en el plano mediático y que disputa el destino de los recursos y la respuesta que debe darse frente al delito. En esa discusión se ponen en tela de juicio normas como el principio de inocencia, la excepcionalidad de las medidas de coerción personal, la forma de interpretar el derecho, etc. Incluso, con un pretendido enfoque de derechos humanos, se critica al Estado por ocuparse más por los delincuentes que por las víctimas.<sup>247</sup> Sin embargo, se trata de una disputa que no implica «deliberación»: no hay diálogo, es principalmente un escrutinio periodístico de ciertas decisiones del poder judicial. A determinadas resoluciones judiciales –mayormente aquellas que resuelven alguna cuestión en favor del acusado, como rechazos de prisión preventiva, sobreseimientos o absoluciones– se las toma como ejemplos de un «ala extrema garantista» y se arman paneles periodísticos, editoriales y

---

puede verse en el canal de YouTube del Poder Judicial de Mendoza, URL [https://www.youtube.com/channel/UCuHPY2aM063Y0\\_-ZMk1kCew](https://www.youtube.com/channel/UCuHPY2aM063Y0_-ZMk1kCew) [consulta: febrero de 2021].

<sup>247</sup> GARGARELLA, R., “¿Tienen derechos los delincuentes?”, en GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 266-268.



notas de opinión para cuestionarlas.<sup>248</sup> Incluso, en ocasiones, se llega a solicitar medidas disciplinarias o la remoción de los jueces en cuestión.<sup>249</sup>

Esto tiene varios efectos: por una parte, implica una presión sobre los jueces, que incorporan un sesgo al momento de resolver. Esto no es en sí mismo algo negativo: que las decisiones judiciales estén sometidas a la revisión meticulosa por parte de la comunidad es, precisamente, uno de los objetivos de la publicidad de los actos de gobierno, una de las herramientas típicamente republicanas para garantizar el control sobre las autoridades y evitar la dominación. Además, la libertad de expresión y de prensa es una de las formas de la libertad a la que tanto el liberalismo como el republicanismismo asignan un rol nuclear. Se trata de libertades que pueden ser consideradas derechos *a priori*, precondiciones de la participación libre en el proceso democrático e indispensables para su validez.<sup>250</sup> En este sentido, el compromiso periodístico con el control de los actos de gobierno es fundamental y debe ser promovido.

Sin embargo, tampoco debe omitirse del análisis el hecho de que existen grandes grupos empresarios que dominan el ejercicio periodístico de los medios de comunicación masiva más importantes. Cuando los medios no son empleados para controlar racionalmente los actos de gobierno, sino para formar opinión pública en determinado sentido que responde a intereses económicos o político-partidarios-electorales, abre la posibilidad para que magistrados que busquen evitar encontrarse en posición de dar explicaciones públicas perjudiquen a las personas acusadas.

Por otra parte, esta mediatización significa una oportunidad para la política, que encuentra en la opinión pública formada al calor de este interesado control nuevos «nichos de mercado» de los que puede obtener adhesiones sin necesidad de complejos desarrollos, investigaciones o presupuestos. En este sentido deben interpretarse las reformas penales de 2004, 2012 y 2017: no aparecen espontáneamente, porque ciertos legisladores estén interesados en mejorar instituciones, sino que forman parte de la dinámica de esa disputa y constituyen una fuente de recursos electorales.

Desagregar la noción de «populismo punitivo» permite reconocer dos factores: la invocación del pueblo y la demanda de leyes que aumentan la interferencia del Estado en

---

<sup>248</sup> Vgr., TIEMPO ARGENTINO, “‘Puerta giratoria’: buscan quitar beneficios y endurecer el cumplimiento de las penas”, cit.

<sup>249</sup> Vgr., SITIO ANDINO, “Crimen de Matías Quiroga: analizan pedir jury a los jueces Mathus y Vargas Romero”, cit.

<sup>250</sup> NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., p. 275.

el dominio de ciertas personas. El fenómeno de la ley 27.375, en el cual la reforma no ocurre por demandas populares sino por una iniciativa de los representantes dirigida a satisfacer una demanda presunta y latente de seguridad a la que se ofrece como solución el «mantener por más tiempo a los delincuentes encerrados» –la incapacitación–, parece encajar mejor en la idea de «demagogia punitiva».

El *populismo* es un término relativamente reciente usado en la actualidad para calificar – en general, con una connotación negativa– los movimientos, los partidos, las ideologías que llaman directamente al pueblo, rechazando las mediaciones de la democracia y los vínculos constitucionales.<sup>251</sup> La *demagogia*, por otra parte, es una noción que tiene sus orígenes en la Grecia antigua, donde era empleada para calificar de manera negativa el modo de hacer política de aquél que busca consensos fáciles, al «adulador del pueblo», y se solía oponer al gobierno de técnicos, filósofos o de la ley.<sup>252</sup> Actualmente la expresión se ha deformado y es empleada para descalificar los argumentos de cualquier adversario político. Sin embargo, un elemento presente en ambas nociones de demagogia es el empleo de medios de comunicación unidireccionales, a través de los cuales una persona habla dirigiéndose a muchas con palabras que tienen la finalidad de convencer e involucrar incluso emotivamente a los oyentes.<sup>253</sup> Los peligros de la demagogia no son otros que la pérdida de anclaje racional de las decisiones públicas, la acumulación excesiva de poder político en pocos líderes y, en definitiva, el totalitarismo. La tensión con los fines perseguidos por el republicanismo democrático es evidente.

#### *d. Epílogo: el anteproyecto de Código Penal de 2019*

En febrero de 2017 fue emitido el decreto presidencial 103/2017 formó una comisión para la elaboración de un proyecto de Código Penal que unificara todas las normas de la materia en un solo cuerpo normativo. La comisión fue integrada por Mariano H. BORINSKY, Carlos M. GONZÁLEZ GUERRA, Pablo N. TURANO, Carlos a. MAHIQUES, Patricia M. LLERENA, Daniel ERBETTA, Víctor M. VÉLEZ, Pablo LÓPEZ VIÑALS, Guillermo J. YACOBUCCI, Fernando J. CÓRDOBA y Patricia ZIFFER, más representantes del Ministerio de Seguridad y del Ministerio de Desarrollo social.

---

<sup>251</sup> PAZÉ, V., “La demagogia, ayer y hoy”, *Andamios. Revista de integración social*, vol. 13, n° 30, 2016, pp. 113-132.

<sup>252</sup> *Ídem*, pp. 113-123.

<sup>253</sup> *Ídem*, p. 124.

El proyecto fue presentado en el año 2019 y mantuvo la pena de prisión perpetua fija como pena máxima, volviendo sobre los pasos del proyecto presentado por la comisión anterior en 2014. En la declaración de motivos, justificó esta decisión

---

[...] se generó un gran debate en torno al mantenimiento o no de la prisión perpetua. Al respecto, se consideró mayoritariamente su mantenimiento, sobre todo si se prevé un sistema de libertad condicional que no tenga restricciones de manera tal que no entre en conflicto con los estándares internacionales (supuesto del reincidente condenado a perpetua, que actualmente no podría acceder a la libertad condicional por aplicación del art. 14 del Código Penal). Por otra parte, el propio Estatuto de Roma prevé la perpetua para los casos graves (art. 7º, inc. b). La no restricción de la libertad condicional implicaría entonces un cierto límite temporal a la perpetua, pero que no operaría en forma automática, sino que el cumplimiento del plazo establecido permitiría únicamente analizar su concesión o no.<sup>254</sup>

---

Al regular la libertad condicional el proyecto permite a los condenados a prisión perpetua solicitar la libertad condicional tras cumplir 35 años de prisión,<sup>255</sup> plazo que se extiende a 40 para los multireincidentes.<sup>256</sup> El consejero MAHIQUES disintió al respecto, en especial sobre el agravamiento para multireincidentes: “sostengo que la pena no puede exceder el reproche de culpabilidad, siendo el ámbito donde se vincula la identificación del mal cometido en el delito y la respuesta que el sistema inscribe en el condenado”.<sup>257</sup>

La comisión hizo un esfuerzo por romper el elitismo epistemológico implicado en su carácter de «comisión de especialistas» y declaró como objetivo principal “recabar el consenso de todos los integrantes de la Comisión y de los sectores académicos y operadores del sistema penal”,<sup>258</sup> para lo cual habilitó vías de comunicación y promovió la participación en diversos foros en todo el país, mediante la convocatoria de ONG’s, organismos públicos y miembros de los diversos poderes del Estado nacional y provincial. Caben al respecto las mismas consideraciones efectuadas en relación al proyecto de reforma de 2014.

---

<sup>254</sup> Véase “Proyecto Código Penal de la Nación Argentina 2019”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 1º ed., 2019, URL [http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2572/proyecto\\_codigo-penal.3.pdf](http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2572/proyecto_codigo-penal.3.pdf) [consulta: febrero de 2021], p. 26.

<sup>255</sup> Conf. art. 40, Proyecto de Código Penal 2019.

<sup>256</sup> Conf. art. 40, *idem*.

<sup>257</sup> *Ídem*, p. 295.

<sup>258</sup> *Ídem*, p. 3.

#### IV. Conclusiones

Este capítulo persiguió dos objetivos: describir y delimitar el objeto de estudio, constituido por la pena de prisión perpetua en Argentina; y repasar su genealogía con una perspectiva que atendiera a las formas en que se genera la ley penal.

Respecto del primer objetivo –determinar qué tiene entonces de perpetua la prisión perpetua– ha sido posible concluir que en nuestro país actualmente lo *nominal* y lo *ontológicamente* «perpetuo» de esta pena equivalen en la mayoría de los casos. La reconstrucción realizada muestra que, estrictamente, la prisión a perpetuidad implica consecuencias diferentes según el tipo de delito y la legislación vigente a la época de su comisión, aunque un rasgo normativo común que tienen todas las penas de prisión perpetua que se imponen en nuestro sistema jurídico –y que no tiene ninguna otra pena de prisión en el Código Penal– es que, al momento de la imposición de la pena, no se establece una fecha cierta de recupero de la libertad ambulatoria ni de cumplimiento de la pena.

Dicho en otras palabras: coexisten sucesivos sistemas con consecuencias jurídicas diversas según el delito, pero lo común a todos es la incertidumbre de la persona condenada acerca del momento en que eventualmente cumplirá la condena o podrá acceder a salidas. Rasgo que desde 2017 para la mayoría de los delitos se transformó en certidumbre negativa: no hay acceso a salidas, no hay fecha de cumplimiento de pena. Argentina ingresó así al grupo de Estados que incluyen la PPSE (*LWOP*) como posible pena.

En la regulación actual, sólo un reducido grupo de delitos conminados con pena de prisión perpetua permite el acceso a la libertad condicional, instituto que a su vez posibilita, bajo ciertas condiciones, la extinción de la pena. Otros delitos conminados con prisión perpetua tienen abierta la posibilidad de acceder a morigeraciones de la ejecución de la prisión –incorporación a establecimientos menos cerrados, salidas transitorias o semilibertad–; y otros –los previstos en el Estatuto de Roma y juzgados por la Corte Penal Internacional– pueden acceder a un examen de reducción de condena. Sin embargo, para el grupo predominante de delitos conminados con esta pena la perpetuidad equivale al encierro definitivo, *sine die*, que finaliza sólo con la muerte de la persona condenada.

Expuesto cronológicamente, el cuadro queda formado del siguiente modo:

i. [1921-2004] *Desde la sanción del Código Penal vigente hasta la entrada en vigencia de las leyes 25.892 y 25.948*: salvo los reincidentes, toda persona condenada a prisión perpetua podía acceder a libertad condicional una vez cumplidos veinte años de condena, y tras cumplir el período de condicionalidad de cinco años, operaría la extinción de la pena. Además, desde la sanción de la ley 24.660 (1996) podían acceder a las salidas previstas para el período de prueba durante la ejecución de la pena, incluidas las personas reincidentes, una vez cumplidos quince años de prisión.

ii. [2004-2017] *Desde la sanción de las leyes 25.892 y 25.948 hasta la entrada en vigencia de la ley 27.375*: las personas condenadas a prisión perpetua por los delitos previstos en los arts. 80 inc. 7, 124, 142 *bis* anteúltimo párrafo, y 170 anteúltimo párrafo del CP, se incorporaron a los reincidentes en la exclusión de la libertad condicional, y también se les vedó el acceso a las salidas previstas para el período de prueba de la ley 24.660. Además, para acceder a la libertad condicional es necesario cumplir treinta y cinco años de prisión, contar con un informe favorable de peritos y la condicionalidad puede durar hasta diez años.

iii. [2017 a la fecha] *A partir de la sanción de la ley nacional 27.375*: las personas condenadas a prisión perpetua no pueden acceder a la libertad condicional ni a las salidas previstas para el período de prueba de la ley 24.660, salvo quienes fueran condenados a esa pena por delitos previstos en la ley 26.200 o por los delitos de traición, traición agravada y desaparición forzada de personas cuando resultare la muerte o la víctima sea una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 o con discapacidad, o cuando naciera una persona durante la desaparición forzada de su madre (arts. 214, 215 y 142 *ter*, penúltimo párrafo del CP). Sin embargo, quienes fueran condenados por esos delitos y sean reincidentes, tampoco pueden acceder a libertad condicional.

iv. [Mendoza, desde 2012] *A partir de la sanción de la ley 8.465*: desde la entrada en vigencia del Código de ejecución de la pena privativa de la libertad, los condenados a prisión perpetua por los delitos previstos en los arts. 80, 124, 144 *ter* inc. 2 del CP, los reincidentes y quienes no pudieran acceder a la libertad condicional según el Código Penal, no pueden acceder a salidas previstas en el período de prueba.

Es posible afirmar que la diferencia entre el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico en torno a la «*perpetuidad*» que se señaló al comienzo de este trabajo progresivamente ha ido desapareciendo de nuestro sistema penal. En otras palabras, lo *nominal* progresivamente se ha aproximado a lo *fáctico*: con el Código Penal tal como fue

sancionado en 1921, la perpetuidad jurídica significaba en la mayoría de los casos una condena de 25 años de prisión; mientras que actualmente equivale a la perpetuidad ontológica –aquello que coloquialmente entendemos por «perpetuo» – en la mayoría de los casos. Paradójicamente, los excepcionales y poco frecuentes delitos permiten la liberación condicional, salidas del régimen de ejecución o un examen de reducción de pena son los delitos de mayor gravedad desde el punto de vista institucional y de derechos humanos. La regla es que las personas condenadas a prisión perpetua por delitos «comunes» del Código Penal no tienen la posibilidad jurídica ni práctica de conocer la fecha de cumplimiento de pena ni acceder a esas instancias de liberación.

En relación al segundo objetivo –determinar cómo han sido los procesos de legislación en torno a la prisión perpetua– la recapitulación efectuada da cuenta de una oscilación entre el elitismo penal y el populismo punitivo. En los albores constitucionales de nuestra República, una elite de juristas y académicos debatió sobre la pena máxima posible y, tras abandonar la pena de muerte y los trabajos forzados –sanciones que en numerosos países económicamente más desarrollados seguían vigentes–, abrazó como paradigma del castigo más grave a la prisión perpetua, en un modelo penitenciario. El debate giró en torno a las implicaciones de la pena de prisión perpetua, y en la mayor parte de los proyectos de Código Penal elaborados ésta permitía la posibilidad de excarcelación e incluso su cuantificación, al colocarla como máximo de una escala. El Código Penal sancionado en 1921, vigente en su estructura, permitía el acceso a excarcelación tras 20 años de condena, y solamente establecía PPSE para los reincidentes.

La situación varió notablemente con el cambio de milenio. En 2004, el populismo punitivo en su versión más rigurosa hizo aparición en la política criminal nacional y se concretó en numerosas reformas. En relación a la prisión perpetua, significó el agravamiento de las condiciones para ciertos delitos, que fueron privados de la posibilidad de liberación condicional. Sin embargo, el mayor viraje se produjo en 2017, con la sanción de la ley 27.375, que no sólo significó la abierta expansión de la PPSE, sino que además exhibió otro modo de hacer política que atenúa el carácter «populista» y acentúa el «demagógico» del proceso iniciado en 2004.

La deuda de la legislación penal sobre prisión perpetua con la democracia es grande. Tanto la discusión y sanción del Código Penal de 1921 como las reformas de las últimas décadas han estado señadas por metodologías elitistas, populistas o demagógicas. Incluso los proyectos de reformas integrales y sistemáticas al Código Penal presentados en 2014

y 2019, forman parte de la disputa. Esta dinámica legislativa puede generar la idea de que en nuestro país sólo se encuentran legitimados para discutir las normas penales o bien ciertos grupos de académicos, o bien parlamentarios a puertas cerradas. La confianza en la discusión dialógica, colectiva, racional, argumentativa e informada por parte del pueblo no ha logrado imponerse, y el resultado ha sido un conjunto de reformas parciales, que han instaurado la PPSE de manera «subrepticia»: no se la ha establecido abiertamente como la pena más grave de nuestro sistema, sino que se ha llegado a ella a partir de reformas a los distintos regímenes de salidas.

Quizás la sanción de la reciente ley 27.610 que despenalizó el aborto en Argentina sea una esperanza en este sentido, puesto que no sólo fue producto de numerosas manifestaciones populares en las calles, sino también de un agudo debate en medios periodísticos, redes sociales y distintos foros públicos, en el que hubo espacio para un profundo intercambio de ideas y revisión de argumentos, instalados por corrientes feministas interesadas en alcanzar decisiones colectivas que interpelen las asunciones que sustentan el *statu quo*.

### CAPÍTULO III: TENSIONES Y CONTRADICCIONES ENTRE LA PRISIÓN PERPETUA Y EL ESTADO DE DERECHO

#### I. Planteamiento

En el capítulo anterior quedó establecido el modo en que la prisión perpetua forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y cómo la PPSE –prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación– ha hecho aparición, en los años recientes, a partir de reformas parciales al Código Penal y la ley 24.660. Este segundo capítulo se encuentra dedicado a exponer analíticamente las principales objeciones a las que debe hacer frente la prisión perpetua como pena, y a mostrar por qué esta sanción progresivamente se ha erigido en un problema de derechos humanos.

Dar cuenta de manera exhaustiva de todos los problemas que puede suscitar la prisión perpetua –vgr. criminológicos, sociológicos, psicológicos, etc.– excede con mucho los propósitos y alcances de este trabajo. Aquí solo se presentarán tensiones de índole jurídica, y dentro de ellas sólo las que destacan por su peso argumentativo o por haber sido objeto de pronunciamientos judiciales. El objetivo es exponer los problemas que se generan hacia dentro del sistema normativo, lo que permitirá advertir que la prisión perpetua actualmente vigente en nuestro país involucra exclusión política, dificulta la coherencia del sistema legal e impide dar cumplimiento a los acuerdos fundamentales constitucionales y convencionales asumidos por nuestro país.

Las cuestiones serán presentadas en dos grupos. En el primero, se incluirán los problemas asociados con la sistematicidad del ordenamiento jurídico, los principios del derecho penal y los principios constitucionales (II). En el segundo, se analizarán los problemas que plantea la prisión perpetua desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos (III). La elección de esta distinción es meramente metodológica. Como parte de un proceso de internacionalización de los derechos humanos,<sup>259</sup> numerosos derechos, principios y garantías originariamente reconocidos en cuerpos constitucionales luego pasaron a formar parte de declaraciones y convenios internacionales sobre derechos humanos, por lo que se produce cierta superposición entre las categorías de análisis que aquí se proponen. La separación planteada sólo responde al propósito de acentuar el hecho de que algunas cuestiones –como las vinculadas a la proporcionalidad de las penas– no

---

<sup>259</sup> CASTAÑEDA, M., *El derecho internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Ciudad de México, CNDH, 2018.



tienen la misma relevancia desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos que otras –como el problema de la prisión perpetua como pena cruel, inhumana y degradante–.

Un tercer apartado irá dedicado a explicitar la relatividad de las interpretaciones que, según entiendo, imperan en la solución de las cuestiones anteriores (IV), pues esto será retomado en el capítulo siguiente y resulta conveniente dejar algunos puntos señalados ahora. Para finalizar, se concluirá (V).

## **II. Coherencia sistemática, principios del derecho penal y principios constitucionales**

La prisión perpetua ha sido objeto de pronunciamientos en el orden provincial, nacional e internacional, y a partir de ellos es posible advertir que ciertas discusiones recurrentes. En lo que sigue, se analizan aquellas que no involucran –no al menos, directamente– afectaciones de derechos humanos. Se trata de tensiones entre la prisión perpetua y la sistematicidad y logicidad del ordenamiento jurídico, los principios informadores del derecho penal y ciertos principios y garantías constitucionales.

### *a. Coherencia sistemática del ordenamiento jurídico*

Con cierta frecuencia es posible encontrar cuestionamientos a la constitucionalidad de la prisión perpetua asentados en la falta de coherencia entre las distintas disposiciones del ordenamiento jurídico. Esto, unido a otras razones, ha motivado incluso declaraciones de inconstitucionalidad de la prisión perpetua.<sup>260</sup> Uno de los argumentos destaca la incoherencia entre la prisión perpetua y el fin de resocialización de las personas condenadas incluido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).<sup>261</sup> Este argumento será analizado más detenidamente luego, en oportunidad de analizar las posibles afectaciones de derechos humanos implicadas en la PPSE.<sup>262</sup> Por otra parte, también se ha señalado que existe una tensión entre el Código penal y ley 24.660 de ejecución de la pena privativa

---

<sup>260</sup> Vgr. Tribunal en lo Criminal n°1 de Necochea, “Etcheverri, Daniel Ricardo”, 13/5/2013, voto del juez Mario Alberto Juliano; Tribunal Penal Colegiado de Trelew, “Huentecoy, Julio”, 30/10/2012, voto en disidencia de la jueza Ivana María González; Tribunal Oral Federal n° 15 de Capital Federal, “Azcona, Lucas Ariel”, 21/11/2016, voto en disidencia del juez Adrián Norberto Martín; Primer Tribunal Penal Colegiado de Mendoza, “Gutiérrez, Mariano”, 15/08/2019, voto del juez Eduardo Martearena.

<sup>261</sup> Conf. arts. 5.6, CADH y 10.3, PIDCP.

<sup>262</sup> Véase *infra*, apartado III.

de la libertad, puesto que una pena de prisión sin posibilidad de excarcelación impide alcanzar los propósitos que la ley de ejecución asigna a la pena:

---

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto (ley 24.660, art. 1, primera parte).

---

Por último, también se ha destacado que la prisión perpetua no es coherente dentro del sistema de penas que existe en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que delitos «ordinarios» previstos en el Código Penal prevén la pena de PPSE como pena fija; mientras que los delitos contra la humanidad tipificados en el Estatuto de Roma y la ley 26.200 de implementación tienen prisión perpetua como máximo dentro de una escala punitiva y un examen de reducción de pena a los 25 años en el caso del Estatuto, y acceso a salidas del régimen de ejecución de la pena y libertad condicional en el caso de los delitos incorporados mediante la ley 26.200.<sup>263</sup>

#### *b. El principio de culpabilidad*

Del principio de culpabilidad comúnmente se derivan dos consecuencias: que no pueda haber penas sin responsabilidad por el hecho, y que la pena no pueda sobrepasar –y deba ajustarse a– la medida de esa responsabilidad. Vale decir, el principio permite de manera simultánea fundamentar y delimitar la facultad del Estado de imponer penas. A su vez, se pretende que la sanción a imponer posibilite un doble reconocimiento de la capacidad de responsabilidad del autor: por una parte, como miembro del grupo social en nombre del cual se impone la sanción; y por otra, como sujeto protegido por su ordenamiento jurídico.<sup>264</sup> Se ha dicho entonces que el principio de culpabilidad es “el fundamento y medida de la pena”.<sup>265</sup> Debe aclararse, sin embargo, que el fundamento del principio de culpabilidad apoyado en la idea de libertad es objeto de críticas y se encuentra sometido a revisión.<sup>266</sup> No obstante, y en tanto el propósito de esta exposición no radica en

---

<sup>263</sup> Véase *supra*, capítulo II, punto II.a.

<sup>264</sup> YACOBUCCI, G., *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 541-554. Ver, específicamente sobre este punto en relación con la pena de prisión perpetua, SCJMza, “Ibáñez Benavidez p/plenario”, 30/12/2020, voto del juez Omar Palermo.

<sup>265</sup> CÁRDENAS ARAVENA, C. M., “El principio de culpabilidad: estado de la cuestión”, *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, vol. 15, nro. 2, 2008, pp. 67-86.

<sup>266</sup> Véase HASSEMER, W., “¿Alternativas al principio de culpabilidad?”, *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, 1982, vol. 18; SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Presupuestos socio-políticos de la atribución de

profundizar en torno a su fundamento, basta –a los fines que aquí interesan– con asumir las siguientes consecuencias jurídicas del principio de culpabilidad, en general aceptadas:

1) a partir del principio de culpabilidad puede distinguirse entre derecho penal *de autor* y *de hecho*, dado que permite reconocer juicios de responsabilidad dirigidos a la persona por su modo de conducción de vida, de aquellos fundados en la comisión de un hecho determinado;<sup>267</sup>

2) el principio de culpabilidad cimienta la responsabilidad penal con base en el vínculo subjetivo entre el autor y el hecho, por oposición a un modelo de responsabilidad objetiva;<sup>268</sup>

3) el principio de culpabilidad delimita el carácter personal del castigo, que debe corresponder con la culpabilidad manifestada por el autor del caso concreto y recaer sobre él;<sup>269</sup> y

4) el principio de culpabilidad brinda fundamento y contenido al principio de proporcionalidad, en base a la adecuación que debe darse entre pena y culpabilidad.<sup>270</sup>

Ahora bien, a partir de la identificación de estos puntos surgen dos objeciones en relación con la existencia y funcionamiento institucional de las penas a perpetuidad.

#### i. Imposibilidad de adecuación de la pena a la medida de la culpabilidad

En los casos en que se encuentra prevista como pena indivisible y predeterminada de forma fija por el legislador, la pena de prisión perpetua impide –por definición– la cuantificación del monto de la reacción estatal con base en la culpabilidad por el hecho. Es decir, obsta la consideración de las características de cada hecho concreto y el grado

---

responsabilidad penal", en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (dir), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 715-725; también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al derecho penal...*, cit., pp. 465-469; y particularmente respecto de la posibilidad de que el principio de culpabilidad cumpla una doble función de fundamento y límite del *ius puniendi*, ZIFFER, P., "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, pp. 59 y 86-90.

<sup>267</sup> Sin embargo, esta distinción también se vincula a otros principios; véase el voto mayoritario de la CSJN que, en oportunidad de declarar la inconstitucionalidad de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, derivó la categoría de «derecho penal de autor» del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19 de la CN, así como del principio republicano de gobierno ("Gramajo", Fallos: 329:3680, voto mayoritario de los Dres. Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 18).

<sup>268</sup> ZIFFER, P., "Lineamientos...", cit., p. 60.

<sup>269</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, pp. 132-135.

<sup>270</sup> ZIFFER, P., "Lineamientos...", cit., p. 60.

de culpabilidad puesto de manifiesto por el autor,<sup>271</sup> y en su lugar ordena imponer una pena genérica. A ello puede objetarse que esta pena iguala o equipara supuestos de hecho ontológica y comunicativamente diferentes.

Esta objeción puede realizarse en general respecto de toda pena indivisible y por ello puede reconducirse hacia la previsión contenida en el art. 40 de nuestro Código Penal, que descarta la utilización de pautas de mensura de la pena en aquellos casos de penas divisibles en razón al tiempo o cantidad.

Este cuestionamiento ha sido abordado por la CSJN, que ha sostenido que no es necesaria cuantificación alguna sino que es suficiente la subsunción de la conducta en el tipo, ya que en estos casos es el legislador quien ha declarado *de iure* que todo posible descargo resulta irrelevante.<sup>272</sup> Sin embargo, en el mismo caso la CSJN ha vinculado el principio de culpabilidad con el hecho de que pueda penarse sólo a quien puede reprocharse la conducta y que la graduación de la pena permite graduar el reproche a la conducta al autor,<sup>273</sup> lo que permite reconocer –al menos, de forma preliminar– dificultades en torno a la prisión perpetua como pena indivisible.<sup>274</sup>

Ahora, si bien la CSJN se ha expedido en relación a la admisibilidad de las penas fijas, debe tenerse presente que la arbitrariedad de este tipo de penas ha sido declarada por la Corte IDH en numerosos precedentes –en su mayoría posteriores al caso “Maldonado”– aunque no lo ha hecho estrictamente en relación a la pena de prisión perpetua, sino refiriéndose a la pena de muerte. Así, en oportunidad de expedirse sobre peticiones en torno al derecho a la vida, ha afirmado que imponer la pena de muerte como pena fija, sin

---

<sup>271</sup> KATTÁN, R. S., "Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson Reuters-La Ley, 1/12/2014, ps. 180 y ss.

<sup>272</sup> En "Maldonado" la Corte sostuvo que "[...] por regla general, cuando se trata de homicidio agravados cometidos por mayores, la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua", a lo que agregó que "[...] las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, se caracterizan, justamente, por no admitir agravantes o atenuantes de ninguna naturaleza. Esto significa, que el legislador declara, de iure, que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna. En los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible" (CSJN, Fallos: 328:4343, consid. 13 y 14 del voto mayoritario).

<sup>273</sup> CSJN, "Maldonado", cit., consid. 36 del voto mayoritario.

<sup>274</sup> Una singular respuesta a este problema fue brindada por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (CNCyCCF), que sostuvo que alegar que la prisión perpetua transgrede el principio de culpabilidad, en tanto impide la determinación de la pena al caso concreto, importa una confusión entre el principio de culpabilidad por el acto y la culpabilidad en la medición de la pena. A ello agregó —en retorno a los requisitos formales del recurso— que el agravio había sido planteado sin mención de las normas constitucionales que se consideraban vulneradas (CNCyC, sala 1, "Arancibia, Carlos Ignacio", 28/03/2018).

consideración a las circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad en la individualización de la pena, es arbitrario:

---

[...] la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención.<sup>275</sup>

---

En aquella oportunidad también señaló que

---

[l]a Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, “se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte”.<sup>276</sup>

---

La Corte IDH ha sido clara respecto de que aquello que torna «arbitraria» una pena puede ser la falta de consideración de las circunstancias que hacen a la determinación de la culpabilidad de la persona acusada:

---

[u]na pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito. La Ley de Delitos contra la Persona de Barbados prevé la pena de muerte como la única forma posible de castigo para el delito de homicidio y no permite la aplicación de una pena menor teniendo en cuenta las características específicas del delito [...] y la participación y culpabilidad del acusado.<sup>277</sup>

---

Respecto de las penas únicas como vulneraciones de principios convencionales, la Corte IDH también ha afirmado que

---

[...] la regulación en el Código Penal guatemalteco del delito de plagio o secuestro ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica a los autores de tal ilícito. Al respecto, estima pertinente recordar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas consideró que la obligatoriedad de la pena capital con la que se priva al sujeto de su derecho a la vida, impide considerar si, en las circunstancias particulares del caso, esta forma excepcional de castigo es

---

<sup>275</sup> Corte IDH, “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y ots. vs. Trinidad y Tobago”, 21/06/2002, párr. 103

<sup>276</sup> Corte IDH, “Caso Hilaire, Constantine”, cit., párr. 105; en el mismo sentido Corte IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, 15/09/2005, párr. 80; “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, 20/11/07, párr. 58; y “Caso DaCosta Cadogan vs. Barbados”, 24/09/09, párr. 54

<sup>277</sup> Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, 20/11/07, párr. 57

El principio de culpabilidad por el hecho en materia penal es de fundamental importancia para vehiculizar las garantías frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, pues permite evitar abusos y arbitrariedades en la distribución de castigos, ajustándolos a la medida del merecimiento. Los criterios de la Corte IDH señalados, si bien han sido expresados en oportunidad de revisar la convencionalidad de la pena de muerte, resultan enteramente aplicables al estudio que nos ocupa y confirman el argumento según el cual es arbitrario el establecimiento en abstracto de penas fijas que impidan de modo absoluto toda consideración de extremos que permiten ajustar la pena a la culpabilidad –así, las circunstancias en que se comete, las características del autor, el grado de injusto cometido, la vulneración del derecho comunicada, la actitud posterior al hecho, por enumerar solo algunas–.

## ii. ¿Derecho penal de autor?

En línea con lo sostenido, adquiere relevancia el argumento según el cual la forma en la que está prevista la prisión perpetua en nuestra ley crea una *categoría de autores* para quienes la única respuesta posible no es otra que la inocuidad o la gestión del peligro.<sup>279</sup> Tal como afirma PALERMO,<sup>280</sup> es posible afirmar que en la legislación penal argentina prevalece una concepción de Derecho penal por el hecho o acto, aunque pueden identificarse *vestigios* de un Derecho penal de autor en numerosas disposiciones. Algunos ejemplos son el hecho de que la reincidencia deba ser considerada al momento de individualizar la pena,<sup>281</sup> la previsión de reclusión por tiempo indeterminado para los casos de multirreincidencia,<sup>282</sup> o la agravación del delito de portación ilegal de armas

---

<sup>278</sup> Corte IDH, “Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala”, 10/10/2019, párr. 87

<sup>279</sup> El argumento es similar a la posición de ZAFFARONI, como juez de la CSJN, en relación a la reincidencia. En el caso “Álvarez Ordóñez” (Fallos: 336:19) sostuvo que “[c]ualquier agravamiento de pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del art. 50 del Código Penal, como así también la imposibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 14, deben ser consideradas inconstitucionales, pues demuestran un trato diferencial de personas, que no se vincula con el injusto que se pena, ni con el grado de culpabilidad por el mismo, y en consecuencia toman en consideración características propias de las personas que exceden el hecho y se enmarca dentro del derecho penal de autor”. En igual sentido, “Gómez, Humberto Rodolfo” (5/2/2013) y “Cabail Abad, Juan Miguel” (6/3/2014), entre otros. Véase también al respecto SOZZO, M., “Populismo punitivo...”, cit., pp. 33-65.

<sup>280</sup> PALERMO, O., “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES, F. (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo – Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 147-179.

<sup>281</sup> Conf. arts. 41 y 50 del CP.

<sup>282</sup> Conf. art. 52 del CP.

cuando el autor registrase antecedentes.<sup>283</sup> Ahora bien, el modo y los casos para los cuales está regulada la prisión perpetua en nuestro Derecho parece revelar un tratamiento dirigido más a ciertos autores, que a contestar ciertos hechos.

Como pudo observarse en el capítulo I, nuestro ordenamiento jurídico prevé la pena de prisión perpetua como pena única para el delito de traición agravada y para la mayoría de los crímenes que implican la muerte de la víctima.<sup>284</sup> Esto significa que, como regla, la prisión perpetua como pena indivisible es la sanción para los hechos que afectan gravemente la vida de las personas.

Ahora bien, el tipo de respuesta asignada permite entrever que, además de tratarse de una pena agravada para delitos que reflejan mayor culpabilidad, la pena asignada parece estar dirigida a neutralizar el potencial riesgo de determinados delincuentes considerados especialmente peligrosos, que han demostrado su capacidad para atacar bienes jurídicos indispensables. Esto se patentiza por el hecho de que la pena es fija (*mandatory*) y no admite cuantificaciones: la única respuesta que se asigna a esos delitos es la exclusión de la comunidad. Esta concepción es próxima al derecho penal «del enemigo»,<sup>285</sup> según el cual quienes no prestan una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal no pueden esperar ni deben ser tratados como persona por el Estado, bajo pena de vulnerar la seguridad de las demás personas.<sup>286</sup>

Se encuentra fuera de discusión que los delitos que prevén la pena de prisión perpetua se caracterizan por una gravedad extrema y por comprometer bienes jurídicos fundamentales. Sin embargo, aún si no se objetara la afirmación de que el bien jurídico lesionado debe determinar completamente la escala punitiva,<sup>287</sup> encontrar un fundamento

---

<sup>283</sup> Conf. art. 189 *bis*, inc. 2° del CP.

<sup>284</sup> Véase *supra*, capítulo I, punto II.a.

<sup>285</sup> JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 23-56.

<sup>286</sup> Un comentario sobre el impacto de la esta tesis en la obra de JAKOBS puede verse en PALERMO, O., “Aspectos de la justificación penal en una dogmática normativista”, en MONTEALEGRE LYNETT, E., CARO JOHN, J. A. (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008, pp. 457-478.

<sup>287</sup> Punto que no se encuentra libre de objeciones, véase DAGAN, N.; ROBERTS, J. V., “Retributivism, Penal Censure, and Life Imprisonment Without Parole”, *Criminal Justice Ethics*, 2019; también VACANI, P., “El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41834-desarrollo-temporal-pena-y-su-redefinicion-cuantitativa-etapa-ejecucion> [consulta: 27 de enero de 2021]; VACANI, P. (coord.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Buenos Aires, Ediar, 2012.

racional a la previsión de la prisión perpetua como pena única –indivisible, absoluta– y sin posibilidad de excarcelación para este grupo de casos no es una tarea sencilla.

Una posible respuesta consiste en afirmar que en estos delitos es el legislador quien efectuó de forma previa la determinación de la pena y consideró las circunstancias descriptas en los tipos, así como la importancia de los bienes jurídicos protegidos, por lo que el autor es merecedor de *esa* pena y no otra.<sup>288</sup> Es decir, que la individualización de la pena tuvo lugar en sede legislativa. Sin embargo, esta respuesta no niega la objeción, es decir, la posibilidad de que el legislador haya establecido una categoría de criminales respecto de los cuales ha decidido no adoptar otra solución que la exclusión de la comunidad. En todo caso, se trataría de un *by pass* del foco de la cuestión, que se trasladaría el problema de la capacidad de la jurisdicción para cuantificar penas al del legislador para establecer «categorías de personas». *By pass* que no respondería –en todo caso– a la pregunta sobre si existen razones atendibles para sustraer de una determinación racional y *ad hoc* de la pena solamente a los autores de determinados delitos.

Esta forma de legislar presenta similitudes con la categoría del *tipo normativo de autor*, analizada por ROXIN como una de las manifestaciones de derecho penal de autor de la legislación de guerra alemana.<sup>289</sup> Salvando la distancia con aquellas leyes –nacionalsocialistas– que sujetaban abierta y expresamente la subsunción en los tipos penales a construcciones normativas de autores –tales como «sujeto nocivo para el pueblo», «delincuente habitual», etc.–; lo cierto es que los casos para los cuales nuestro Código Penal prevé la pena de prisión perpetua, así como el hecho de que en la mayoría de los casos lo esté como pena única,<sup>290</sup> crean una imagen o modelo de autor típico para los cuales el tratamiento legislativo es diferente.

Aunque lo ha hecho respecto de problemas jurídicos distintos al que aquí se analiza, la CSJN ha tomado en consideración este tipo de argumento. En efecto, en relación a las

---

<sup>288</sup> Así lo ha considerado la CSJN, que ha contestado la objeción en cuestión con remisión a la separación de funciones de legislar y juzgar, aunque reconoció la injusticia implicada en la norma: “[e]l principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto [...]. Pero idéntico principio se aplica también a la jurisdicción de esta Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común [...]” (CSJN, “Estévez”, Fallos: 333:866, consid. 10 del voto mayoritario).

<sup>289</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit., pp. 181-184.

<sup>290</sup> Para mayor detalle véase *supra*, capítulo I, punto II.a.



diferencias de trato en punto al cómputo de la prisión preventiva según el tipo de delito cometido, ha considerado que

---

[...] la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos, importa alterar arbitrariamente los ámbitos propios de las distintas esferas constitucionales para el ejercicio de prerrogativas legisferantes y desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en verdadera pena anticipada [...].<sup>291</sup>

---

Y, respecto de la subcategorización de personas según el tipo de delito cometido, la CSJN ha señalado que

---

[...] la decisión del legislador ordinario de privar a determinada categoría de personas de los beneficios previstos en la ley 24.390 no sólo implica la afectación del derecho que ellas tienen a que se presuma su inocencia, sino que además importa la afectación de la garantía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos también les confiere en su art. 7.5 [...].<sup>292</sup>

---

Sobre este punto se volverá luego, en oportunidad de analizar la posible afectación del principio de igualdad implicada en la pena de prisión perpetua.

En suma, según la crítica aquí presentada la prisión perpetua caracteriza una determinada *clase de autor* respecto de la cual no se espera más que su inocuización, idea que también se ve confirmada por algunas particulares omisiones del legislador: tanto al ampliar los supuestos de delitos para los cuales no es posible acceder a la libertad condicional,<sup>293</sup> como en la nómina de los crímenes que tienen vedado el acceso al período de prueba en la etapa de ejecución,<sup>294</sup> se incluyó a la mayoría de los delitos penados con prisión perpetua, transformando esa pena –progresivamente– en PPSE. Sin embargo, en este proceso se omitieron algunos delitos también conminados con pena de prisión perpetua: la desaparición forzada de personas agravada,<sup>295</sup> el delito de traición y traición agravada<sup>296</sup> y los delitos tipificados por el Estatuto de Roma y la ley 26.200. Más adelante se analizará este trato desigual entre delitos «ordinarios» y delitos materialmente igual o más graves pero con relevancia institucional y que –en muchas ocasiones– son cometidos por quienes detentan posiciones de poder.

---

<sup>291</sup> CSJN, “Nápoli”, Fallos 321:3630.

<sup>292</sup> CSJN, “Véliz”, 16/6/2010.

<sup>293</sup> Conf. art. 14, CP.

<sup>294</sup> Conf. art. 56 *bis*, ley 24.660.

<sup>295</sup> Conf. art. 142 *ter*, CP.

<sup>296</sup> Conf. arts. 214 y 215, CP.

### c. El principio de proporcionalidad

Tal como se señaló antes, se encuentra fuera de discusión que la pena de prisión perpetua está prevista para los delitos más graves y que su imposición se habilita principalmente frente a casos que implican la muerte de la víctima. En este sentido, son elocuentes las consideraciones con las que el juez PALERMO –en su análisis sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua– grafica la relación entre la gravedad de la pena y los hechos que con ella se objetan

---

[...] la dureza de la prisión perpetua se puede explicar perfectamente en términos retributivos, porque mediante ella se refutan hechos de extrema gravedad que ponen en tela de juicio normas que constituyen el núcleo duro de la identidad social de las y los argentinos. Es decir, la pena de prisión perpetua está prevista para sancionar hechos que cuestionan la vigencia de normas *constitutivas* del orden social sin las cuales ninguna sociedad podría subsistir. Por ello, el peso social de la respuesta del Estado frente a estos casos se encuentra en consonancia con la medida valorativa de la negación de normas centrales para la vida en sociedad. [...] solo por mencionar algunos ejemplos, la pena de prisión perpetua cumple en la actualidad la función de refutar los hechos más violentos y repudiables de nuestra historia institucional, como son los delitos de *lesa humanidad* cometidos por el *terrorismo de Estado*, durante la más larga y oscura noche de nuestra última dictadura cívico-militar. En este proceso histórico de *memora, verdad y justicia*, la imposición de la pena de prisión perpetua a los responsables de este genocidio significa que la sociedad argentina ha confirmado, ante sí y ante la comunidad internacional, que se mantiene firme en sus convicciones democráticas, contradiciendo los hechos que negaron la vigencia misma de nuestro Estado de Derecho.<sup>297</sup>

---

Ahora bien, como se ha destacado antes, es posible advertir una incoherente desproporción en la imposición de una misma cantidad de pena a delitos fácticamente diversos. Vinculado con lo señalado en relación al principio de culpabilidad, cada autor y cada hecho con sus particulares características –intervención de partícipes, calidad del autor, medios empleados, etc. –, comunican una contradicción diferente del ordenamiento jurídico y afectan bienes jurídicos en desigual magnitud, lo que conduce a que deban ser pasibles de sanciones según las necesidades de reacción del caso concreto. No se trata de que cada bien jurídico concreto –por ejemplo, cada una de las vidas– afectado por los delitos que prevén la pena de prisión perpetua tenga un «valor en pena» diferente,<sup>298</sup> sino de destacar que no es la protección del bien jurídico *en sí misma* lo que interesa al Derecho penal –pues todos los días mueren personas por causas de las que el derecho penal no se

---

<sup>297</sup> Conf. SCJMza, “Ibáñez Benavídez...”, cit., voto del juez Omar Palermo.

<sup>298</sup> Lo que presupondría que el Derecho penal protege bienes jurídicos (y no algo más), y que la pena debe medirse en relación con la culpabilidad del autor, en cuya determinación el bien jurídico afectado adquiere relevancia; afirmaciones respecto de las cuales no existe absoluto consenso en la doctrina.

ocupa, por ejemplo a causa de enfermedades, muertes justificadas o exculpadas, etc.—.<sup>299</sup> Lo que interesa al Derecho penal es el aspecto político de las muertes, es decir, *el modo* en que el bien jurídico «vida» es afectado, por cuanto refleja una determinada forma de relacionamiento entre personas. Esto explica, por ejemplo, por qué las muertes como consecuencia de homicidios en riña, las cometidas por imprudencia, negligencia o impericia, así como las previstas por el art. 79 del Código Penal no sean sancionadas con pena de prisión perpetua.

Una contradicción paradigmática surge de la comparación entre los delitos que prevén penas de prisión perpetua en el Código Penal con los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma —destinado, como vimos, a sancionar atrocidades que “desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” y que “constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad” —,<sup>300</sup> así como con los tipificados en la ley 26.200 que incorporó tales delitos a nuestro derecho interno.<sup>301</sup> Ahora bien, si se toma en consideración que el universo de crímenes del Estatuto y la ley 26.200 está constituido por el genocidio, la agresión y crímenes de guerra y lesa humanidad, salta a la vista una notoria desproporción con relación a los marcos penales del Código Penal para delitos «ordinarios».

Tal como fue analizado en el capítulo II, el tratamiento previsto por la ley 26.200 y el Estatuto de Roma es menos severo que el establecido para los delitos tipificados en el Código Penal. Por una parte, los delitos previstos en la ley 26.200, si bien conminados con prisión perpetua como pena única cuando ocurran muertes, no impiden el acceso a libertad condicional ni a salidas del régimen de ejecución de la pena. Por otra parte, el Estatuto no prevé la prisión perpetua de manera fija e indivisible, sino de manera subsidiaria. La escala no tiene mínimo y fija el máximo en 30 años, y reserva la reclusión

---

<sup>299</sup> No se desconoce el carácter mayoritario de la posición que fundamenta la intervención del Derecho penal en la protección subsidiaria de bienes jurídicos —así, ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit.—; sin embargo, tampoco deben omitirse las posiciones críticas al respecto, vgr. JAKOBS, G., "¿Qué protege el Derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, nro. 11, 2001, pp. 23-42.

<sup>300</sup> Conf. Preámbulo, ER.

<sup>301</sup> En este sentido, véase ZAFFARONI, E. R., "El máximo de la pena...", cit.; CUROTTO, quien con fuerte sentido gráfico sostiene que "[...] un homicidio agravado por el art. 80 del Cód. Penal es penado más gravemente que un crimen de guerra o de lesa humanidad de gran escala (v.gr. esterilizaciones masivas, torturas, experimentos biológicos en humanos, confinamientos masivos, causar lesiones mentales o físicas graves, esclavitud, apartheid, etc. mientras no causen muertes)", CUROTTO, P. P., "Las penas de prisión perpetua y consecuencias jurídicas equiparables vs. normas constitucionales", *Revista Asociación Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34137-penas-prision-perpetuas-y-consecuencias-juridicas-equiparables-vs-normas> [consulta: 28 de enero de 2021]; KATTÁN, R. S., "Inconstitucionalidad de la pena...", cit.

perpetua para excepcionales casos, de extrema gravedad y en los que se justifique en base a las circunstancias personales del condenado.<sup>302</sup> Aun así, esa pena de prisión perpetua no es PPSE y, cuando es impuesta por la Corte Penal Internacional, permite un examen de reducción de condena tras cumplir 25 años.

En cuanto a la diferencia de penalidades entre la ley 26.200 y el Estatuto de Roma, debe tenerse presente que el art. 12 de la ley 26.200 dispuso que en ningún caso la pena a imponer por la comisión de delitos previstos en el Estatuto de Roma puede ser menor que la que correspondiera si el autor fuera condenado según las normas del Código Penal. Sin embargo, tal previsión normativa se limita a la pena en abstracto a nivel escalar y no incluye previsiones respecto de la libertad condicional y las salidas del régimen de ejecución de la pena, institutos que resultan determinantes a la hora de establecer qué implica, fácticamente, una pena de prisión perpetua. En este sentido, es posible objetar como particularmente desproporcionado que quienes fueron condenados a prisión perpetua con anterioridad a la ley 27.735 deban esperar 35 años para acceder a la posibilidad de solicitar la libertad condicional,<sup>303</sup> mientras que la pena máxima escalar del Estatuto es de 30 años y, en los casos en que se habilita la imposición de prisión perpetua, sea posible acceder a un examen de reducción a los 25 años. Más desproporcionado aún es que la mayoría de las penas de prisión perpetua por delitos «ordinarios» con posterioridad a la sanción de la ley 27.735 sean PPSE.

En estrecho vínculo con lo señalado, la CSJN ha expresado que la desproporción de la pena respecto del contenido de injusto del hecho la torna cruel, aunque no ha hecho aplicación de este temperamento en relación con la pena de prisión perpetua. Además, ha deslindado responsabilidad en el legislador en tanto ha previsto esta pena con base en motivos de política criminal que se encuentran dentro de sus facultades; a lo que ha agregado que la prisión perpetua guarda relación con la gravedad de los hechos para los cuales se encuentra prevista.<sup>304</sup> Relación, cabe destacar, estrictamente retributiva.

---

<sup>302</sup> Conf. art. 77, ER: "Penas aplicables: 1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el art. 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el art. 5º del presente Estatuto una de las penas siguientes: a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. 2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer: a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba; b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe".

<sup>303</sup> Salvo los casos enumerados en el art. 14 del CP vigente entonces, véase *supra*, capítulo I.

<sup>304</sup> CSJN, "Gramajo", Fallos: 329:3680, consid. 19 del voto mayoritario, donde además puede leerse "[...] Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la

Jurisprudencialmente se ha negado la existencia de desproporción alguna entre los delitos que prevén prisión perpetua según el Código Penal y el Estatuto de Roma, en tanto ambos cuerpos normativos prevén la pena de prisión perpetua;<sup>305</sup> sin embargo, según el relevamiento realizado no se advierte que en los casos en que se ha afirmado la constitucionalidad de la prisión perpetua se haya ingresado en el análisis del carácter indivisible de la pena, ni en las consecuencias accesorias a su imposición.

*d. El principio de igualdad como problema de racionalidad legislativa*

Quizás el mayor embate al que debe hacer frente la pena de prisión perpetua es la acusación de que contradice el principio de igualdad jurídica –«todas las personas somos iguales ante la ley»–.<sup>306</sup> Este principio constituye una de las bases fundamentales de nuestro sistema político republicano y democrático. La conexión entre la igualdad y la justicia se refleja en la llamada «regla de la justicia» (o «principio de igualdad»), entendida como la norma según la cual se debe tratar a los iguales de un modo igual y a los desiguales de un modo desigual. El instrumento más idóneo para hacer respetar la regla de la justicia es la promulgación de normas generales y abstractas que establezcan cómo debe tratarse una categoría de sujetos o casos.<sup>307</sup>

Para tener una idea aproximada de los contornos que el principio de igualdad ante la ley tiene en nuestra cultura jurídica, es conveniente poner atención al modo en que se han expedido al respecto la Corte IDH y CSJN.

Nuestro máximo tribunal nacional ha considerado que “[...] la garantía constitucional de la igualdad se opone a toda situación que trate a un grupo determinado con hostilidad y que lo excluya del goce de derechos que se reconocen a otros en situaciones similares”.<sup>308</sup> La CSJN ha reconocido a los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación como ejes fundamentales del orden jurídico constitucional argentino e internacional.<sup>309</sup> La igualdad, como categoría jurídica, parte de concebir que no hay

---

magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque las previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales”.

<sup>305</sup> Véase TOC n°15 Cap. Fed., "Azcona, Lucas A.", cit., voto del juez Hugo Fabián Decaria.

<sup>306</sup> Conf. art. 16, CN; art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); art. 2, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); arts. 1 y 24, CADH; art. 3, PIDCP.

<sup>307</sup> MENDONÇA, D., “Igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, n°1, 2000, pp. 317-328.

<sup>308</sup> CSJN, “D. de P.V.A.”, Fallos 322:2701.

<sup>309</sup> CSJN, “F.A.L.”, Fallos 335:197.

jerarquías entre las personas y que todas ellas tienen una única e idéntica naturaleza y una dignidad esencial.<sup>310</sup>

En sentido similar, Corte IDH ha interpretado que

---

[I]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.<sup>311</sup>

---

A su vez, uno de los parámetros para identificar cuándo se puede ver afectado el principio de igualdad utilizado con mayor frecuencia por nuestra CSJN, señala que

---

[I]a garantía de igualdad no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable.<sup>312</sup>

---

En definitiva, según los criterios jurisprudenciales actuales no contraría el principio de igualdad el hecho de brindar un diferente trato jurídico a quienes se encuentran en situaciones de hecho jurídicamente diferentes. Lo relevante será, entonces, detenernos en el tipo de categorías que –a la luz del principio de igualdad–, pueden ser razonablemente admitidas.

---

[I]a garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable paridad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas.<sup>313</sup>

---

Con elocuencia, la CSJN ha sostenido

---

<sup>310</sup> FREEDMAN, D., “Artículo 24. Igualdad ante la ley”, en ALONSO REGUEIRA, E. M.; *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley – Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 415.

<sup>311</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, OC 4/84; en similar sentido, Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, OC 17/02; y Opinión Consultiva “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC 18/03, citados en FREEDMAN, D., “Artículo 24. Igualdad...”, cit.

<sup>312</sup> CSJN, “Hoyos, Darío Ramón”, 24/9/2015; “Yalmor S.R.L.”, Fallos 329:5567; “Ortiz Almonacid”, Fallos 322:385; “Kunkel, Carlos Miguel”, Fallos 320:305; “Linares, Clara”, Fallos 315:839; “Spezzano de Martín”, Fallos 310:849, entre otros.

<sup>313</sup> CSJN, “Silva Leal”, 3/12/2020, voto de los jueces Maqueda y Rosatti.

---

[n]o todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva de la dignidad humana. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse en desigualdades justificadas de tratamiento jurídico, que expresen una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de la norma»<sup>314</sup>

---

De manera tal que la regla de justicia excluye toda discriminación arbitraria, y por «discriminación arbitraria» debe entenderse una discriminación introducida (o no eliminada) sin justificación, es decir, en base a diferencias irrelevantes o discriminatorias. La relevancia o irrelevancia se establece mediante una decisión valorativa y está, por lo tanto, históricamente condicionada.<sup>315</sup> Ahora bien, ¿por qué una pena como la prisión perpetua constituye una violación a este principio?

Al menos tres puntos críticos dan fundamento a este cuestionamiento. El primero de ellos se vincula con el carácter fijo de la prisión perpetua, que está prevista de este modo para todos los delitos que la prevén como pena, a excepción del delito de traición. Este carácter absoluto implicaría un trato desigual no justificado, pues la individualización de la pena según la medida de la culpabilidad manifestada en el caso concreto es un trato que se permite a la mayoría de los autores de otros delitos (i). El segundo problema se asocia a las diferencias en la restricción de derechos implicada en la prisión perpetua, pues es PPSE respecto de unos delitos y prisión perpetua con posibilidad de liberación respecto de otros –paradójicamente, los institucionalmente más graves–(ii). Y el tercero tiene que ver, dentro del universo de casos en que procede la prisión perpetua con posibilidad de salidas, con la diferencia en el tiempo de cumplimiento de pena exigido para acceder a ellas (iii).

Si, a los fines que aquí interesa indagar, se toman como referencia aquellas personas han cometido crímenes gravísimos, existe una diferencia de trato jurídico no razonable al permitir arbitrariamente a unos y no a otros el acceso a una determinación judicial de la pena ajustada a la medida de la culpabilidad por el hecho, a la posibilidad de liberación o, cuándo ésta procede, a que lo sea en un término comparativamente razonable, considerando el plazo de los delitos más graves.

Conviene analizar estos tres casos separadamente. El punto de partida será, entonces, que el principio de igualdad ante la ley requiere brindar el mismo trato a quienes se encuentran en la misma situación jurídica.

---

<sup>314</sup> CSJN, «D. de P.V.A», Fallos 322:2701.

<sup>315</sup> MENDONÇA, D., “Igualdad en la aplicación...”, cit., p. 318.

i. El carácter fijo de la pena de prisión perpetua

Sobre el carácter fijo de la prisión perpetua debe señalarse que –como quedó establecido al analizar el principio de culpabilidad– la legitimación del legislador para asignar penas diferentes a cada delito y diseñar la política criminal del Estado está fuera de discusión. Por ello, no cualquier desigualdad de trato será ofensiva del principio de igualdad.

Sin embargo, si fuera posible distinguir un grupo como punto de referencia para una distinción de trato en relación a las penas, éste estaría conformado por aquellas personas «que cometen delitos», quienes no merecen diferente trato jurídico entre sí –al menos, quien aseverase lo opuesto tendría la carga argumentativa–. Lo contrario implicaría sostener que, dentro del grupo de personas que son merecedoras de pena en base a su conducta, no todas las personas son iguales ante la ley y que quienes cometen cierto tipo de delitos graves –los que prevén la prisión perpetua– «no son iguales» que los demás. Y que por ello no deben ser alcanzadas por normas que ajusten la pena a la culpabilidad manifestada. Esta posibilidad aparece dudosamente admisible en nuestro sistema jurídico, pues es próxima a un derecho penal del enemigo en el cual la ciudadanía puede, en ciertas circunstancias, perderse o menoscabarse.

La subdistinción entre personas que cometen delitos y personas que cometen delitos «especialmente graves» y que, por ello, no merecerían acceder al ajuste de la pena a la medida de la culpabilidad, es para nada explícita. Por el contrario, se trata de una derivación implícita en las escalas penales establecidas por el ordenamiento jurídico. Tal como pudo verse en el capítulo II, la prisión perpetua se encuentra prevista como «pena única» para la mayoría de los delitos que la prevén como pena.<sup>316</sup> Frente a estos casos, si se constata el delito en cuestión, el juez no tiene otra opción que imponer la prisión perpetua como única pena posible.<sup>317</sup> Esta diferencia de trato entre unos delitos, a los que se concede la posibilidad de acceder a un mérito de las circunstancias que rodean al hecho, y otros a los que no, no parece razonable o fundada en criterios admisibles desde el punto de vista de la dignidad humana, por lo que es posible tacharla como contradictoria con el principio de igualdad analizado.

---

<sup>316</sup> Esto es, para todos excepto el delito de traición y los delitos previstos por el Estatuto de Roma.

<sup>317</sup> Así lo dispone el art. 40 del CP, por cuanto solamente permite a los tribunales fijar la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y según las reglas del propio código, en los casos de penas «divisibles por razón de tiempo o de cantidad».



## ii. La diversidad de implicaciones de la pena de prisión

Si se evalúan las diferentes implicaciones de la pena de prisión perpetua según el tipo de delito cometido, el principio de igualdad también entra en crisis.

Por una parte, resulta irrazonable la diferencia de trato entre aquellas personas que cometen los delitos más graves de nuestro sistema jurídico. En el capítulo II pudo advertirse que actualmente la mayoría de los delitos de nuestro derecho interno prevén la pena de PPSE –esto es, tienen impedido el derecho a acceder a libertad condicional o salidas del régimen de ejecución de la pena–, salvo los delitos de traición, traición agravada y desaparición forzada de personas, precisamente los delitos que atañen a la configuración política del Estado. De esta manera se brinda un distinto y más severo trato a quienes cometen delitos que –dentro del grupo de los delitos más graves posibles– son «menos» graves.

La mentada desigualdad se acentúa frente a las previsiones legales del Estatuto de Roma suscripto por nuestro país, puesto que la PPSE que rige en nuestro derecho implica un trato desigual en relación al acceso a escalas de pena y examen de reducción de la pena, lo que luce particularmente irrazonable considerando la máxima gravedad de los delitos del Estatuto.

En principio, las diferencias de trato durante la etapa de ejecución son razonables y no constituyen en sí mismas una vulneración al mandato de igualdad. En efecto, no parecen arbitrarios tratos distintos basados en los objetivos que se pretenden alcanzar con la pena, la culpabilidad manifestada por cada autor de delito, etc. Dado que tales diferencias de trato corresponden a un ámbito de política criminal competencia del Poder Legislativo, pueden ser consideradas razonables e inocuas frente al principio de legalidad en la medida en que se encuentren dirigidas a lograr el cumplimiento de los objetivos asignados a la pena y no coloquen a la persona condenada en una situación *jurídica* desventajosa frente a otras personas condenadas por hechos de la misma gravedad. No parece irrazonable brindar un tratamiento diferenciado a las personas condenadas que durante la ejecución de la pena demuestran avances, de hecho, parece apropiado a la progresividad. Sin embargo, el contraste entre las posibilidades de acceso a la liberación y el tipo de delito conminado con prisión perpetua revela cierta arbitrariedad o irracionalidad, pues, por ejemplo ¿por qué quien comete un homicidio para ocultar otro delito debe cumplir una condena más exigente que quien comete el delito de desaparición forzada de personas?

### iii. El plazo para acceder a la posibilidad de liberación

Por último, tampoco luce razonable la diferencia en el plazo de prisión debe cumplirse para acceder a la posibilidad de liberación en los casos en que ésta procede, situación que también afecta el principio de igualdad.

Así, en un tercer orden debe señalarse que, aun en los casos en los que actualmente la prisión perpetua no es PPSE, no parece razonable que se exija mayor tiempo de cumplimiento de pena para acceder a la libertad condicional –para los casos de condena a prisión perpetua en que procede este instituto– que para acceder a la revisión de reducción de pena en supuestos de crímenes contra la humanidad. Sin embargo, esta consideración debe matizarse: las personas condenadas a prisión perpetua que actualmente pueden acceder a la libertad condicional también pueden acceder a salidas del régimen de ejecución de la pena tras 16 años de prisión –esto es, 15 requeridos para acceder al período de prueba, y un año más para acceder a las salidas–.<sup>318</sup> De manera tal que esta tercera diferencia de trato no reviste la misma entidad que las anteriores.

Los tres puntos de conflicto entre la regulación de la prisión perpetua y el principio de igualdad pueden derivarse de la interpretación que han realizado la CSJN y la Corte IDH, reseñada al comienzo de este apartado. Resulta particularmente aplicable a estos supuestos lo sostenido por la CSJN en “Véliz” en relación a la diferencia de trato en la regulación de la prisión preventiva

---

[el art. 10 de la ley 24.30] ...termina por cristalizar un criterio de distinción arbitrario en la medida en que no obedece a los fines propios de la competencia del Congreso, pues en lugar de utilizar las facultades que la Constitución Nacional le ha conferido para la protección de ciertos bienes jurídicos mediante el aumento de la escala penal en los casos en que lo estime pertinente, niega el plazo razonable de encierro contra lo dispuesto por nuestra Ley Fundamental [...]; [...] en consecuencia, la aludida norma viola asimismo el derecho a la igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional) [...] puesto que la priva de una garantía constitucional prevista para toda persona detenida o retenida [...].<sup>319</sup>

---

Las garantías en juego en este caso son, como se verá en la sección III de este capítulo, la prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, y la posibilidad de resocialización.

---

<sup>318</sup> Véase *supra*, capítulo II punto I.

<sup>319</sup> CSJN, “Véliz”, cit.

#### *e. El principio de división republicana de poderes*

El carácter indivisible de la prisión perpetua también ha motivado cuestionamientos a la potestad del Poder Legislativo para fijar anticipadamente la pena de delitos concretos –es decir, de hechos concretos–, y consideran que ello supone una vulneración del *principio republicano de división de poderes*, una invasión legislativa en funciones judiciales.<sup>320</sup> Dicho con otras palabras, la selección de una categoría de delitos para los cuales no se admite la valoración judicial en el caso concreto importaría el traslado de la función de valoración del hecho concreto al legislador, llamado –según nuestro diseño institucional– a sancionar normas generales y abstractas en materia penal.

Sin embargo, este argumento ha sido rechazado jurisprudencialmente. En este sentido, se ha afirmado que el principio de división de poderes no se ve afectado porque i) no existe ninguna disposición constitucional que declare –o de la que se pueda inferir de alguna manera razonable e incontestable– que la previsión de penas fijas resulte inconciliable con postulados constitucionales; ii) porque la prisión perpetua como pena fija responde a un diseño jurídico en el cual la pena más grave se impone a los delitos más graves; iii) porque los jueces no pueden prescindir de lo dispuesto por la ley respecto del caso, a pesar de su desacierto o injusticia; y iv) porque no se trata del conocimiento de causas pendientes por parte del Poder Legislativo constitucionalmente vedado, sino del ejercicio de diseño de la política criminal que se encuentra dentro de sus competencias.<sup>321</sup> También se ha señalado v) que la objeción encierra una tautología, puesto que no se demuestra que la individualización de la pena sea «inherente» a la función de juzgar.<sup>322</sup>

No obstante, el asunto remite a un problema de legitimidad democrática para legislar. Este asunto será abordado con mayor detalle en el capítulo IV de este trabajo.

#### *f. El principio de legalidad y la certeza de las penas*

El art. 18 de nuestra Constitución Nacional establece el principio de legalidad, según el cual “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley

---

<sup>320</sup> Argumento que reconoce su origen en la jurisprudencia, vgr. Tribunal Colegiado de Trelew, “Ruiz, Eugenio Daniel”, 1/6/2012, voto de la jueza Ivana María González en “Ruiz, Eugenio Daniel”; así como Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea, “Etcheverry, Daniel Ricardo”, cit., voto del juez Mario Alberto Juliano.

<sup>321</sup> Véase SCJMza, “Ibáñez...”, cit., voto mayoritario.

<sup>322</sup> Véase CNCyC, “Arancibia”, cit., voto del juez Luis M. García; en el mismo sentido, CNCyC, sala 2, “C.C.E.A.”, 10/08/2018.

anterior al hecho del proceso”, y que implica que las penas deben estar establecidas legalmente desde antes de la comisión del delito por el cual se imponen. La misma norma se encuentra en diferentes tratados internacionales con jerarquía constitucional, así, los arts. 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según la formulación que se reconoce a VON FEUERBACH,<sup>323</sup> el principio de legalidad implica que no hay delitos ni penas sin ley previa -«*nullum crimen, nulla poena sine lege*»-.

Una de las consecuencias de la adopción del principio es la certeza de la ley penal. La necesidad de determinación se presenta en dos planos, tanto en la descripción de las conductas prohibidas, como en la especificación de las penas: en un Estado de derecho, no pueden imponerse legítimamente penas cuya duración no se conoce.<sup>324</sup> Se ha puesto en tela de juicio si la prisión perpetua respeta el mandato de certeza exigido por el art. 18 de la CN.<sup>325</sup>

La doctrina especializada en ejecución penal ha desarrollado esta idea a partir de una concepción «*ejecutiva*» del principio de legalidad. Así, se ha señalado que existe una faz de este principio constitucional que exige que una ley anterior al hecho del proceso defina el delito, la pena y, fundamentalmente, las modalidades de cumplimiento de la sanción. Se ha considerado que no serviría de nada la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias penales de la propia conducta si posteriormente éstas pudieran ser aplicadas en forma arbitraria e incontrolable.<sup>326</sup>

---

Nuestro sistema social se rige orgánicamente por el principio de legalidad, y éste, como una de sus más importantes manifestaciones, contiene el principio de que no puede ejecutarse una pena que no se encuentre previamente establecida ni en forma distinta a la regulada normativamente. Ciertamente no es necesario insistir demasiado en que la ejecución de una pena puede revestir en múltiples ocasiones más importancia que la propia duración de la

---

<sup>323</sup> Sobre la influencia de VON FEUERBACH en el desarrollo de este principio, véase ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit., pp. 141-144.

<sup>324</sup> Véase ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit., pp. 141 y 174-175. Según este autor “[...] se puede afirmar que en las consecuencias jurídicas se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad y los principios codificados de la medición de la pena le dan al autor del delito un cierto grado de seguridad compensadora. Pero lo cierto es que la cuantía de pena, que debe calcularse mediante esos principios, es menos calculable y además no es independiente del marco penal. Por eso, el legislador, que aún es poco consciente de los problemas en este campo, se ajustaría mejor a la Constitución si de modo general se decidiera a ceñirse a unas penas de dimensiones determinadas y precisas”.

<sup>325</sup> En este sentido, TPC Trelew, “Huentecoy, Julio”, cit., voto de la jueza González.

<sup>326</sup> AROCENA, G., *Vigilando el castigo. Indagaciones sobre el control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Buenos Aires – Montevideo, BdeF, 2014, p. 8.

misma. No es lo mismo la condena penal que su ejecución. La manera de ejecutar una pena forma parte de la esencia misma e íntima de la pena.<sup>327</sup>

---

Ahora bien, corresponde hacer una distinción al analizar la relación de la prisión perpetua con este principio.

Por una parte, la prisión perpetua que permite posibilidades de liberación presenta tensiones en cuanto al mandato de certeza puesto que la discrecionalidad de la que –en mayor o menor medida– depende la concesión de la libertad condicional y las salidas del régimen progresivo de la pena hacen que, estrictamente, no se las pueda considerar un límite «*cierto*» a la duración de la pena de prisión perpetua. Dicho en otras palabras, en los casos en que estos institutos proceden jurídicamente –sea porque se trata de condenas anteriores a las reformas de 2004 y 2017 al art. 14 CP y la ley 24.660, sea porque actualmente no tienen vedado el acceso a estos institutos–, en puridad ellos no implican un límite máximo de duración de la prisión perpetua, sino una mera «*posibilidad*» de recupero de la libertad. Posibilidad que, además, se encuentra sujeta a ciertos requisitos por lo que, necesariamente, existe la posibilidad de que no sean concedidos nunca.

Por otro lado se encuentra el problema de que, actualmente, la prisión perpetua es PPSE en la gran mayoría de casos. Una pena cuyo límite máximo no está previsto jurídicamente y que cesa con la muerte de la persona condenada no es otra cosa que una pena de muerte encubierta:<sup>328</sup> si bien no es una condena a muerte, es una condena a morir en prisión.<sup>329</sup> De manera tal que, en estos casos, tampoco la persona condenada conoce el monto de pena impuesto, que se prolonga tanto como dure su vida.

---

<sup>327</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Akal, 1999, pp. 587-588, citado por AROCENA, G., *Vigilando el castigo...*, cit.

<sup>328</sup> Así lo ha considerado el actual Papa de la Iglesia Católica, FRANCISCO, quien incluso ha declarado que la prisión perpetua es una pena de muerte oculta: “[t]odos los cristianos y los hombres de buena voluntad están llamados, por lo tanto, a luchar no sólo por la abolición de la pena de muerte, legal o ilegal que sea, y en todas sus formas, sino también con el fin de mejorar las condiciones carcelarias, en el respeto de la dignidad humana de las personas privadas de libertad. Y esto yo lo relaciono con la cadena perpetua. Desde hace poco tiempo, en el Código penal vaticano, ya no existe la cadena perpetua. La cadena perpetua es una pena de muerte oculta”, véase PAPA FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal”, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 23/10/2014, disponible en [http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco\\_20141023\\_associazione-internazionale-diritto-penale.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html) [consulta: 29/1/2021]; documento ratificado en la “Carta Encíclica Fratelli Tutti sobre la Fraternidad y la Amistad Social”, 3/10/2020. Véase también ABELLÁN ALMENARA, M.; VAN ZYL SMIT, D., “Human Dignity and Life Imprisonment: The Pope Enters the Debate”, *Human Rights Law Review*, v. 15, 2015, pp. 369-376.

<sup>329</sup> Véase VILLAUME, A. C., “‘Life Without Parole’ and ‘Virtual Life Sentences’: Death Sentences by Any Other Name”, *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social and Restorative Justice*, n°8, v. 3 265-277; también APPLETON, C.; GRØVER, B., “The pros and cons...”, cit.

### III. Una cuestión de derechos humanos

El objetivo de este apartado es exhibir el modo en que la pena de prisión perpetua pone en crisis dos principios de los derechos humanos que gozan de amplia recepción en el ámbito internacional. Esto no implica –como se señaló al comienzo de este capítulo– que las cuestiones tratadas anteriormente no involucren derechos humanos; por el contrario – como pudo verse–, numerosos principios informadores del derecho penal y constitucional también se vinculan a derechos humanos, en cierta medida como efecto de la internacionalización del derecho constitucional y de los derechos humanos. Sin embargo, este orden de presentación será empleado con el solo fin de acentuar el énfasis en las distintas aproximaciones problemáticas que muestra la pena de prisión perpetua.

Las cuestiones que nos ocupan aquí se relacionan con la aceptabilidad de la prisión perpetua –y, en particular, de la PPSE– una vez sometida a una evaluación desde dos características que hacen a la humanidad de las penas: la posibilidad de reinserción social y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas o degradantes. La perspectiva de derechos humanos ha tenido un fuerte impacto en la prisión perpetua en el orden internacional.<sup>330</sup> De manera opuesta a la tendencia a endurecer las penas de prisión perpetua tornándolas PPSE identificada en el capítulo II,<sup>331</sup> numerosos países han incluido prohibiciones constitucionales respecto de la prisión perpetua: así lo han hecho la Constitución de Costa Rica en 1949,<sup>332</sup> Portugal en 1976,<sup>333</sup> El Salvador en 1983,<sup>334</sup> Brasil con su reforma constitucional del año 1988,<sup>335</sup> o Colombia, mediante su reforma del año 1991.<sup>336</sup>

En Alemania, en 1977 el Tribunal Constitucional Alemán (*Bundesverfassungsgericht*, BVerfG) en el caso „Lebenslange Freiheitsstrafe” analizó los efectos de la prisión perpetua y, aunque concluyó que esta pena no era inherentemente contradictoria con la constitución alemana, destacó la necesidad de la posibilidad de recupero de la libertad

---

[u]no de los requisitos previos para un sistema penitenciario decente es que la persona condenada a cadena perpetua generalmente tenga la posibilidad de volver a participar en libertad. La posibilidad del perdón por sí sola no es suficiente; más bien,

---

<sup>330</sup> Véase VAN ZYL SMIT, D., “Life Imprisonment: Recent Issues in national and international law”, *International Journal of Law and Psychiatry*, n° 29, 2006, pp. 405-421.

<sup>331</sup> Véase *supra*, capítulo II punto III.

<sup>332</sup> Conf. art. 40, Constitución Política de Costa Rica.

<sup>333</sup> Conf. art. 30, inc. 1, Constitución de Portugal.

<sup>334</sup> Conf. art. 27, Constitución de El Salvador.

<sup>335</sup> Conf. art. 46.3, Constitución de la República Federativa del Brasil.

<sup>336</sup> Conf. art. 34, Constitución Política de Colombia.

el imperio de la ley dicta que las condiciones bajo las cuales se puede suspender la ejecución de una cadena perpetua y el procedimiento a seguir, debe estar regulado por la ley.<sup>337</sup>

---

El Tribunal consideró que la prisión perpetua era constitucional siempre que existiera la posibilidad de recuperar la libertad y que ello no dependiera de un perdón excepcional, sino que las condiciones para ello debían encontrarse previstas en la ley. Por ello, convocó al gobierno federal a realizar reformas en torno a las condiciones para considerar cumplida la pena. Además, el BVerfG tomó especialmente en cuenta el carácter no absoluto de la pena de prisión perpetua en Alemania, donde se permite al juez adaptar la pena a la medida de la culpabilidad y, aun en los casos en que esta pena está prevista de manera fija y como única sanción, el juez puede optar por imponer o no prisión perpetua según su interpretación de ciertos elementos del tipo –vgr., los elementos «insidiosos» o «para encubrir otro delito» en el caso del homicidio–. En 1988, el BVerfG se pronunció nuevamente sobre el asunto y destacó la necesidad de que el momento probable de suspensión de la ejecución de la pena sea determinado a su debido tiempo, para permitir a las autoridades tomar la decisión al respecto.<sup>338</sup>

En México, en 2001 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN México) determinó que la pena de prisión vitalicia es una pena inusitada y cruel y, por ello, estaba incluida entre las penas prohibidas constitucionalmente puesto que el propósito del sistema penitenciario consiste en la readaptación social y la reeducación de los internos. Tuvo en cuenta que esta pena no tiene un límite determinado y por ello impide la readaptación social de la persona condenada.<sup>339</sup>

También el Tribunal Constitucional de Perú, en 2003, descalificó constitucionalmente a la pena de prisión perpetua cuando no cuenta con una limitación temporal –es decir, cuando es PPSE–, por considerarla contraria al art. 5.2 de la CADH, esto es, por implicar una pena cruel, inhumana o degradante.<sup>340</sup>

---

<sup>337</sup> BVerfG, „Lebenslange Freiheitsstrafe“, 45:187, 21/6/1977, traducción propia, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html> [consulta: 2/2/2021].

<sup>338</sup> BVerfG, „Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe“, 86:288, 29/12/1988, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086288.html> [consulta: 2/2/2021].

<sup>339</sup> SCJN México, Tesis 127/2001, Tomo XIV, octubre de 2001, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/188542> [consulta: 2/2/2021].

<sup>340</sup> Véase JULIANO, M. A.; ÁVILA, F., *Contra la prisión perpetua...*, pp. 118-121, quienes sin embargo señalan, en relación a México, que en 2005 un pronunciamiento de la SCJN México convalidó una norma del Código Penal del Estado de Chihuahua que autoriza la imposición de penas que en la práctica pueden superar 100 años de duración. Actualmente la mayoría de los Estados mexicanos no prevé la PPSE como posible pena, salvo contadas excepciones, véase VAN ZYL SMIT, D.; APPLETON, C., *Life Imprisonment, a Global Human Rights Analysis*, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 2019, pp. 43-43.

Del mismo modo, la Corte IDH y el Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos (TEDH) han analizado la convencionalidad de la prisión perpetua. La Corte IDH lo hizo en el caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, examinado en el capítulo II.<sup>341</sup> Por su parte, el TEDH ha abordado la cuestión en numerosas oportunidades, aunque destaca el caso “Vinter vs. United Kingdom” en el que advirtió sobre el derecho de la persona condenada a perpetuidad a tener una expectativa de recupero de libertad y de posibilidad de revisión de la condena. Aclaró que la manera en que tal prerrogativa debe concretarse es a través de la implementación de mecanismos de revisión que permitan a las autoridades evaluar la importancia de los progresos que hubiere logrado el condenado en torno a su rehabilitación, y explicó la inconvencionalidad que supone el hecho de exponer al condenado a esperar un número de años indeterminado de condena antes de que pueda alegar que la misma vulnera esa prohibición, por ser ello incompatible con los estándares emergentes de la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>342</sup>

En lo que sigue se estudiarán con mayor detalle las razones que apuntan a considerar que la prisión perpetua contradice el fin de resocialización de la pena y puede implicar una pena cruel, inhumana o indigna. Para eso, en primer lugar, se analizarán algunos estudios realizados en torno a los efectos que las penas de larga duración ocasionan en las personas condenadas.

#### *a. Efectos del encarcelamiento prolongado*

La sentencia del BVerfG de 1977 en el caso „Lebenslange Freiheitsstrafe” tomó en cuenta las investigaciones existentes hasta el momento en punto a los efectos de la prisión perpetua en las personas condenadas. Uno de los estudios más citados en el ámbito especializado era el informe de M. LIEPMANN<sup>343</sup> –basado en extensas encuestas y en la evaluación de información sobre más de 2000 personas de numerosos países europeos, así como en el trabajo preliminar de otros científicos–, según el cual la prisión perpetua se llevaba a cabo en tres etapas.

En la primera, prevalece un estado de excitación que se alterna con depresión profunda. La sentencia trae cierto alivio a los prisioneros de por vida que han estado expuestos a la tensión de enfrentar los hechos en el juicio, pero tan pronto como son sentenciados, son

---

<sup>341</sup> Véase *supra*, capítulo II, punto II.c.

<sup>342</sup> TEDH, Gran Sala, “Vinter y ots. c. El Reino Unido”, 09/07/13.

<sup>343</sup> LIEPMANN, M., „Die Todesstrafe“, *Gutachten für den 31. Deutschen Juristentag*, Berlin, 1912, citado en BVerfG, „Lebenslange Freiheitsstrafe”, cit.



sacudidos por la seriedad de la idea de que esa situación se extenderá para siempre. Sin un adecuado tratamiento, las capacidades mentales del prisionero colapsan y aparecen violaciones disciplinarias y agresiones. En segunda etapa la autoconservación lidera una lucha a menudo exitosa contra el potencial destructivo del encierro. Los prisioneros no pueden soportar la idea de cadena perpetua, se aferran a la situación preliminar y esperan recuperar la libertad nuevamente. Esta esperanza los ayuda a mantener una actitud positiva, evitar la adaptación y protegerse contra el colapso. Al mismo tiempo, esta idea lleva a muchos a usar sus mejores poderes para lograr el perdón a través de un buen liderazgo. En esta situación, aprendieron a ordenar voluntariamente la celda, controlar su temperamento y obtener apoyo moral. En la tercera etapa las personas condenadas no quieren prolongar su vida. Tras un cruel trabajo de destrucción de la vida interior comienza un estado vegetativo y los prisioneros se vuelven aburridos y entumecidos, máquinas, finalmente ruinas. Este es el caldo de cultivo para trastornos mentales.<sup>344</sup>

El BVerfG desestimó, sin embargo, este estudio. Por una parte, porque por haberse realizado a principios del s. XX sus resultados no podían extenderse, sin más, a las penas de la época. Los autores de entonces consideraban esa investigación como «demasiado pesimista» y difícilmente transferible al estado carcelario del momento. Por otra parte, existían numerosos estudios que arrojaban conclusiones contradictorias y minimizaban los efectos perniciosos del encierro de por vida. Los estudios abarcaban un espectro demasiado amplio: iban desde la acusación de cambios serios en la personalidad hasta la descripción de la exitosa resocialización de la gran mayoría de los prisioneros después de su liberación misericordiosa de la prisión. La conclusión del BVerfG fue que no era posible afirmar, con el grado de certeza que requería el control de constitucionalidad, que la prisión perpetua causara inevitablemente daños irreparables psicológicos o físicos, o que afectasen la dignidad humana.

En 1981 el psiquiatra forense de la Universidad Libre de Berlín Wilfried RASCH llevó adelante una nueva investigación sobre los efectos de la detención por tiempo indeterminado en Alemania. Sus estudios se centraron en una muestra de 43 de los 92 hombres condenados a prisión perpetua en la prisión de Berlín-Tegel. RASCH concluyó

---

<sup>344</sup> LIEPMANN, M., „Die Todesstrafe”, cit.

que, en aquellas prisiones, el estado de salud no se veía deteriorado de una forma significativa ni constante.<sup>345</sup>

Ahora bien, aun si tales consideraciones pudieran trasladarse a los tiempos actuales ¿son los efectos médicos los únicos capaces de identificar los efectos de una pena relevantes desde una perspectiva de derechos humanos? Existen razones para sostener que no.

En primer lugar, este tipo de análisis omitiría considerar el diferente impacto que las condenas a prisión perpetua tienen según el género.<sup>346</sup> Las penas de larga duración impuestas a mujeres no sólo reproducen y amplifican todos los modos de control social que oprimen a las mujeres fuera de la prisión, sino que también interactúa –y compone– formas de trauma y degradación que muchas mujeres sufren con anterioridad a la condena. El encarcelamiento gatilla sentimientos de baja autoestima y vergüenza generados previamente en mujeres víctimas de abuso. El género es relevante porque, dada la configuración patriarcal de la sociedad, a las mujeres se asignan roles familiares y de cuidado cuya privación causa un distinto dolor al ser encarceladas.<sup>347</sup>

Por otro lado, desde una posición crítica se ha identificado cómo la percepción sobre la severidad de la prisión perpetua –y de la PPSE en particular– se ha visto distorsionada por el debate frente a la pena de muerte. El menor rigor supuestamente implicado en una pena que mantiene a la persona condenada con vida parece desviar el foco de atención y «desestabilizar el tablero», normalizando el encierro carcelario permanente.<sup>348</sup>

En un tercer orden, estudios más recientes realizados con una aproximación jurídica y no-médica del asunto<sup>349</sup> señalan que el encierro de larga duración afecta la identidad como seres humanos de las personas condenadas. Los seres humanos dependen de relaciones sociales para muchos aspectos de la identidad como persona, la subjetividad moral y la agencia de los seres humanos exigen el reconocimiento de relaciones de cuidado, respeto y estima con otras personas en todas las fases y esferas de la vida. De manera que el

---

<sup>345</sup> RASCH, W., “The Effects of Indeterminate Detention. A Study of Men Sentenced to Life Imprisonment”, *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 4, 1981, pp. 417-431.

<sup>346</sup> CARLEN, P., “Why study women’s imprisonment? Or anyone else’s? An indefinite Article”, *British Journal of Criminology*, v.34, special issue, pp. 131-140.

<sup>347</sup> CREWE, B; HULLEY, S.; WRIGHT, S.; “The Gendered Pains of Life Imprisonment”, *The British Journal of Criminology*, v. 57, n° 6, nov. 2017, pp. 1359-1378.

<sup>348</sup> VANNIER, M.; “Normalizing extreme imprisonment: The case of life without parole in California”, *Theoretical Criminology*, v. I, n° 21; 2019, también APPLETON y GRØVER, “The pros and cons...”, cit.

<sup>349</sup> LIEBLING, A., “Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain”, *Punishment & Society*, v.3, n°5, 2011, pp. 530-550.

encierro perpetuo anula definitivamente aquello más inherente a la dignidad humana: la capacidad de relacionarse y generar vínculos de reconocimiento recíproco.

---

La ausencia de cualquier medio para la creación de significado y la formación de identidad en la prisión, y la imposición de penas de prisión indeterminadas e impensablemente largas a que estas experiencias están vinculadas, puede decirse que constituyen condiciones inhumanas.<sup>350</sup>

---

En definitiva, este apartado puede concluirse con la siguiente afirmación: existen informes criminológicos realizados con un enfoque psiquiátrico-psicológico que aseveran que las penas de larga duración causan graves afectaciones en la personalidad y, contrariamente, otros que rechazan que tales efectos sean inescindibles de la pena y generalizados. Este tipo de estudios depende en gran medida de las circunstancias en que se realizan, las muestras y métodos empleados y –principalmente– de las condiciones en que se ejecuta cada pena de prisión. Sin embargo, tres razones aconsejan no adoptar esta clase de estudios como parámetro de análisis de las consecuencias del encierro de larga duración y la prisión perpetua. La primera se asocia a la omisión que, generalmente, estos estudios muestran en cuanto a perspectiva de género y al impacto diferencial de las penas en hombres y mujeres. La segunda, al sesgo que genera en la percepción de la severidad de la prisión perpetua la discusión sobre la pena de muerte, en la cual la prisión perpetua aparece como un sucedáneo más aceptable. Y la tercera, a que una valoración de los efectos de la prisión perpetua debe tomar en consideración una concepción de la identidad humana, antes que anclarse estrictamente en un análisis de secuelas psicológicas y físicas.

#### *b. El objetivo resocializador de la pena de prisión*

Probablemente la empresa más compleja en un estudio con perspectiva de derechos humanos de la prisión perpetua sea la de intentar asignar una finalidad distinta a la pena de prisión perpetua que la mera prevención especial negativa.

En nuestro sistema jurídico, ni el texto de la Constitución Nacional ni el Código Penal asignan a la pena de prisión una finalidad determinada. La Constitución Nacional, en todo caso, aclara en la última parte de su art. 18 que “[l]as cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”, y la ley 24.660 establece en su art. 1 una configuración de la ejecución de la pena orientada a que la

---

<sup>350</sup> LIEBLING, A., “Moral performance...”, cit.; véase también FLEURY-STEINER, B., “Effects of Life Imprisonment and the Crisis of Prisoner Health”, *Criminology & Public Policy*, v.14, n°2, 2015, pp. 407-416.

persona condenada comprenda la ley, la gravedad del hecho y de la sanción y se reintegre socialmente.<sup>351</sup>

Sin embargo, al suscribir la CADH y el PIDCyP e incorporarlos a la Constitución Nacional, nuestro país asumió que la pena debe permitir la reforma y readaptación social de los condenados. En otras palabras, adoptó una posición respecto de la función de la pena: el fin preventivo especial positivo.<sup>352</sup>

En este sentido, el art. 5.6 de la CADH dispone que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y, por su parte, el art. 10.3 del PIDCP expresa “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados [...]”. La consecuencia de estos compromisos es clara: solo es posible admitir la imposición de penas de prisión perpetua en la medida en que ofrezcan al condenado la «posibilidad razonable» de liberación anticipada, de modo tal que exista una chance de readaptación social. En otras palabras, que la prisión perpetua no sea ontológica y fácticamente perpetua, sino que –cuanto mucho– sea una pena de larga duración. Tal como fue analizado en el capítulo II, esto algo que nuestro ordenamiento jurídico no garantiza: tras la ley 27.375 la mayoría de los delitos penados con prisión perpetua están excluidos de la libertad condicional y del período de prueba en la ejecución, por lo que la pena de prisión perpetua es en nuestro derecho PPSE.

Este mandato de resocialización es decisivo tanto en la determinación de la pena como en la etapa de ejecución. No obstante, constituye un desafío intentar justificar la previsión legislativa de PPSE en cualquiera de esos ámbitos. Por una parte, la ya aludida indivisibilidad de esta pena impide cualquier adaptación a las necesidades preventivo-especiales en la etapa de determinación de la pena. Por otra, constituye una paradoja privar a una persona de su libertad con el fin de promover su resocialización, aun si se dejara de lado el hecho de que el encierro produce consecuencias negativas en la personalidad.<sup>353</sup>

En el plano jurisprudencial es posible encontrar tres tipos de respuesta a este planteamiento. La primera de ellas considera que el mandato resocializador contenido en

---

<sup>351</sup> Véase *supra*, punto II.a.

<sup>352</sup> Sobre esta fundamentación de la pena, véase el capítulo III de este trabajo.

<sup>353</sup> Al respecto, VACANI sostiene la tesis según la cual las afectaciones de derechos que sufre quien cumple una pena y que exceden la mera privación de libertad, deben conducir a un recálculo del monto de pena impuesto en la sentencia condenatoria, VACANI, P. A., "El desarrollo temporal de la pena...", cit.

la CADH y el PIDCP no se ve vulnerado, en tanto la pena de prisión perpetua no es verdaderamente pena «a perpetuidad» por cuanto ofrece posibilidades de salida.<sup>354</sup> Sin embargo, debe tenerse en consideración que ese tipo de argumento no sería de aplicación a los supuestos de hecho ocurridos con posterioridad a las reformas introducidas en 2004 y 2017, que progresivamente incorporaron la PPSE para la mayoría de los delitos que prevén prisión perpetua en nuestro ordenamiento. Otra respuesta disputa el hecho de que exista tal mandato convencional de asignarle un propósito resocializador al castigo estatal, reafirmando las críticas que pueden dirigirse contra la imposición pública de una «manera de ser» a la persona condenada.<sup>355</sup> Sobre esta segunda respuesta versa buena parte del capítulo IV de este trabajo.

Una tercera respuesta ha sido la adoptada por la SCJN México o el Tribunal Constitucional de Perú señalada antes, según la cual la prisión perpetua que impide a la persona condenada la reincorporación al medio social contradice el mandato resocializador convencional.<sup>356</sup>

Aun si no se consideran los casos de PPSE –que impiden absolutamente el retorno a la comunidad–, en los casos en que la libertad condicional es procedente el plazo para solicitarla es tan extenso –35 años– e incierto –puesto que su concesión depende de una decisión en cierta medida subjetiva– que difícilmente pueda considerarse que el mandato convencional resocializador pueda concretarse. Por una parte, es complejo pensar en la adaptación de la persona externada, pues, de serlo, será una completamente diferente a aquella que ingresó a la prisión 35 años antes, como también será diferente su entorno familiar y de relaciones sociales, y el mundo mismo con el que se encontrará. Por otra parte, la posibilidad misma depende de la edad de la persona al ser condenada y de la expectativa de vida en prisión. Si se considera que la esperanza de vida al nacer en Argentina es de 77 años,<sup>357</sup> aun si no se redujera esta cifra por la introducción en el cálculo de las variables implicadas en las condiciones de vida carcelarias, las personas condenadas a prisión perpetua –no PPSE– con posterioridad a los 47 años no tendrían un pronóstico de reinserción mínimamente razonable.

---

<sup>354</sup> Cfr. CNCC, sala 1, "Arancibia, Carlos Ignacio", cit.; del mismo modo, SCJMza, "Ibáñez Benavidez", cit., voto mayoritario.

<sup>355</sup> SCJMza, "Ibáñez Benavidez", cit., voto mayoritario.

<sup>356</sup> Véase *supra*, punto III.

<sup>357</sup> BANCO MUNDIAL, BIRF-AIF, DataBank, Informe "Esperanza de vida al nacer, total (años) – Argentina", disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=AR> [consulta: 27/07/2021].

Parece ilusorio sostener una regulación jurídica abiertamente contradictoria con tratados internacionales de derechos humanos bajo la pretensión de que la persona condenada en estas condiciones procure darle sentido a su vida para, por un lado, trabajar psíquicamente las razones que la llevaron a cometer el delito, y además construir alguna clase de futuro propio. El Estado, con una pena de tan larga duración, colabora fuertemente para que el condenado asuma que, probablemente, morirá en prisión o, al menos, saldrá de ella con un estado de salud muy deteriorado y sin familiares o entorno alguno en el exterior.

Ahora bien, que en los tratados internacionales mencionados se asigne una finalidad a la pena no significa que con la imposición de penas el Estado no pueda pretender alcanzar otros objetivos, sino que lo que los demás propósitos que se le asignen no pueden contraponerse a la resocialización. Evidentemente, y en tanto la resocialización requiere la participación activa del condenado –si es que no se quiere vulnerar con ella su personalidad–, ésta debe operar como una opción disponible para la persona condenada, antes que como una obligación. Por eso, el propósito de la pena no debe ser «*solamente*» la resocialización. El Estado puede asignar otros fines –que incluso sean considerados en la individualización de la pena– en tanto no se contrapongan con el mandato de resocialización incluido en los convenios internacionales.

En este punto resulta relevante rescatar las consideraciones del BVerfG, cuando en el caso „Lebenslange Freiheitsstrafe”<sup>358</sup> afirmó que el Estado no puede convertir al autor de un delito en un mero objeto de la prevención, en detrimento de su dignidad. En una sociedad que –como la nuestra– sitúa a la dignidad humana en el centro del sistema jurídico, la rehabilitación de la persona condenada es una finalidad esencial de la imposición de penas, por lo que el Estado se encuentra obligado –siempre dentro de lo posible– a facilitar todas las medidas necesarias para alcanzar este propósito. Por ello las instituciones penitenciarias tienen el deber de esforzarse en la tarea de resocializar a las personas privadas de la libertad, de intentar preservar su habilidad para salir adelante con sus vidas y de contrarrestar los efectos negativos y cambios en la personalidad que ocasiona el encarcelamiento. Puede discutirse el rol de la seguridad de la ciudadanía como uno de los objetivos de la prisionización –y puede, como se verá en el capítulo IV, rechazarse como el fin último de la reacción penal pública en un Estado republicano y democrático–, pero en todo caso nunca este propósito no puede priorizarse por sobre la

---

<sup>358</sup> V. *supra*, nota 337.

prevención especial positiva. No al menos, sin incurrir en una violación del mandato contenido en la CADH y el PIDCP.

El TEDH ha entendido de esta manera a la resocialización, y ha sostenido que si bien la prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes no obliga a los Estados a brindar programas o actividades de rehabilitación o reintegro a los internos, sí debe ofrecer al condenado una posibilidad genuina y tangible de rehabilitarse, lo que resulta incompatible con una condena que precisamente niega esta posibilidad por carecer de fecha de cumplimiento.<sup>359</sup>

Como ha sido analizado en el capítulo II, en nuestro sistema jurídico la prisión perpetua solamente se extingue –en los escasos supuestos en que esto es posible– cuando, luego de acceder a la libertad condicional, se cumplen las condiciones establecidas para ello durante el plazo que –actualmente– puede ser de hasta diez años. Y sucesivamente, desde la reforma introducida por la ley 25.892 a esta parte, se ha incrementado el número de tipos penales conminados con pena de prisión perpetua a los cuales se veda el acceso a la libertad condicional. De modo tal que en estos casos la pena pierde toda posibilidad de conectar un sentido resocializador: no existe la posibilidad de resocializar a quienes no se brinda la chance jurídica de volver al medio social. Si ya la idea de «resocializar en prisión» es controversial, aquí se trata de algo más grave y urgente: el encierro de personas de por vida, sin tiempo de cumplimiento de la pena, privándolas de toda posibilidad de resocialización, rehabilitación o readaptación social.

En este sentido, las limitaciones a la libertad condicional y a las salidas durante la ejecución establecidas por las leyes 25.892 y 27.735 para determinados delitos conminados con pena de prisión perpetua constituyen la consagración legislativa de criterios de peligrosidad. Se trata de reformas que parecen perseguir finalidades de aseguramiento social o de inocuización de delincuentes etiquetados como «peligrosos». Sin embargo, la privación vitalicia de la libertad no puede justificarse con estos propósitos pues ello contradice el principio de dignidad humana que trasunta al mandato resocializador analizado.

En este punto, pues, genera disonancia el criterio que ha sostenido el TEDH en “Vinter y otros vs. Reino Unido”. En esa oportunidad el tribunal europeo consideró que no implicaba una afectación a la dignidad humana el supuesto en el que el recluso tuviera el

---

<sup>359</sup> TEDH, Sala Cuarta, “Harakchiev y Tolumov vs. Bulgaria”, 08/07/2014, párr. 246.

derecho a que se considerase su puesta en libertad, aunque que ésta fuera desestimada sobre la base de que el condenado continuaba siendo un peligro para la sociedad. Este temperamento responde a que

---

[e]l mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad<sup>360</sup>

---

Aquí se defenderá la tesis según la cual, si una vez cumplida la pena de prisión ajustada a la culpabilidad por el hecho el condenado no ha logrado hacerse con herramientas que permitan considerarlo –según algún criterio– «resocializado», el Estado habrá perdido legitimidad para privarlo de la libertad. Tal como fue sostenido antes, la magnitud de la pena debe ajustarse a la medida de la culpabilidad por el hecho. A su vez, el castigo impuesto debe permitir al condenado la resocialización. Pero el hecho de que una vez cumplida la pena el Estado no haya brindado al acusado herramientas para su readaptación social, o las haya puesto a disposición pero el condenado no las haya aprovechado, no constituye una razón para extender la pena más allá de la culpabilidad manifestada por el hecho. ¿Supone esto que decaiga la obligación de protección social del Estado? De ninguna manera, pues que el Estado deba garantizar la seguridad de la comunidad cuando un sujeto liberado pueda ser considerado «peligroso» no lo legitima para emplear el poder punitivo público para alcanzar ese propósito. Su intervención previa en la experiencia carcelaria de la persona condenada y el principio de reserva generan el deber estatal de emplear otros medios a disposición para alcanzar ese objetivo, más no la pena impuesta por otro hecho. Máxime cuando, muy probablemente, la mayor peligrosidad pueda ser adjudicada a una «desocialización» ocurrida en prisión, antes que a una decisión libre del condenado que ha purgado una pena de prisión de larga duración.

Dicho en términos claros, si el Estado tuvo la oportunidad de resocializar a una persona condenada y al tiempo del cumplimiento de la condena ésta es tachada de «peligrosa», el Estado no puede prolongar la detención a causa de ello. Primero, porque esa extensión de detención se vincularía ya no con el hecho que motivó la condena, sino con la *personalidad*. Segundo, porque esa peligrosidad compete, al menos en parte, al propio Estado por el tiempo que ha tenido a la persona a disposición para ofrecerle herramientas resocializadoras. Y tercero, porque aun si fuera posible tachar a una persona de

---

<sup>360</sup> TEDH, Gran Sala, “Vinter y otros...”, cit., párrs. 108, 111 y 112; en el mismo sentido Sala Segunda, “Maiorano y otros vs. Italia”, 15/12/2009, párr. 108.



«peligrosa» –lo que está lejos de ser aceptado como verosímil en un Estado que respeta el ámbito de intimidad de las personas–, lo cierto es que ello debería ser tratado más como una afectación a la salud mental que como un delito, por lo que debería generar una respuesta protectora de parte del Estado –vgr. medidas de seguridad– antes que una respuesta de tipo punitiva.

La Corte IDH ha aportado criterios esclarecedores en torno a la imposibilidad de emplear la «peligrosidad» del agente para extender una pena de prisión. En el caso “Martínez Coronado vs. Guatemala”, afirmó que

---

[...] el empleo del criterio de peligrosidad del agente, tanto en la tipificación de los hechos del ilícito penal cometido por el señor Martínez Coronado, como en la determinación de la sanción correspondiente, resulta incompatible con el principio de legalidad previsto en la Convención Americana. El examen de la peligrosidad del agente implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación penal aplicable.<sup>361</sup>

---

En otros precedentes, la Corte IDH también afirmó que

---

[...] el examen de la peligrosidad del agente implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme a la tipificación penal aplicable.<sup>362</sup>

---

A modo de conclusión parcial, puede afirmarse que para que la pena de prisión se ajuste a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, no sólo es necesario que prevea un momento en la cual la persona condenada pueda considerar cumplida su pena, sino que además su ejecución no debe contraponerse al objetivo resocializador ni su duración puede extenderse más allá del límite de la culpabilidad por el hecho, sin que sea admisible la necesidad de proteger a la comunidad frente a una persona tachada de «peligrosa» para mantenerla detenida.

### *c. La prohibición de imponer tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*

Las torturas y penas o tratos crueles, inhumanos y/o degradantes se han abolido en nuestro país, en virtud de lo dispuesto por la Constitución Nacional.<sup>363</sup> La prohibición está

---

<sup>361</sup> Corte IDH, “Caso Martínez Coronado vs. Guatemala”, 10/05/2019, párr. 70

<sup>362</sup> Corte IDH, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, 20/06/2005, párr. 95; “Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala”, 14/10/2019, párr. 64

<sup>363</sup> Conf. art. 18, CN.

también incluida en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,<sup>364</sup> en la Declaración Universal de Derechos Humanos,<sup>365</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>366</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>367</sup> Todos estos instrumentos internacionales gozan de jerarquía constitucional en la República Argentina.<sup>368</sup> Se trata de una prohibición absoluta en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>369</sup>

Tres argumentos, que serán revisados en este apartado, han permitido considerar que la imposición de penas de prisión perpetua constituye un trato cruel, inhumano o degradante. En primer lugar, la imposibilidad de recuperar la libertad o de que se exija, para ello, la resocialización. En segundo lugar, la idea de que la imposición de penas de larga duración genera graves trastornos de la personalidad, lo que implica una lesión a la intangibilidad de la persona humana. En este orden, se ha sostenido que la *realidad carcelaria* nacional contribuye a generar un contexto que en sí mismo implica un trato cruel, inhumano o degradante. Existen numerosos precedentes de sucesos violentos ocurridos en la mayor parte de los establecimientos penitenciarios de nuestro país –vgr. el “Asunto de las Penitenciarías de Mendoza”, que motivó nueve pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos–.<sup>370</sup> Y en tercer lugar, la falta de conocimiento por parte del condenado de una fecha de cumplimiento de pena en el momento en que ésta es impuesta. Tal como se analizó en el capítulo II, hasta la sanción de la ley 25.892 era posible acceder a la libertad condicional cumplidos 20 años de condena; luego de su sanción se elevó ese monto a 35 años y se restringió para algunos delitos y, a partir de la sanción de la ley 27.375, la mayor parte de los delitos conminados con prisión perpetua tienen vedado el acceso a la libertad condicional y, además, al período de prueba. Ello sin perjuicio de que las personas no alcanzadas por estas reformas tampoco conocen con precisión el momento en que recuperarán la libertad, pues depende de circunstancias no objetivas.

---

<sup>364</sup> Conf. art. 26, DADDH.

<sup>365</sup> Conf. art. 5, DUDH.

<sup>366</sup> Conf. art. 5, PIDCP.

<sup>367</sup> Conf. art. 5.2, CADH.

<sup>368</sup> Conf. art. 75, inc. 22, CN.

<sup>369</sup> MAVRONICOLA, N., “Is the prohibition against torture and cruel, inhuman and degrading treatment absolute in international human rights law? A reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, v.7, i.3, 2017, pp. 479-498.

<sup>370</sup> Corte IDH, “Asunto de las Penitenciarías de Mendoza”, sentencias del 22/11/2004, 18/06/2005, 30/03/2006, 22/08/2007, 27/11/2007, 17/10/2008, 10/09/2010, 26/11/2010, y el 01/07/2011.

## i. Resocialización y dignidad humana

La cuestión relativa a la posibilidad de resocialización y la necesidad de que toda persona condenada tenga la oportunidad recuperar la libertad son puntos que han sido objeto de análisis en el apartado anterior y que se repasarán desde el punto de vista de la fundamentación política del Derecho en el capítulo IV. Sin embargo, corresponde aquí anotar algunas cuestiones.

Por una parte, hay que señalar que existe un problema en considerar a la libertad condicional y las salidas del régimen de ejecución como un punto en el que la prisión perpetua cesa y deja de ser perpetua. Ello pues hacer depender la liberación –en los escasos supuestos en que procede– de la resocialización supone una injerencia pública en el ámbito de organización de la persona que no puede admitirse en un Estado republicano y democrático. También está el hecho de la contradicción implicada en resocializar a quien se condena sin posibilidad cierta de salida: es irrazonable esperar que quien es condenado *sine die* se motive para adaptar su reducido espacio de autodeterminación a pautas de conducta que, sólo eventualmente, pueden fundamentar una decisión de liberación condicionada.<sup>371</sup> Debe tenerse en cuenta que, en los casos de prisión perpetua con posibilidad de excarcelación, las personas condenadas tienen sólo una posibilidad abstracta de acceder a la libertad condicional que depende de que se verifiquen ciertos requisitos sobre los que no tienen absoluto control.<sup>372</sup>

Por otra parte, este tipo de regulación de la prisión perpetua deja fuera de la posibilidad de salida a quienes no se resocializan, acentuando el aspecto «inocuidador de peligros» implicado en esta pena. Ya sea por decisión propia o por ejecutar el encierro en condiciones que no propician la resocialización, quienes no logren resocializarse –aun logrando motivarse para ello– se ven condenados a una pena de prisión perpetua sin posibilidad de salida. Tal como se señaló antes, es deber central del Estado propender a la readaptación de la persona condenada a la comunidad, más no debe –ni legítimamente, puede– exigir la resocialización. Pretenderlo no sólo es contradictorio con el objetivo resocializador, sino que además implica una injerencia en la personalidad del condenado que vulnera personalidad, su dignidad humana y sus derechos, pues obligar a una persona

---

<sup>371</sup> En este sentido, TEDH, Gran Sala, “Vinter y ots. vs. Reino Unido”, cit., párr. 122; también SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal...*, cit., pp. 31-32; ZIFFER, P., “Concepto de pena y prevención”, cit., p. 37.

<sup>372</sup> V. *supra*, capítulo I, punto II.

a modificar su modo de ser equivale a vulnerar su identidad, y con mucho excede los límites de la intervención justificada del Estado.

## ii. Condiciones de encierro y trato digno

El segundo argumento, asentado en la intangibilidad de la persona, se asocia directamente con las condiciones de encierro. La CSJN no ha considerado que la pena de prisión perpetua importe la imposición de un trato cruel, inhumano o degradante, aunque sí ha señalado la posibilidad de que las condiciones de detención impliquen en la práctica tratos de esas características, lo que –sin embargo– no resultaría suficiente para declarar inconstitucionales estas penas, sino que debe ser motivo de verificación de circunstancias inapropiadas de detención y, en su caso, para disponer su cese y corrección.<sup>373</sup> Sólo en votos en disidencia de la CSJN puede leerse la afirmación de que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana debido a que genera graves trastornos de la personalidad, por lo que resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional.<sup>374</sup>

En el plano metodológico, basar una conclusión exclusivamente en estudios caso-a-caso sobre los efectos del encarcelamiento de larga duración luce como una técnica poco conducente para el abordaje de una cuestión eminentemente jurídica. Es –como vimos antes–<sup>375</sup> una estrategia de análisis que fue descartada en 1977 por el Tribunal Constitucional Federal en el caso „Lebenslange Freiheitsstrafe”,<sup>376</sup> cuando tras convocar a decenas de peritos de todos los estados alemanes para determinar las consecuencias que el encierro de por vida causaba en la personalidad de los condenados, advirtió que las contradicciones en sus conclusiones –en buena medida, producto del carácter naturalístico y eminentemente probabilístico de esos estudios– impidió tomarlas como premisa para el control de constitucionalidad que llevaba adelante. Los jueces de aquel Tribunal concluyeron que lo relevante para determinar el carácter digno o indigno de la prisión perpetua era la posibilidad de reincorporarse a la comunidad libre:

---

<sup>373</sup> CSJN, “Verbitsky”, Fallos: 328:1146, consid. 41 del voto mayoritario.

<sup>374</sup> CSJN, “Quesada, Hugo Ramón”, Fallos: 336:1263, consid. 10 del voto en disidencia del juez Zaffaroni; y “Calafell, Roque Esteban”, Fallos: 334:1659, voto en disidencia de los jueces Zaffaroni y Maqueda, consid. 15; sentencias en las que se citó esa posición a partir del precedente “Giménez Ibáñez” (Fallos: 329:2440, consid. 4º del voto mayoritario), aunque allí se efectuó esa consideración al hacer alusión a los argumentos del recurrente, sin que pueda afirmarse que ello forma parte del argumento del voto mayoritario de la CSJN.

<sup>375</sup> V. *supra*, punto III.a.

<sup>376</sup> V. *supra*, nota 337.

---

[a] los presupuestos del cumplimiento de una pena dentro del marco de la dignidad humana, pertenece el que los condenados a prisión perpetua tengan al menos una oportunidad de gozar nuevamente de la libertad. La posibilidad de un indulto no es por sí sólo suficiente; antes bien, el principio del Estado de Derecho ofrece los presupuestos bajo los cuales la ejecución de una pena de prisión perpetua puede suspenderse, así como para reglamentar el proceso aplicable para tal efecto.<sup>377</sup>

---

Sin embargo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha afirmado el criterio según el cual la dignidad del trato o pena no se define únicamente en base a condiciones materiales, al señalar que

---

La prohibición enunciada en el artículo 7 [prohibición de la tortura y tratos o penas crueles] se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral.<sup>378</sup>

---

La Observación presupone que los castigos pueden ser legales desde el punto de vista jurídico, pero aun así constituir tratos prohibidos internacionalmente.

Ahora bien, lo que nos ocupa entonces es determinar *en abstracto* si la previsión legal de penas perpetuas de larga duración o sin posibilidad de excarcelación importa un trato indigno. Para ello resulta decisivo adentrarnos en el problema de la incerteza del monto de condena, asunto esbozado al tratar el principio de legalidad.

### iii. La indeterminación de la pena como trato inhumano

Cuando se impone pena de prisión sin límite de tiempo, necesariamente el encierro carcelario se extiende tanto como la vida de la persona condenada y, por esa razón, la pena se torna indeterminada en su duración. Aquí se defenderá la tesis según la cual una pena sin límite de tiempo debe ser considerada una vulneración a la dignidad humana y una contravención a la prohibición de imponer tratos o penas crueles o inhumanas, por cuanto mantener privada de la libertad a una persona sin expectativas de excarcelación constituye no sólo una violación al principio de resocialización de las penas, sino también una afrenta a la dignidad humana.

La jurisprudencia, indirectamente, ha aceptado esta idea al rechazar el análisis sobre la constitucionalidad de a prisión perpetua por existir la posibilidad de liberación anticipada

---

<sup>377</sup> SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, traducción de ANZOLA GIL, M. y MAUS RATZ, E., p. 55.

<sup>378</sup> Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, Observación n° 20, 10/3/1992, art. 5, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf> [consulta: 3/2/2021].

vía libertad condicional o salidas del régimen de ejecución.<sup>379</sup> También es frecuente en la jurisprudencia local el rechazo de este argumento mediante afirmaciones según las cuales se expresa la idea de que las penurias sufridas como consecuencia de la pena no constituyen una tortura.<sup>380</sup> Para sostener esta posición, se invoca el art. 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que dispone

---

[p]ara los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. [...] No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

---

Sin embargo, existen al menos tres razones para descartar ese criterio como herramienta de evaluación para determinar si una pena implica un trato indigno.

En primer lugar, resulta paradójico invocar un tratado internacional de derechos humanos para restringir la interpretación de otros que versan sobre el mismo punto y pretenden erradicar las mismas prácticas –esto es, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, por una parte, y los tratados sobre torturas y penas o tratos crueles, inhumanos y/o degradantes que antes mencionados, por otra–. En segundo orden, cabe dudar de la pertinencia de la cita: que el sufrimiento causado por el desconocimiento de la fecha de finalización de la condena no constituya una «tortura» a los términos de aquella convención, no implica que no pueda implicar una «pena o trato» cruel, inhumano y/o degradante a la luz de los demás acuerdos internacionales. Esta situación particular está prevista, por ejemplo, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que prevé que

---

<sup>379</sup> En este sentido, ha señalado que sería intempestivo pronunciarse respecto de todo planteo de inconstitucionalidad, con base en la indeterminación de la pena como consecuencia de la incertidumbre respecto de la concesión de la libertad condicional o los beneficios del sistema progresivo de la ejecución puesto que “[e]l paso del tiempo es solamente uno de los requisitos a tener en consideración, mas no convierte a la libertad condicional en automática. Las posibilidades de aplicar un sistema de progresividad implican que la pena de prisión perpetua no pueda calificarse como cruel, inhumana o degradante”, conf. TOC N° 15, Cap. Fed, en "Azcona, Lucas Ariel", cit., voto mayoritario; en el mismo sentido, Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), sala III, “Antelo, Marcelo Alejandro”, 09/05/2014 y sala IV, “Estrella”, 22/05/2013.

<sup>380</sup> SCJMza, “Ortiz Morel”, 11/6/2018, también SCJMza, “Araya Rivas”, 31/10/2016.

---

[t]odo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.<sup>381</sup>

---

Por último, la invocación del segundo párrafo del artículo de la Convención Interamericana que se cita para rechazar el argumento en la parte en que señala que no se considerarán «tortura» las consecuencias de medidas legales –“[n]o estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas”–, debe ser interpretada de manera coherente con la definición de tortura que esa norma brinda al comienzo, dada la cláusula final que dispone “[...] siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”. De modo tal que los sufrimientos en cuestión no serán considerados «torturas» cuando no sean infligidos intencionalmente como medio intimidatorio, castigo personal ni pena; y cuando no tiendan a anular la personalidad o disminuir la capacidad. Luego analizaremos cómo la prisión perpetua sin fecha de término, precisamente, implica esto último.

La CSJN no se ha expedido, en fallos unánimes, sobre este extremo. En el caso “Estévez” rechazó que una pena de larga duración –en el caso, a treinta y cuatro años y seis meses de prisión– constituyera un trato cruel, inhumano o degradante, mediante su comparación con la extrema gravedad de los hechos por los que se había condenado al acusado –robo agravado por el uso de arma, estafa, homicidio agravado en grado de tentativa en dos oportunidades, tenencia de arma de guerra, en concurso real; y homicidio en concurso real con lesiones leves–.<sup>382</sup>

Ahora bien, ¿qué razones permiten calificar a la pena de prisión perpetua sin límite de tiempo como una pena cruel, inhumana y degradante?

Las entidades internacionales de mayor jerarquía en materia de interpretación sobre derechos humanos lo han considerado de ese modo. Por una parte, la Corte IDH ha reafirmado que la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes están

---

<sup>381</sup> Conf. art. 16.1, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>382</sup> CSJN, “Estévez”, Fallos 333:866, cons. 9°.

estrictamente prohibidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,<sup>383</sup> con independencia de las circunstancias

---

[l]a prohibición de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes es absoluta e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades.<sup>384</sup>

---

La Corte IDH también ha enfatizado cómo la desproporción entre el delito y la pena en casos de sanciones legalmente legítimas puede importar una pena contraria a la dignidad humana y –por ello– incluida en la prohibición del derecho internacional

---

[...] el carácter dinámico de la interpretación y aplicación de esta rama del derecho internacional ha permitido desprender una exigencia de proporcionalidad de normas que no hacen ninguna mención expresa de dicho elemento. La preocupación inicial en esta materia, centrada en la prohibición de la tortura como forma de persecución y castigo, así como la de otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, ha ido extendiéndose a otros campos, entre ellos, los de las sanciones estatales frente a la comisión de delitos. Los castigos corporales, la pena de muerte y la prisión perpetua son las principales sanciones que son motivo de preocupación desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos. Por lo tanto, este ámbito no sólo atiende a los modos de penar, sino también a la proporcionalidad de las penas, como ya se señaló en esta Sentencia [...]. Por ello, las penas consideradas radicalmente desproporcionadas, así como aquellas que pueden calificarse de atroces en sí mismas, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes.<sup>385</sup>

---

En el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” el intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos afirmó que la pena de prisión perpetua –en el caso, impuesta a niños– “impide el análisis de las circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, le permita obtener la libertad anticipada en cualquier momento”; además, sostuvo que “no permite una revisión periódica constante de la necesidad de mantener a la persona privada de la libertad”.<sup>386</sup> Las consideraciones de la Corte IDH en aquel caso la condujeron a sostener que la prisión perpetua impuesta a adolescentes menores de edad podía constituir un trato o pena cruel, inhumana y degradante en abstracto, tras lo cual comprobó –en concreto y con las pruebas relativas a

---

<sup>383</sup> Corte IDH, “Caso Cantoral Benavidez vs. Perú”, 18/08/2000, párr. 95; “Caso Fleury y otros vs. Haití”, 23/11/2011, párr. 70; “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, 14/05/2013, párr. 173, entre otros.

<sup>384</sup> Corte IDH, “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú”, 25/11/2004, párr. 100; “Caso Fleury y otros vs. Haití”, cit., párr. 70; “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 173, entre otros.

<sup>385</sup> Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 174.

<sup>386</sup> Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 175.



aquella causa— que en relación a los peticionantes se había verificado un trato de tales características.<sup>387</sup>

Por otra parte, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y las Penas o Tratos crueles, inhumanos o degradantes creado en el seno del Consejo de Europa ha considerado que es inhumano encarcelar a una persona de por vida, sin ninguna esperanza realista de recuperar la libertad.<sup>388</sup> El Comité ha sido enérgicamente crítico con las penas a perpetuidad, que parten de la consideración, sin excepción y revisión, de que todas las personas condenadas a cadena perpetua son y serán peligrosas. Para el Comité, tal consideración excluye la posibilidad de rehabilitación, afirmando como fundamentación única en los fines de castigo y protección de la sociedad, sin esperanza de rehabilitación ni reintegración en la sociedad, lo cual deshumaniza al individuo. Según el Comité, esto no quiere decir que todos los condenados a cadena perpetua deban ser liberados inexorablemente, sino que este tipo de condenas sean sometidas a un proceso de revisión significativo en algún momento, basado en objetivos individualizados definidos previamente en el plan de ejecución y que sean regularmente revisados. Los beneficios de tal previsión son varios: por un lado, garantiza al interno ese derecho a la esperanza; por otro, es un instrumento de gran utilidad para motivar su comportamiento positivo. Además, en relación a esto último, supone una ayuda para las administraciones penitenciarias en la gestión de los condenados que, de otro modo, al carecer de esperanza, tampoco tendrán nada que perder.<sup>389</sup>

En sus informes, el Comité Europeo ha establecido tres exigencias que debe cumplir la pena de prisión perpetua para no importar un trato cruel, inhumano o indigno. Primero, la legislación de los Estados debe prever un plazo durante el cumplimiento de la cadena perpetua para posibilitar la revisión de la condena. Segundo, los Estados parte deben establecer un procedimiento a través del cual sean revisadas estas condenas. Y tercero, la detención en prisión debe organizarse de tal manera que los condenados a cadena perpetua puedan progresar hacia su rehabilitación.<sup>390</sup>

---

<sup>387</sup> Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párrs. 176 a 183.

<sup>388</sup> “In the CPT’s opinion, it’s inhuman to imprison a person for life without any realistic hope of release”, citado por RODRÍGUEZ YAGUE, C., “Estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3º época, nº 17, 2017, pp. 225-275.

<sup>389</sup> RODRÍGUEZ YAGUE, C., “Estándares internacionales...”, cit., p. 257.

<sup>390</sup> *Ídem*, p. 258.

Encerrar de por vida a una persona sin chances de salida supone tratarla como una fuente de peligro que debe ser aislada o contenida.<sup>391</sup> Esto significa despojar al condenado de su humanidad, para pasar a considerarlo un objeto, una «cosa» que debe ser «puesta fuera de circulación». Al tratar a las personas de este modo se les inflige un daño que está prohibido por nuestro texto constitucional.

Para mostrar este punto, conviene acudir a algunos casos resueltos por el TEDH sobre este asunto. En el caso “Vinter y otros vs. Reino Unido” el TEDH se ocupó de analizar si la pena de prisión perpetua impuesta por el Reino Unido contrariaba el art. 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que prevé que “[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En aquella ocasión la primera conclusión a la que llegó el TEDH fue que “[...] una pena manifiestamente desproporcionada sería contraria al artículo 3 del Convenio”.<sup>392</sup> También concluyó que “[c]uando el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar una pena a cadena perpetua que permita su conmutación, perdón, terminación o la obtención de la libertad condicional, se cumpliría con el artículo 3” por lo que “[...] para que una pena a cadena perpetua sea compatible con el artículo 3, deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de la revisión de la pena”.<sup>393</sup> Y destacó que

---

[...] si un recluso es encarcelado sin ninguna expectativa de ser puesto en libertad y sin la posibilidad de que su pena a cadena perpetua sea revisada, existe el riesgo de que nunca pueda redimirse de su delito: independientemente de la conducta del recluso en prisión, de su excepcional progreso en cuanto a su rehabilitación, su pena permanecerá fija y será irrevisable. En todo caso, la pena se acentúa con el paso del tiempo: cuanto más viva el recluso, más larga será la pena.<sup>394</sup>

---

En lo que a nuestro análisis interesa, corresponde rescatar la conclusión del TEDH según la cual una pena privativa de libertad perpetua es incompatible con los estándares previstos por la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuando no prevé la posibilidad de revisión de la pena, sin que pueda obligarse al condenado a esperar un número de años indeterminado de condena antes de que pueda alegar que la misma vulnera esa prohibición. Ello, por cuanto

---

<sup>391</sup> V. las consideraciones respecto de la tensión que generan las penas de duración indeterminada con el principio de culpabilidad y la posible degradación de la personalidad implicada en la condena de autores en base a su personalidad y no al hecho cometido, *supra*, punto II.b.ii.

<sup>392</sup> TEDH, Gran Sala, “Vinter y otros vs. Reino Unido”, cit., párr. 102.

<sup>393</sup> *Ídem*, párrs. 109 y 110.

<sup>394</sup> *Ídem*, párr. 112.

---

[...] sería irrazonable esperar que el recluso trabajara para obtener su rehabilitación sin que este supiera si, en una fecha futura e indeterminada, se introduciría un mecanismo de revisión que le permitiría, sobre la base de su rehabilitación, obtener la libertad. Una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca. En consecuencia, cuando el derecho nacional no prevea ningún mecanismo de revisión de una pena a cadena perpetua, la incompatibilidad de este tipo de pena con el artículo 3 se produciría en el mismo momento en el que se impone la pena a cadena perpetua y no con posterioridad en algún momento del transcurso de la condena<sup>395</sup>

---

En posteriores pronunciamientos el TEDH ha reafirmado que si bien la pena de prisión perpetua no constituye en sí una violación al art. 3 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, sí puede hacerlo cuando dicha condena no permita reconocer una perspectiva de liberación y la posibilidad fáctica y jurídica –de hecho y de derecho– de revisión.<sup>396</sup> Y esa revisión debe tener lugar dentro del tiempo de vida previsible de la persona condenada.<sup>397</sup>

Lo hasta aquí dicho puede sintetizarse como conclusión parcial del siguiente modo: la pena de prisión perpetua, en los casos en los que es impuesta sin que el condenado conozca el momento de su cumplimiento definitivo, constituye una pena y un trato cruel, inhumano y degradante, acentuado en los casos en que –como ocurre en nuestro país– no permite una revisión de reducción de pena, libertad condicional o salidas del régimen de ejecución penal.

## V. Conclusiones

La pena de prisión perpetua presenta tensiones con numerosas aristas de nuestro ordenamiento jurídico, en particular con principios del derecho internacional de los derechos humanos. Es posible identificar, en este orden, problemas de coherencia interna de las normas que configuran la prisión perpetua, que generan antinomias de diversos tipos. A ello se suman afectaciones al principio de culpabilidad en dos planos: por un lado, en la imposibilidad de adecuar la pena perpetua a la medida de la culpabilidad cuando está prevista como pena fija, y por otro el modo en que esta pena está prevista refleja un tratamiento cercano al derecho penal de autor. También la proporcionalidad de las penas presenta desajustes, no en relación a la gravedad de los hechos que están

---

<sup>395</sup> *Ídem*, párr. 122.

<sup>396</sup> TEDH, Sala Cuarta, “Harakchiev y Tolumov v. Bulgaria”, cit.; Gran Sala, “Murray v. Países Bajos”, cit.

<sup>397</sup> MAVRONICOLA, N., “Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context”, *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 721-743.

dirigidas a contestar, sino entre sí, pues no es posible explicar racionalmente la diversa regulación de la prisión perpetua en el Código Penal, la ley 26.200 y el Estatuto de Roma, si se toman en consideración los distintos tipos de crímenes que cada instrumento tipifica.

Esta falta de proporcionalidad, así como el hecho de que unos delitos prevean la prisión perpetua como máximo de una escala y otros no lo hagan, y la coexistencia de prisión perpetua con posibilidad de excarcelación y PPSE, también tensionan el principio de igualdad. También se ha analizado el modo en que interactúa la prisión perpetua con la división de funciones dentro del Estado, y se han identificado puntos problemáticos entre esta pena y el principio de legalidad.

Desde una perspectiva de derechos humanos, es posible afirmar que los efectos del encarcelamiento de larga duración no deben –únicamente– ser analizados en base a las afectaciones físicas o las patologías psicológicas que ocasiona el encierro, sino que deben incorporarse al análisis otro tipo de dinámicas, vinculadas con el modo en que las personas reconocen su identidad y se desarrollan. De esta manera es posible captar dimensiones de la dignidad humana no alcanzadas por estudios naturalísticos o con enfoque médico.

Esto es relevante para la evaluación del modo en que la prisión perpetua se vincula al mandato internacional de resocialización de las penas y a la prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Queda descartado que la resocialización pueda alcanzarse si no se permite el retorno al medio social, pero además, la readaptación debe ser una oferta –y no un requisito para la liberación– si es que no se pretende causar una afectación a la dignidad de la persona detenida. En este orden, también es necesario que la prisión perpetua sea *determinada*, de modo que no vulnere el mandato de certeza y, así, sea cruel; y que el encierro sea ejecutado en condiciones dignas, que faciliten el desarrollo de la personalidad.

Hasta aquí, entonces, se han señalado las principales objeciones a que debe hacer frente la pena de prisión perpetua. Ahora bien, ¿qué lugar debe tener el estudio de este tipo de problemas en un sistema neorepublicano deliberativo? ¿cómo pueden ser evaluadas en nuestra república concreta? A dar respuesta a estas preguntas está dedicado el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO IV: DEMOCRACIA, REPUBLICANISMO Y PRISIÓN PERPETUA

### I. Planteamiento

Hasta aquí hemos analizado las implicaciones de adoptar un modelo neorepublicano y democrático deliberativo para el Estado y especialmente para la elaboración, fundamentación y diseño del Derecho penal (capítulo I). Mediante una genealogía de procesos legislativos hemos delimitado y descripto la pena de prisión perpetua vigente en nuestro país y ha sido posible advertir que la producción nacional de legislación penal –al menos en lo que a la prisión perpetua respecta– está lejos de aproximarse a los estándares del neorepublicanismo deliberativo. Nuestras penas han sido pensadas generalmente por especialistas convocados por el Poder Ejecutivo que han trabajado de un modo eminentemente cerrado, o por legisladores que han diseñado reformas que respondían a fines electoralistas basadas en demandas populares punitivistas. Hemos concluido que el tipo de prisión perpetua actualmente vigente en Argentina, salvo contadas excepciones, es la PPSE, aunque no exista un consenso democrático fuerte respecto a ello y, de hecho, reine cierta confusión sobre si existe o no la PPSE en nuestro país. Esta pena, por definición, equivale a la exclusión social y política de las personas a las que se impone (capítulo II).

Que la prisión perpetua entra en conflicto con diversas normas de nuestro derecho ha sido demostrado en el capítulo III, donde también se ha expuesto un número de razones que permiten considerar a esta pena como una cruel. La prisión perpetua no sólo presenta problemas de sistematicidad con relación a otras normas y principios del Derecho penal, sino que además –y lo que es más complejo– entra en tensión con principios constitucionales y con derechos humanos reconocidos internacionalmente. La difícil defensa jurídica de esta pena requiere asentarse en interpretaciones restrictivas de numerosos derechos y principios, así como un esfuerzo por colocar conceptos como «perpetuidad», «resocialización» o «cruel, inhumano o degradante» en la zona «porosa» o de «textura abierta» que existe alrededor de los «casos claros».<sup>398</sup> En otras palabras, sólo es posible encontrar coherencia entre la prisión perpetua y el resto del ordenamiento jurídico mediante interpretaciones «estratégicas» de ciertos conceptos, y en todo caso restrictivas de los derechos humanos y los principios implicados.

---

<sup>398</sup> Sobre esta caracterización del Derecho, véase HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. VII.

En este capítulo final se defenderá la tesis según la cual la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación es incompatible con un Estado que pretenda acercarse a los ideales neorepublicanos y democrático-deliberativos (II). Luego, y a partir del empleo del instrumental teórico desarrollado, se sostendrá una tesis de segundo orden orientada hacia la legislación nacional que afirma que nuestra prisión perpetua no sólo se encuentra lejos del ideal del neorepublicanismo deliberativo, sino que además constituye un obstáculo para la realización del modelo republicano y democrático propio de nuestro sistema político (III). Posteriormente, en un breve excurso se evaluarán propuestas para el abordaje institucional del problema (IV) y, finalmente, se concluirá (V).

## **II. El neorepublicanismo deliberativo y su incompatibilidad con la pena de prisión perpetua**

### *a. Los estándares políticos*

El capítulo I estuvo dedicado a reconstruir el neorepublicanismo deliberativo como una teoría política relevante para la forma en que pensamos las prácticas penales. Esta teoría será tomada como un ideal regulativo, es decir, como un punto de referencia para analizar en general la pena de prisión perpetua y en concreto la prisión perpetua argentina.

Un «ideal regulativo» es un horizonte normativo hacia el que debemos tender en la medida de lo posible,<sup>399</sup> un estado de cosas que evaluamos como deseable o correcto y que es valioso, trascendental, perfecto, abstracto y contrapuesto a la realidad. Nos propone un punto de referencia que puede ser o no alcanzable, pero que tiene valor normativo: las cuestiones dejan de ser asuntos de «todo o nada» para pasar a ser cuestiones de grados.<sup>400</sup> El estado de cosas definido como ideal debe ser lógicamente posible, pero no necesariamente *empíricamente* posible pues los ideales normativos pueden ser completamente inalcanzables sin por ello perder su valor. Lo relevante del ideal es que establece una gradación de los mundos posibles, utilizando como criterio de

---

<sup>399</sup> MARTÍ, J. L., “La nozione di ideal regolativi: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto”, en *Ragion Pratica*, n. 25, 2005, pp. 381-404, también en MARTÍ, J. L., *La república deliberativa*, cit., pp. 24-27. Una noción similar es la de «mandatos de optimización» acuñada por Robert ALEXY para caracterizar a los principios como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible”, que “pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas” (véase ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87). Aunque –como destaca MARTÍ– considerarlos principios y no ideales conduce a consecuencias jurídicas distintas.

<sup>400</sup> MARTÍ, J. L., *La república deliberativa*, cit., p. 25.

mérito la aproximación al estado de cosas considerado ideal. Además, del ideal regulativo pueden extraerse ciertas normas –«principios regulativos»– que imponen obligaciones respecto del mundo que debe alcanzarse, un mundo que sí debe ser empíricamente posible y accesible. Lo que se requiere es un estado de cosas que se aproxime lo máximo posible al ideal regulativo, pero no el estado de cosas definido por el ideal.<sup>401</sup>

El ideal regulativo entonces origina «deberes genéricos» de tender hacia él, de orientar las decisiones con esa referencia, y de allí se extraen deberes concretos que forma de principios intermedios que nos obligan a elegir los cursos de acción que nos lleven a los mundos –posibles y accesibles– que más se aproximen a ese estado de cosas.<sup>402</sup>

Ahora bien, nuestro ideal regulativo es el neorepublicanismo deliberativo caracterizado en el capítulo I, cuyas características principales son:

- i) la amplia *participación popular* en la toma de decisiones pública, como mecanismo necesario para alcanzar el autogobierno;
- ii) el ideal de *libertad* entendido como no-dominación, como propósito último;
- iii) la confianza en la *virtud cívica* de la ciudadanía;
- iv) la *deliberación* como forma de toma de decisiones y de acceder a «verdades morales» colectivas que puedan ser positivizadas en el Derecho;
- v) la necesaria *intervención de las partes interesadas* en la deliberación, lo que permite que las decisiones se legitimen procedimentalmente y, concretamente en punto al Derecho penal, que las personas acusadas puedan percibir al Derecho como propio.

#### *b. Dos aproximaciones neorepublicanas a la prisión perpetua*

Demarcado el ideal regulativo corresponde ahora ingresar al primer problema, relativo a los límites que el sistema político impone a las penas. La fundamentación política de la pena es, como vimos en el capítulo I, una idea defendida desde diversas perspectivas. A continuación se presentarán las propuestas sobre el impacto del diseño político en la penalidad máxima ofrecidas por PETTIT y BRAITHWAITE, por un lado, y por DUFF, por otro.<sup>403</sup>

---

<sup>401</sup> MARTÍ, J. L., “La nozione di ideal regolativi...”, cit.

<sup>402</sup> *Ídem.*

<sup>403</sup> El republicanismo admite numerosísimas corrientes y caracterizaciones, y en punto a la penalidad las aproximaciones son variadas. Por caso, un contractualista republicano como ROUSSEAU pudo sostener que

Para PETTIT y BRAITHWAITE la teoría republicana aporta cuatro principios intermedios para interpretar el objetivo abstracto respaldado por los republicanos, que sintetizan como «la promoción del dominio».<sup>404</sup> El primer principio intermedio es la *parsimonia*, que busca visibilizar que toda intervención de la justicia penal implica ciertos «costos iniciales» pues todo acto de penalización, vigilancia, investigación o detención, etc., inflige un daño inmediato e incuestionable en el dominio de alguien, mientras que los beneficios son casi siempre de índole distante y probabilística. Por eso, este principio requiere que la carga de la prueba deba recaer sobre la justificación de cualquier iniciativa punitiva, y no sobre su ausencia o eliminación. Dicho en términos claros, debe promoverse una menor y más razonada intervención penal.<sup>405</sup>

El segundo principio es el *control del poder*, que sostiene que la dimensión subjetiva implicada en el dominio puede verse socavada ante la falta de una garantía de que toda persona será tratada como corresponde. Por eso, se requiere que las autoridades penales estén controladas y las personas tengan asegurado que éstas no obrarán de modo prejuicioso o caprichoso al juzgarlas, incluso cuando la ley les conceda facultades discrecionales.<sup>406</sup>

El tercer principio intermedio es la *reprobación*: el sistema penal debe organizarse de modo tal que la delincuencia sea desaprobada de modo más o menos efectivo por la comunidad. La reacción pública, para los republicanos, tiene una actitud moralizante –que como vimos, algunos liberales rechazan– respecto de las amenazas criminales al dominio. El Estado republicano está legitimado para educar coercitiva o formativamente y, en ese esquema, al hacer que las personas comprendan que el delito es vergonzoso se ofrece una protección a la comunidad superior a la que brinda la institución coercitiva. La vergüenza protege más frente al delito que el aumento de penas, pues impacta más en las decisiones que un cálculo racional de costes y beneficios. Además, esto requiere que los ciudadanos entiendan *por qué* el Derecho penal hace lo que hace. Por eso, el elemento

---

“todo malhechor que ataca el derecho social se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, deja de ser miembro de ellas al quebrantar sus leyes y le hace la guerra” –v. ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Madrid, Mestas, 2019 (1762), p. 41–, tesis que en este trabajo se resistirá. Aquí, y conforme al deslinde de corrientes republicanas realizado *supra*, capítulo I, punto II, se atenderá a las formas neorepublicanas de aproximarse a la penalidad. Claro está que las presentadas en este apartado no son las únicas perspectivas neorepublicanas sobre el castigo, aunque sí las más representativas.

<sup>404</sup> BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido...*, cit., p. 108-113.

<sup>405</sup> *Ídem*, p. 108.

<sup>406</sup> *Ídem*, pp. 108-109.



de desaprobación de la pena es fundamental para la teoría republicana:<sup>407</sup> “[l]a forma paradigmática de reprobación consistirá en razonar moralmente con los delincuentes, pues esta es la manera más directa de inducir la comprensión del mal del acto cometido y provocar la sensación de vergüenza”.<sup>408</sup>

El último principio intermedio es la *reintegración*, que supone que el sistema penal debe procurar la restauración del dominio para aquellos ciudadanos que lo vieron afectado ya sea por el delito o por el castigo. Tanto el dominio de la víctima como del victimario deben verse restaurados. Cuando las comunidades respetuosas de la ley le asignan a los infractores un «estatus penal», los alienan y favorecen que mantengan una identidad criminal;<sup>409</sup> por eso en el caso de quienes delinquen el principio de reintegración tiene por finalidad evitar que caigan en una categoría de «ciudadanos de segunda» sin pleno goce del dominio y, también, evitar que a causa de ello vuelvan a delinquir.

Ahora bien, aunque este conjunto de principios intermedios tiene consecuencias en la configuración de la penalidad,<sup>410</sup> para PETTIT y BRAITHWAITE no imposibilitan teóricamente la pena de prisión perpetua. Como reglas generales, consideran que los principios de nivel medio implican que las escalas penales nunca deberían tener mínimos y que las penas concretas deberían fijarse en relación a cuatro funciones principales: la rehabilitación, la incapacitación, la disuación y la educación moral.<sup>411</sup> La limitación de la discrecionalidad judicial es una de las mayores preocupaciones de estos autores, quienes tampoco admiten que la gravedad del castigo se determine en función de la peligrosidad, ni siquiera frente a casos extremos de delincuentes violentos o vengativos.<sup>412</sup> Por eso genera cierta perplejidad que no se opongan a la prisión perpetua. Aunque creen que ningún delito la merece y que su aplicación es selectiva,<sup>413</sup> no ven objeciones morales a la pena de prisión perpetua siempre que sea instaurada como pena máxima dentro de una

---

<sup>407</sup> *Ídem*, pp. 109-111.

<sup>408</sup> *Ídem*, p. 111.

<sup>409</sup> *Ídem*, pp. 112-113.

<sup>410</sup> Las consecuencias de las propuestas republicanas de PETTIT y BRAITHWAITE se extienden a numerosas áreas del Derecho penal, como la teoría de la criminalización, la asignación de recursos del sistema, el tipo e intensidad de vigilancia que puede ser tolerada, la forma de realizar investigaciones, los casos que deberían llevarse a juicio o la forma y casos en que se puede negociar una pena; *ídem*, caps. 5 y 6.

<sup>411</sup> *Ídem*, pp. 146-152.

<sup>412</sup> *Ídem*, p. 170.

<sup>413</sup> “[...] sabemos a partir de los precedentes históricos que los castigos máximos sin límites tienen como resultado la victimización selectiva de los pobres”, *ídem*, pp. 122-123.

escala que no tenga mínimo.<sup>414</sup> En su trabajo, sin embargo, no son específicos sobre si la prisión perpetua a la que aluden permite o no la excarcelación.

La tesis de PETTIT y BRAITHWAITE puede ser objeto de algunas observaciones. Por una parte, se trata de una tesis estrictamente neorepublicana, más no es democrático-deliberativa en el sentido que se defiende. Como pudo verse en el capítulo I, el modelo de democracia que defienden es *contestatorio*, lo que supone que su marco de referencia se acota y se torna central la libertad como no-dominación en desmedro de la importancia de la confianza en la virtud cívica ciudadana y la aspiración a alcanzar el autogobierno como forma de instrumentar la libertad. Por otra parte, y aún dentro de este marco político, puede objetárseles cierta «pérdida de anclaje político» puesto que omiten toda referencia a la participación del autor del delito en la construcción del Derecho que se le aplica. Además, como forma de evitar el populismo punitivo proponen un diseño elitista del Derecho penal –a cargo de un consejo de política criminal– que no explica cómo puede garantizarse la no-dominación si no se toma en consideración la posible dominación que puede provenir de la norma misma que prevé la prisión perpetua para ciertos delitos. ¿Por qué no es relevante en su propuesta el punto de vista del destinatario de la norma?

En un tercer orden, el hecho de que no vean problemas con esta pena parece resultar incoherente con su posición respecto de la necesidad de determinación judicial de la reacción punitiva, considerando las objeciones que pueden plantearse al carácter fijo de la prisión perpetua.<sup>415</sup> Por último, y derivado de ello, la defensa de la prisión perpetua debería enfrentarse a la objeción del exceso de interferencia estatal en el dominio del autor. Está claro que la mayoría de delitos conminados con prisión perpetua importan muertes, lo que supone una interferencia privada definitiva en el ámbito de la víctima. Sin embargo, como veremos luego una restricción de la libertad hasta que ocurre la muerte en prisión es una interferencia estatal que puede superar a la interferencia privada que la justifica.

Por su parte, Antony DUFF se ha cuestionado más específicamente si existen casos en los cuales se podría justificar la pérdida de la ciudadanía y, con ella, el sentido de la empresa comunicativa implicada en la investigación, juicio y castigo penal. Su atención se ha centrado en los «casos difíciles»: aquellos en los que la ofensa cometida es tan grave que

---

<sup>414</sup> *Ídem*, pp. 170-174.

<sup>415</sup> Véase cap. III, puntos II.b y II.c.

pone en tela de juicio la relación misma del autor con la comunidad,<sup>416</sup> y reconoce que la aspiración a un sistema de justicia penal plenamente inclusivo –que no deje de tratar a ningún delincuente como conciudadano– es muy exigente especialmente frente a delitos graves:

---

“¿No habría que reconocer tal vez la existencia de algunos delitos que, sobre todo si se cometen de manera reiterada, destruyen de manera tan absoluta los lazos de la comunidad política que tornan imposible la asociación continuada del delincuente? ¿Delitos tales que la única respuesta posible a ellos es la exclusión, una exclusión que pueda ser, al menos de manera presunta, permanente?”<sup>417</sup>

---

En su libro *Punishment, Communication and Community* DUFF analizó el caso de los criminales «peligrosos», una categoría que no resulta de «indicadores» de peligrosidad sino de la persistente comisión de crímenes contra las personas, por lo que el criminal peligroso es quien se autodefine o autoconstituye como tal. Se trata de personas que continuamente atacan a otras y burlan los requerimientos básicos de la ciudadanía persistente y constantemente, de modo que hacen imposible la reconciliación de la comunidad con ellos.<sup>418</sup> DUFF admite encontrarse «inquieto» –*uneasy*– respecto de la respuesta que corresponde adoptar frente a estos casos. Sobre la solución de aplicar un encarcelamiento extendido, señala que

---

[a]un si tal encarcelamiento fuera sólo presuntivamente permanente y pudiera ser cumplido en condiciones mucho más humanas y constructivas que aquellas que caracterizan demasiadas de nuestras prisiones existentes, estaríamos diciendo al ofensor ‘nunca más podrás vivir con nosotros en nuestra comunidad política, y debes vivir tu vida (a menos que te reformes) en prisión’. Aunque no es lo mismo que renunciar absolutamente a considerar al ofensor redimible, se acerca mucho a ello.<sup>419</sup>

---

Lo decisivo, para DUFF, es que se trataría de un trato particularmente grave puesto que no se permite al ofensor salir de la comunidad y hacer su propia vida, o encontrar su propio camino fuera de esos vínculos.<sup>420</sup> Por una parte, la prisión presuntamente permanente

---

<sup>416</sup> Este tipo de casos son los que para Günther JAKOBS fundamentan la pérdida de ciudadanía, véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit.

<sup>417</sup> DUFF, A., “Un derecho penal democrático”, cit., p. 49. El discurso de la pérdida de la ciudadanía para cierto tipo de delincuencia desde la perspectiva de la prevención general positiva ha sido analizado con detenimiento por JAKOBS, véase JAKOBS, G., “Derecho penal del ciudadano...”, cit.. En sentido crítico, HEINRICH, B., “Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 121, Heft 1, 2009, pp. 94-130; SALIGER, F., “Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?”, en *JuristenZeitung*, J.61, n° 15/16, 2006, pp. 756-762.

<sup>418</sup> DUFF, A., *Punishment, Communication...*, cit., pp. 170-172.

<sup>419</sup> *Ídem*, p. 172, traducción propia.

<sup>420</sup> En la Antigüedad la pena de destierro o exilio se vinculaba precisamente al respeto por la pertenencia al grupo –la ciudadanía– que evitaba la ejecución: “de un lado sería una pena para el homicida en cuanto que

excluye de la participación en cualquier tipo de vida o comunidad fuera de la prisión. Por otra parte, y más crucial, la persona condenada a prisión perpetua no es simplemente *exiliada*, sino que además es forzada a vivir en un sitio concreto y bajo condiciones especialmente duras. Aun así, rechazar la posición que conlleva la pérdida de ciudadanía requiere, para DUFF, creer que todos los ofensores tienen como ciudadanos un derecho incondicional a ser reinsertos en su comunidad tras un período en prisión, lo que equivale a decir que los demás ciudadanos tienen un deber de aceptarlo. En este libro, DUFF no se encuentra seguro de ello y permanece en un estado de «incerteza incómoda».<sup>421</sup>

Posteriormente, en *Can we punish the perpetrators of atrocities?*, DUFF encaró el problema tomando como punto de partida la responsabilidad de criminales de lesa humanidad.<sup>422-423</sup> En esta oportunidad, sostuvo que para tomar al castigo como una respuesta moralmente apropiada a los delitos penales éste debe tener un carácter comunicativo y, por tanto, un propósito inclusivo, es decir, debe dirigirse a la persona castigada como miembro de una comunidad normativa. DUFF rechaza la idea de considerar que quienes persisten en cometer crímenes que burlan los lazos de comunidad se han autoexcluido de ella. Para ello, apela a una concepción de «ciudadanía incondicional» –*unconditional citizenship*–, según la cual ningún criminal, aunque serio o persistente, puede negar su estatus de ciudadano.<sup>424</sup>

La base de la responsabilidad relacional que adopta DUFF es la idea de que llamamos a responder a una persona por una conducta que definimos como delito de modo, normativo y en común; de manera que el vínculo de ciudadanía que nos une con el autor cumple dos funciones: posibilita el reclamo penal,<sup>425</sup> y nos obliga a tratarlo como

---

habría una norma positiva que sanciona su acción y restablece el orden social turbado, y es al mismo tiempo un derecho de ir al exilio, por cuanto se permite su huida sin sufrir otra pena y obteniendo la garantía de que nadie atentara contra su vida, salvo en el supuesto de su retorno”, véase TORRES AGUILAR, M., “La pena de exilio: sus orígenes en el derecho romano”, en *Anuario de historia del derecho español*, n. 63-64, 1993-1994, pp. 701-786.

<sup>421</sup> *Ídem*, pp. 172-174.

<sup>422</sup> DUFF, A., “Can we punish the perpetrators of atrocities?”, en BRUDHOLM, T.; CUSHMAN, T. (comps.), *The Religious in Responses to Mass Atrocities: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104.

<sup>423</sup> Vale la pena recordar que, paradójicamente, en nuestro derecho este tipo de delitos no está sancionado con PPSE, sino que persiste como un caso de prisión perpetua con acceso a libertad condicional y salidas del régimen de ejecución de la pena.

<sup>424</sup> *Ídem*, p. 86.

<sup>425</sup> Una posición frecuentemente sostenida por autores continentales, véase PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016; MAÑALICH, J. P., “Pena y ciudadanía”, en KINDHÄUSER, U., MAÑALICH, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2011, pp. 115-146; quienes sin embargo no analizan las consecuencias de esta fundamentación del castigo en punto a la penalidad máxima.

conciudadano. La posibilidad de que el juicio no logre la comunicación con el autor del delito cuando éste se ha colocado a sí mismo fuera de los límites de la comunidad al cometer atrocidades contra la humanidad –e incluso, en ocasiones, reivindicarlas– no impide que la comunidad se dirija a él como alguien que podría responder apropiadamente. Aun cuando no haya posibilidad de alcanzar con éxito la empresa comunicativa, el compromiso en intentar alcanzar el diálogo penal tiene un valor e importancia que no depende de su éxito.<sup>426</sup>

Tras reconocer las dificultades que esto implica para la comunidad y las víctimas,<sup>427</sup> admite que el tipo de respuesta que se exige de éstos es similar a una exigencia religiosa: es *tanto* lo que se pide a los afectados a nivel personal, que parece más una virtud religiosa que una cívica. Sin embargo, afirma que aun este tipo de criminales debe ser tratado como un agente moral con un estatus moral inviolable, y descarta que este reconocimiento tenga una base metafísica. La razón radica en que el tipo de reconocimiento al que apela es *categorico e incondicional* porque de ello depende una *moralidad plausible*. Abordar a los autores de los delitos más graves como conciudadanos, aun cuando no vayan a comprometerse en el tipo de diálogo pretendido y aun cuando el llamado a responder tenga un fuerte contenido de emociones reactivas, es necesario puesto que es coherente con la fundamentación normativa con la que se juzgan sus conductas.<sup>428</sup>

En definitiva, tras diversas aproximaciones a la cuestión DUFF ha considerado que existe una «ciudadanía incondicional» de la persona que obliga a la comunidad a llamar a responder a los delincuentes reactivos, que parecen excluirse a sí mismos de la comunidad. Ello, aun a pesar de que la comunicación parezca *ex ante* infructuosa.<sup>429</sup> Sin embargo, esto no ha llevado a DUFF a concluir que la prisión perpetua sea una pena que priva a la persona de su ciudadanía.

A la tesis de DUFF pueden plantearse dos críticas. En primer lugar, una objeción de «pérdida de anclaje político» –distinta a la de PETTIT y BRATHWAITE–: su conclusión contraria a la legitimidad de la privación de la ciudadanía se basa antes en razones de «plausibilidad moral» que en la relevancia misma de la ciudadanía y en su vínculo con el

---

<sup>426</sup> *Ídem*, p. 91.

<sup>427</sup> Especialmente en relación a las víctimas, DUFF reconoce que una cosa es “hablar desde el cómodo contexto de un seminario filosófico sobre el respeto incondicional que les debemos a todos los demás seres humanos en virtud de nuestra humanidad compartida, y otra cosa muy distinta es vivir la vida con ese espíritu y responder a los ‘malvados más terribles’ con ese espíritu”, *idem*, p. 97.

<sup>428</sup> *Ídem*, pp. 97-100.

<sup>429</sup> Véase capítulo I, punto IV.c.ii.

Derecho. Esto así, al punto que la equipara a un «sacrificio religioso» de los conciudadanos para mantener la ciudadanía de quienes cometen delitos graves. En su explicación no juega ningún papel el hecho mismo de la pérdida de la ciudadanía de cara a la futura relación entre el autor y la comunidad, sino más bien una concreta concepción moral. También puede objetarse que delinear los límites de la ciudadanía de esta forma, a partir de una concepción moral particular, no es compatible con un sistema político liberal y plural. La referencia teológica empleada para caracterizar el vínculo de ciudadanía en casos extremos desdibuja la noción de libertad republicana. El único valor que el neorepublicanismo espera de la ciudadanía es el compromiso en los asuntos políticos implicado en la *virtud cívica*, pero no una determinada concepción moral. Esto es una ventaja del neorepublicanismo, pues posibilita el pluralismo moral –y, así, evita la crítica liberal de perfeccionismo moral–.

*c. La tesis aquí defendida: incompatibilidad de la PPSE con el ideal regulativo*

La primera parte de esta tesis intentará demostrar que el sistema neorepublicano deliberativo reconstruido es incompatible con una pena como la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Para eso, se explicará en primer lugar cómo la exclusión política definitiva contradice el ideal regulativo en el plano teórico (i). Luego, se justificará por qué el tipo de trato materialmente implicado en la PPSE es impropio de una comunidad política regida según esta base política (ii). Finalmente, se analizará esta tesis a la luz de las críticas planteadas a las propuestas anteriormente descriptas (iii).

i. El «destierro fronteras adentro» y su incompatibilidad con el neorepublicanismo deliberativo.

La que primer tesis que será sostenida aquí afirma que la PPSE es incompatible con un sistema político neorepublicano deliberativo. Denominaremos a esta tesis «T1». En lo que sigue, se defenderán cuatro argumentos que permiten evaluar la pena de prisión perpetua a la luz los puntos principales que componen el ideal regulativo y dar sustento a la tesis T1.<sup>430</sup>

El primer argumento (A1) se enfoca en la *amplia participación popular* en la toma de decisiones pública que requiere el neorepublicanismo deliberativo. La participación es

---

<sup>430</sup> Véase punto II.a.

decisiva tanto para el componente deliberativo como para el republicano del ideal: por una parte, la deliberación como forma de toma de decisiones que cristalicen acuerdos sucedáneos a la discusión moral requiere la necesaria intervención de las partes interesadas; por otra, de ello depende la legitimación procedimental del Derecho y su percepción como propio por la comunidad, es decir, como una forma de autogobierno.

Si se asume como finalidad de un sistema político alcanzar decisiones públicas que representen los intereses de todos los afectados, no es posible aplicar penas que generen la exclusión del diálogo deliberativo de una persona ciudadana, como lo hace la pena de prisión perpetua indeterminada o sin posibilidad de excarcelación. Si el ideal regulativo tomado como referencia exige que las personas que forman parte de una comunidad política puedan i) ver al Derecho como una obra propia, que las representa y a cuya construcción han contribuido; y ii) tomar intervención en los asuntos públicos que les atañen; entonces no puede ser posible una pena que por definición excluya a las personas del diálogo comunitario.

La pérdida de ciudadanía política es un impedimento evidente para alcanzar el autogobierno: al menos, el gobierno no podrá predicarse integrativo de las personas políticamente excluidas. Es que además de excluir socialmente –algo inherente, en mayor o menor medida, a toda pena de prisión– la PPSE excluye al condenado del diálogo político, y lo hace de manera definitiva. Esto equivale a una expulsión a la persona del Estado, a un «destierro fronteras adentro», en una cárcel, que significa la supresión de la parte fundamental de la ciudadanía. Está claro que la ciudadanía no se compone únicamente de derechos y deberes políticos, pero el hecho de que el condenado a PPSE no se vea privado de absolutamente *todos* sus derechos y mantenga aún en el encierro una sujeción a diferentes normas que en algunos aspectos lo protegen –vgr. garantías de trato humano, protección de la dignidad, sustento mínimo, etc.–, no quita que esta pena importe principalmente la pérdida definitiva de derechos políticos.

Y esos derechos son, precisamente, los que aportan sustancia a la ciudadanía en el neorepublicanismo deliberativo: se es ciudadano no sólo por los beneficios mediatos que ello acarrea, sino principalmente porque el hecho de participar en los asuntos públicos asegura una libertad –propia del autogobierno– que permite que las normas reflejen, al menos procedimentalmente, el punto de vista de cada interesado. De modo que una vez

impuesta, la condena a PPSE genera *ex post* la expulsión de la participación en los asuntos públicos.

Pero además, en un plano *ex ante*, la PPSE soslaya la necesidad de que el Derecho que se aplica sea representativo de todas las voces interesadas. Trabajar en base a un ideal regulativo supone un estándar máximo a alcanzar, por lo que es necesario contemplar los casos en los que el ideal sólo sea logrado parcialmente. Por eso, un segundo argumento (A2) afirmará entonces que no en todos los casos será posible sostener que una persona condenada a PPSE haya, antes del delito, podido ver como propio el Derecho penal que prevé su propia exclusión definitiva. No me refiero aquí al posible consentimiento implicado en cometer una conducta conminada con prisión perpetua,<sup>431</sup> sino a la probabilidad de que la persona condenada a prisión perpetua no haya contado con las condiciones mínimas que requiere la ciudadanía<sup>432</sup> para considerar que ha podido participar en la construcción del Derecho que se le aplica.

Un ejemplo claro es la situación de marginalidad: si una ciudadana se encuentra en una situación tal que solo puede ocupar su libertad de organización en asegurar su propia subsistencia o la de su familia, no queda espacio para el tipo de participación política robusta que requieren el autogobierno y la democracia deliberativa. Para esta persona, las normas serán más bien el producto de una discusión ajena, que representa intereses de otras personas y que sólo de modo lejano podría ver como propias. Muy poco probablemente vea como propia la respuesta legal a un delito grave: se le reprocharía la vulneración de un Derecho que no contribuyó a formular y que sólo aparece cuando se trata de proteger bienes de otras personas.

Claro está que la concepción deliberativa de la democracia no implica que participar en la formación del Derecho equivalga a *estar de acuerdo* con su contenido.<sup>433</sup> No se sostiene

---

<sup>431</sup> NINO ha defendido una teoría consensual de la pena, véase NINO, C., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, cap. III; también NINO, C., *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pp. 116-133; quien además ha analizado, en el marco de tal teoría, la posibilidad de consentir la propia muerte como pena, véase NINO, C., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea 2017 (1984), pp. 466-478 y NINO, C., *Fundamentos...*, cit., pp. 155-175.

<sup>432</sup> Sobre el punto, véase MARTÍ, J. L., *La república deliberativa...*, cit., pp. 122-129.

<sup>433</sup> Esta cuestión se vincula a ciertas condiciones procedimentales de la democracia que generan una dinámica de interacción con tendencia hacia el consenso imparcial, como la necesidad de alcanzar acuerdos unánimes. Sin embargo, como ha señalado NINO, el procedimiento democrático es un *sucedáneo* institucionalizado del discurso moral informal –que puede terminar con consenso unánime para alcanzar la mayor calidad epistémica–, al que se llega naturalmente cuando es necesario fijar un tiempo para tomar una decisión si se quiere evitar que una minoría a favor del *statu quo* termine imponiéndose por la pérdida de la ocasión para decidir. Por eso el procedimiento democrático deliberativo es falible, tanto más cuanto más



aquí que toda persona acusada deba sentirse representada por el Derecho de su comunidad para que éste le sea aplicable, ni que el Derecho deba catalizar y reflejar todos los puntos de vista posibles. El ideal regulativo supone que el procedimiento deliberativo en condiciones de imparcialidad asegura un equilibrio de puntos de vista alcanzado por unanimidad. Sin embargo, en una democracia deliberativa realizable en la práctica habrá necesariamente casos de personas que hayan podido ejercer su ciudadanía política y que podrán –o deberán– ver como *propio* al Derecho aunque no concuerden con él.

Un caso que probablemente sea así es el de los exdictadores o exrepresores que, una vez restaurado el Estado constitucional, son juzgados en virtud de un sistema jurídico democráticamente elaborado cuyo contenido contradice los ideales autoritarios. El ejemplo viene al caso puesto que en sistemas jurídicos como el argentino muchos de los delitos cometidos por sistemas dictatoriales prevén la pena de prisión perpetua –vgr. la desaparición forzada de personas, el secuestro seguido de muerte o el homicidio agravado por ser el autor un miembro de las fuerzas de seguridad–.<sup>434</sup> No es necesario, en todo caso, que el ciudadano condenado *esté de acuerdo* con el contenido del Derecho, sino que basta para considerar que se le aplica *su Derecho* con que pueda verlo como una obra en la que pudo tomar intervención y cuyo punto de vista pudo ser considerado. El Derecho deliberativamente formado es el reflejo de las preferencias morales colectivas alcanzadas en condiciones de imparcialidad, no de las preferencias de cada ciudadano. Esto es lo que permite afirmar que, aunque un exdictador considere ciertas normas como injustas, inapropiadas o por la razón que fuera no sean de su agrado, ello no será suficiente para señalar que esas normas no pueden ser vistas por él como parte de *su Derecho*, en la medida en que el Derecho se construye políticamente y él haya tenido posibilidades procedimentales de contribuir a conformarlo.

Ahora bien, la exclusión política implicada en la PPSE estaría poco legitimada frente a quienes no se verifican las precondiciones de la democracia deliberativa –como ocurre con las personas marginales–. Las estadísticas muestran que una buena parte de las personas condenadas son vulnerables en este sentido.<sup>435</sup> La pena –en general– en estos

---

se aleje de las exigencias de participación, discusión amplia y justificación, aunque aun así es menos falible que otros métodos de decisión colectiva, como la reflexión aislada de una sola persona o de un grupo de personas (NINO, C. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020 (1994), pp. 186-187).

<sup>434</sup> Véase *supra* capítulo II, punto II.a.

<sup>435</sup> En Argentina, el informe del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena del año 2017 resalta que el 69% de los condenados no había superado los estudios primarios, el 42% de las personas

casos se trataría antes del trato que un sector de la comunidad brinda a otro que no ve como par, antes que de una pena a la altura de los estándares de una república deliberativa. La PPSE en particular presenta el agravante –en estos casos– de excluir a alguien que no ha podido participar de las reglas que se le aplican, o no ha podido hacerlo de manera adecuada.

El Derecho puede no reflejar las preferencias de personas concretas y mantener su legitimidad, pero su legitimidad en términos de autogobierno se ve severamente afectada cuando aplica una pena que excluye de manera definitiva a una ciudadana que no pudo participar de la discusión sobre *su propio* Derecho. Al excluirla, se le aplica un derecho que no es *suyo*, con el agravante de que la PPSE es paradójica porque excluye pero continúa tratando como «miembro» a la persona condenada. Conforme al argumento A1, en el momento en que se condena a una persona a prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación opera una suerte de *capitis diminutio* por la cual la persona *pierde* su condición de «ciudadana» para pasar a ser «desterrada» o «exiliada» en un establecimiento penitenciario.

Un tercer argumento examina la confianza en la virtud cívica de la ciudadanía, con el foco puesto no ya en el autor del delito, sino en su comunidad (A3). La PPSE refleja una falta de virtud cívica, entendida como el compromiso que una comunidad neorepublicana y deliberativa exige a sus ciudadanos. Sin lugar a dudas, quien comete un delito gravísimo ha fallado en cumplir sus deberes cívicos y ha interferido severamente en la libertad de la víctima; precisamente por ello se justifica la aplicación de la pena máxima prevista en un régimen penal. Sin embargo, el modo en que una comunidad gestiona esa interferencia habla sobre su configuración política. La adopción de un sistema político implica ciertos compromisos y exige dejar de lado otros sistemas posibles, y el neorepublicanismo deliberativo demanda depositar una gran confianza en la virtud cívica. En el caso de quien comete el delito, su falta de apego a la consideración de sus conciudadanas en su calidad de tales justifica la pena. Sin embargo, de la comunidad es posible esperar que mantenga vigentes sus virtudes cívicas aun con las personas que hayan fallado en sus expectativas. Ello, sin perjuicio de que luego de un procedimiento que brinde a la persona acusada la

---

condenadas no tenía trabajo al momento de ser detenidas, el 41% tenía sólo uno de tiempo parcial, véase SISTEMA NACIONAL DE ESTADÍSTICA SOBRE EJECUCIÓN DE LA PENA, “Informe ejecutivo 2017”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018. Sobre el punto, también véase WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2006; GARLAND, D., *La cultura del control...*, cit.; SOZZO, M., “Populismo punitivo...”, cit.

posibilidad de dar a sus conciudadanas las respuestas que requieren, la comunidad manifieste en su caso la desaprobación de la conducta y aplique la pena necesaria para comunicar dicha actitud.<sup>436</sup>

Sin embargo, la pena posible encuentra un límite, pues no puede generar la pérdida irreversible de ciudadanía. ¿Por qué no puede hacerlo? Sin ese límite, la pena comunica *exclusión* en el sentido de una pérdida definitiva de la confianza en la virtud cívica de una ciudadana que, de su parte, merece el mismo respeto *ciudadano* que antes de delinquir. Dicho en otras palabras, es posible exigir a la ciudadanía neorepublicana y deliberativa que no cause una interferencia en la libertad como no-dominación definitiva de sus conciudadanas en ningún caso, aún cuando éstas hayan fallado en el cumplimiento de esa misma exigencia. El error de una conciudadana no autoriza a eximir de la exigencia de virtud en toda la comunidad restante. La comunidad debería –en este modelo– contentarse con manifestar su desacuerdo verbalmente y materializarlo mediante una muy severa sanción que interfiera en el dominio de quien comete el delito, pero el límite será la no-supresión definitiva e irreversible de la ciudadanía.

Es lo *irreversible* de la exclusión es lo que sobrepasa el límite del acuerdo neorepublicano deliberativo, por eso penas de prisión perpetuas con posibilidad de excarcelación podrían ser compatibles con el ideal regulativo. Puede acusarse a estas penas de ser un «fraude de etiquetas» en la medida en que sólo nominalmente serían perpetuas, pero ello en sí mismo no es incompatible con el ideal y, más bien, podría ser entendido como una alusión a la larga duración de la pena y como una forma de manifestar la máxima desaprobación.

Ahora bien, aun si se concediera que la pena pueda o deba implicar la exclusión política temporal –lo que no es objeto de este estudio y aquí no se tiene por asumido–, ese tipo de exclusión comunicaría un desacuerdo graduable entre la comunidad y la ciudadana autora del delito. Sin embargo, la exclusión política y social total y sin retorno comunica algo diferente: «usted ya no es miembro de esta comunidad». Así, la sociedad que desplaza a una conciudadana manifiesta i) o bien haber perdido toda confianza en que esa persona respetará nuevamente la libertad ajena, ii) o bien que la afrenta cometida es tan grave que no queda interés en que esa persona continúe siendo ciudadana de la comunidad. En cualquiera de los dos casos se trata de respuestas incompatibles con un sistema

---

<sup>436</sup> Tal como se anticipó *supra* capítulo I.I, no será abordado aquí el problema sobre por qué es necesario el refuerzo fáctico de la pena –el «dolor penal»– en las teorías expresivas de la pena, y cómo es que no basta con la mera manifestación de desacuerdo.

neorepublicano y deliberativo. En el primer supuesto, la sanción dejaría de atender a la infracción cometida para colocar en primer plano una protección ante inciertos hechos futuros. Suponiendo que esto fuera coherente con la configuración jurídica de una comunidad concreta –vgr. una sociedad donde tuviera más relevancia la seguridad de sus ciudadanas que a la responsabilización proporcional al hecho–, aún así representaría un escollo para un sistema neorepublicano deliberativo, puesto que importaría una forma de perfeccionismo. En el segundo supuesto, la comunidad atentaría contra la idea de confianza en la virtud cívica de los participantes, uno de los fundamentos del sistema político.

En ambos casos, la pena de PPSE comunicaría una suerte de «decepción» social causante de una interferencia que no simplemente lesiona la libertad como no-dominación, sino que la anula totalmente. Y tal anulación, en el sistema neorepublicano deliberativo, no es posible puesto que precisamente la libertad es el propósito a alcanzar por el sistema político (A4). Cada vez que se aplique una PPSE a una ciudadana se estaría causando una afectación a la libertad como no-dominación de una magnitud tal a un miembro de la comunidad, que equivaldría a su pérdida definitiva. Ello supone el fracaso del propósito mismo del Estado en relación a uno de sus miembros.

Claramente ante delitos graves –como el homicidio– este sería el segundo «fracaso definitivo» en términos de libertad: al primero lo habrá padecido la víctima; al segundo, el autor del delito. Todo delito supone una interferencia privada no autorizada en la libertad ajena que la comunidad contesta previo llamado a dar explicaciones públicas a la persona que presuntamente lo cometió. Si la comunidad demuestra la autoría y la respuesta que la ciudadana acusada puede dar –de hacerlo– no es satisfactoria, la comunidad manifestará un reproche y comunicará, mediante la pena, la desaprobación de tal conducta reforzada con un castigo.<sup>437</sup> Ahora bien, creo que si hay algo que nos permite afirmar que la privación de libertad implicada en la pena no es una mera yuxtaposición de males<sup>438</sup> sino –de alguna manera– una decisión «positiva» de la comunidad, son dos características de la pena que la diferencian de la venganza privada.

---

<sup>437</sup> En este sentido, DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, cit., DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal...*, cit.

<sup>438</sup> Tal la crítica que ROXIN dirige a la teoría de la retribución: “[...] la idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que no recib esu poder de dios, sino del pueblo”, ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit., p. 84.

La primera es el hecho de que la pena tiene un *propósito constructivo*, un ánimo de no dejar incólume el ataque a un conciudadano, de restablecer la configuración social y desaprobar la acción delictiva como forma válida de administración de la libertad.<sup>439</sup> El reproche es un modo de restablecer el vínculo ciudadano que el delito ha roto, por eso es tan importante decir algo a quien delinque como a la víctima.<sup>440</sup> Entonces, si la constestación comunitaria al delito manifiestase una anulación total de la libertad de quien comete el delito, no sólo habría dejado de tratar a esa persona como una parte integrante de esa comunidad, sino que además causaría su *pérdida* como ciudadana. Esa pérdida se sumaría a la de la víctima si el delito fuera de homicidio, o a la del bien jurídico protegido por otros delitos –vgr. el de traición–. Esa segunda interferencia «total» en un ámbito de libertad no puede ser explicada, puesto que se trata de una afectación –ahora colectiva y pública– sin ningún apoyo en un propósito constructivo. Una pena de tales características, como se señaló antes, que sólo comunica expulsión o venganza, dilapida los propósitos mismos del Estado.

La segunda característica de la pena que la distingue de la venganza privada es su *carácter público*, que contribuye a transformar una imposición de un *mal* en algo constructivo. No se trata de una decisión individual y autointeresada, sino de una *política* comunitaria: contestar cada delito con la pena necesaria para manifestar fácticamente el desacuerdo común con ese tipo de conductas. En un sistema neorepublicano deliberativo, en la medida en que la decisión sobre el tipo y monto de pena sea una manifestación del *autogobierno* en el sentido antes caracterizado, la pena será un reflejo imparcial del mejor acuerdo posible de alcanzar al respecto. Esto supone, consecuentemente, que las penas que no sean producto de ese proceso deliberativo no puedan ser consideradas «públicas» en el sentido político que aquí interesa, y que su potencial constructivo se vea disminuido.

De modo que, si la pena en cuestión contradice el fin último del sistema político y no ha sido producto de un diálogo deliberativo, poco puede quedar en ella que la diferencie de la mera causación de un mal yuxtapuesto al daño causado por el delito. La forma

---

<sup>439</sup> No es el punto de este argumento sostener que el restablecimiento del orden jurídico vulnerado es la finalidad –o la única finalidad– de la pena (como lo hace JAKOBS, véase JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., JAKOBS, G., "¿Qué protege el Derecho penal...", cit., o JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006); ni ingresar en el debate sobre cuál debe ser tal finalidad. Aquí sólo se recupera un dato empírico, esto es, que la contestación de delitos con penas *expresa* una reivindicación de la ley (véase FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", *The Monist, Philosophy of Law*, vol. 49, n. 3, Julio 1965, pp. 397-423, p. 407-408) puesto que el delito involucra la desobediencia hacia un sistema jurídico (HART, H.L.A., *Castigo y responsabilidad...*, cit.).

<sup>440</sup> Así, GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo...*, cit., pp. 18-19.

deliberativa en que se toman las decisiones democráticas según el ideal regulativo adoptado en este trabajo, es un procedimiento que parte de la base de que las preferencias de la ciudadanía pueden modificarse –y enriquecerse– con el diálogo orientado hacia la imparcialidad, y así se logra constituir en un sucedáneo del discurso moral practicable en la realidad.<sup>441</sup> Entonces, si podemos calificar de «injusta» la interferencia en la libertad ajena del autor implicada en el delito es –al menos en gran medida– porque no materializa un caso de uso de la libertad «autorizado» por el consenso; pues si la interferencia estuviera permitida –v.gr. por actuar justificadamente– se trataría de una conducta que representa los valores acordados por la comunidad. Esto no quita que pueda ser considerada «injusta» en un sentido más esotérico, abstracto o ajustado al juicio de algunos individuos; pero no lo será al menos en los términos acordados por la ciudadanía, que son los relevantes para una concepción neorepublicana y deliberativa del Estado.

Y precisamente porque es posible caracterizar de ese modo a la «justicia», es que una respuesta pública que contradiga abiertamente los propósitos o fines que justifican la constitución misma del gobierno republicano –como lo es la maximización de la libertad entendida como no-dominación– puede ser considerada injusta y contraria a los propósitos del sistema.

Recapitulando, es posible afirmar que en un modelo político neorepublicano y deliberativo la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación no es posible, en base a cuatro argumentos. Primero, porque una pena que excluye personas impide manifiestamente que la comunidad pueda formular nuevo Derecho que represente los intereses de toda la ciudadanía. Segundo, porque tratándose de una pena que excluye, sería paradójal en los casos en que se impusiera a personas que no hayan podido participar del proceso político que la instauró. Tercero, porque una pena que elimina la ciudadanía manifiesta una falta de virtud cívica por parte de quienes la imponen. Y cuarto, porque esa pérdida total de ciudadanía contradice el propósito neorepublicano de alcanzar la libertad como no-dominación y despoja a la pena de todo propósito constructivo.

## ii. El modo en que tratamos a nuestros conciudadanos

Si lo dicho hasta aquí permite señalar a la PPSE como una sanción contraria al ideal regulativo en términos teóricos, lo que implica en términos prácticos es un obstáculo aun

---

<sup>441</sup> En este sentido, NINO, C. *Derecho, moral y política...*, cit., pp. 181-191.

más serio para el neorepublicanismo deliberativo. En lo que sigue se presentará un quinto argumento que permite sostener la tesis T1.

Como fue posible advertir en el capítulo III,<sup>442</sup> la pena de prisión perpetua presenta características que permiten considerarla cruel y contraria a la dignidad huma: i) como pena de larga duración lesiona la personalidad, puesto que frecuentemente ocasiona trastornos graves en la salud mental; ii) la indeterminación de su duración y el hecho de que finalice con la muerte de la persona condenada coloca a quien la sufre ante una encrucijada entre su vida y la prolongación del sufrimiento implicado en la pena; y iii) en los casos en que la liberación es jurídicamente factible, el hecho de que se exija la resocialización para ello atenta contra la dignidad humana, en tanto equivale a la adaptación a un modelo de conducta o de personalidad establecido por el Estado (lo que se ha señalado antes como una forma de perfeccionismo).<sup>443</sup>

Que la pena de prisión perpetua sin excarcelación sea o no considerada una pena cruel, inhumana o degradante, no es un asunto que pueda ser dilucidado objetivamente y que permita arribar a una conclusión libre de objeciones. Se trata, antes bien, de una cuestión de valoración de estándares, puesto que las ideas de crueldad, humanidad y dignidad son relativas en el sentido de que necesariamente dependen de la gradación que pueda hacer cada comunidad en cierto momento y circunstancias. Habrá casos claros de crueldad, como los tormentos reservados a la pena de Damians por su delito de tentativa de magnicidio,<sup>444</sup> pero también hay lugar para casos dudosos o «menos claros» cuya elucidación dependerá de la configuración concreta de cada comunidad.

No es el objeto de este trabajo detenernos en la compleja relación entre el Derecho y la moral, por lo que sólo se asumirá que cada comunidad establece que determinadas prácticas son «dolorosas» para las personas, y que el nivel de «dolor» legalmente permitido varía en cada comunidad y en cada momento. Así como las penas tortuosas descritas por FOUCAULT<sup>445</sup> ya no parecen admisibles en la mayoría de las sociedades modernas, el modo de entender la crueldad y de analizarla en relación a las prácticas punitivas es un fenómeno subjetivo y dinámico, sujeto a evolución y a la valoración de cada comunidad. El capítulo II nos permitió ver cómo en Argentina, a finales del s. XIX y en plena discusión del estatuto penal de la naciente república constitucional, los

---

<sup>442</sup> Véase *supra*, capítulo III, punto III.c.

<sup>443</sup> Véase *supra*, capítulo I, punto II.a.

<sup>444</sup> Véase *supra*, introducción.

<sup>445</sup> FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar...*, cit.

proyectos de código penal iban y venían, indecisos, entre el mantenimiento o no de la pena de prisión perpetua.<sup>446</sup>

En este orden, una pena cuya duración no es conocida al momento de ser impuesta puede ser considerada cruel, o no, según el estándar de «dolor penal» que se estime apropiado. Para graficar por qué el ideal regulativo aquí adoptado se inclina por rechazar esta práctica, es conveniente detenerse en un ejemplo real. En el año 2007, en Italia, 310 presos condenados a prisión perpetua escribieron una carta al presidente de la República, entonces Giorgio Napolitano, donde le solicitaban que sus penas fueran conmutadas por la pena de muerte, «cansados de morir un poco cada día»:

---

#### MORIR UN POCO TODOS LOS DÍAS

Señor presidente de la República, estamos cansados de morir un poco todos los días. Hemos decidido morir de una sola vez, pedimos que nuestra pena a la cadena perpetua se convierta en pena de muerte.

La cadena perpetua es el invento de un no-Dios, tan malvado que no se puede imaginar. Es una muerte que hay que tragarse poco a poco. Es una victoria sobre la muerte porque es más fuerte todavía que la misma muerte.

Sueños que empiezan donde terminan  
prisioneros para siempre

no nos matan, peor: nos dejan morir para siempre.

La cadena perpetua transforma la luz en sombras.<sup>447</sup>

---

La carta muestra varios elementos relevantes para el análisis que aquí interesa. Por una parte, refleja un punto de vista de quienes padecen la pena –distinto al de quienes la imponen–. Esta perspectiva es relevante puesto que, como acción colectiva, la pena debe poder justificarse ante quien se impone en tanto miembro de la comunidad, al menos si pretende reclamar un propósito constructivo y no limitarse a ser una mera venganza colectiva.<sup>448</sup> Por otro lado, permite ver cómo la crueldad que puede predicarse de la pena de muerte es menor, para quien sufre la pena, que una prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación. Los condenados lo dejan claro: se los obliga a «tragar» la muerte poco a poco, se los «deja morir para siempre», y por eso «es más fuerte todavía que la misma

---

<sup>446</sup> Véase *supra*, capítulo II, punto III.a.

<sup>447</sup> Véase LA VOZ DE GALICIA, “Más de 300 condenados a cadena perpetua en Italia piden que se restablezca la pena de muerte”, 31/05/2007, URL: [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/internacional/2007/05/31/300-condenados-cadena-perpetua-italia-piden-restablezca-pena-muerte/0003\\_5857076.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/internacional/2007/05/31/300-condenados-cadena-perpetua-italia-piden-restablezca-pena-muerte/0003_5857076.htm); EL DIARIO MONTAÑÉS; “Presos italianos que cumplen cadena perpetua reclaman la pena de muerte”, 01/06/2007, URL: [https://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070601/internacional/presos-italianos-cumplen-cadena\\_20070601.html](https://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070601/internacional/presos-italianos-cumplen-cadena_20070601.html); EL PAÍS, “Antes morir que cadena perpetua”, 01/06/2007, URL: [https://elpais.com/diario/2007/06/01/internacional/1180648813\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/01/internacional/1180648813_850215.html)

<sup>448</sup> El caso no es disparatado. En oportunidad de contestar un argumento de STEPHEN, NINO desmiente que nadie opte por morir ejecutado ante la perspectiva de una larga pena de prisión, con referencia a un caso de Estados Unidos, véase NINO, C., *Ética y derechos humanos...*, cit., p. 462.



muerte». Por último, en la carta los condenados reclaman ese elemento que parece no ser el más visible de la pena, pero que es el centro del enfoque de esta tesis: la participación política. Estos 310 presos italianos escriben al presidente, la cabeza de la República, y le piden que su voz sea tomada en consideración.<sup>449</sup>

La carta tiene un componente político claro de denuncia, reclama participación ciudadana. Desde un punto de vista neorepublicano deliberativo, ese tipo de participación es clave especialmente en relación a las personas que serán alcanzadas directamente por una decisión pública. El mensaje de los prisioneros italianos quizás podría traducirse, en los términos políticos que aquí interesan, del siguiente modo:

---

Sin negar el merecimiento de una pena, y ante la imposibilidad de imponer nuestro punto de vista respecto a las penalidades aplicables en la deliberación democrática, hacemos saber nuestra posición respecto al modo en que la comunidad reprocha los delitos más graves: preferimos la pena de muerte a ser condenados a morir en prisión. Como ciudadanos directamente interesados en la medida dispuesta solicitamos que nuestro punto de vista sea considerado, de otro modo, la decisión legal no puede predicarse imparcial y no nos representa, no es nuestra.

---

Entonces, si según el ideal regulativo adoptado el punto de vista de la persona alcanzada por la medida debe ser tomado en consideración, corresponde dar relevancia a las opiniones de las personas condenadas a prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación –o con una posibilidad de excarcelación condicionada una idea de resocialización, es decir, a que modifiquen sus puntos de vista morales–. Como mínimo, esa intervención debe ser asegurada en la discusión en torno a la eventual crueldad implicada en esta sanción.

Sin embargo, no sólo desde el punto de vista de la persona condenada –afectada por la medida pública– la PPSE es incompatible con el neorepublicanismo deliberativo. Si es posible calificar a esta pena como cruel, inhumana y degradante por las razones señaladas al comienzo de este apartado, en una comunidad asentada sobre la confianza en la virtud cívica la PPSE no puede tener lugar.

---

<sup>449</sup> De hecho, el ideólogo de la misiva es Carmelo Musumeci de entonces 52 años, condenado a cadena perpetua en la cárcel de Nuoro por asociación mafiosa. Tras 17 años en prisión, se graduó en Derecho con la tesis “Vivir en cadena perpetua” y desde entonces libra una batalla personal con el objetivo, dice, de denunciar ante la opinión pública las “condiciones inhumanas” de las prisiones y los “malos tratos”, véase EL PAÍS, “Antes morir...”, cit.

El respeto de la virtud de todas las ciudadanas en su carácter de tales es uno de los pilares del neorepublicanismo, y como tal exige tratarlas de la manera adecuada. Excluir muros adentro de una prisión hasta la muerte equivale a la pérdida total de la confianza en la virtud cívica, y por eso no es compatible con el ideal regulativo (A5).

Para explicar esta idea resulta útil la distinción empleada por NINO entre intereses *personales* –preferencias que benefician a un individuo o sus allegados y posibles de ser satisfechas en modo parcial para hacerlas compatibles con las de otros individuos– e intereses *impersonales* –esto es, preferencias sobre estados de cosas valorados como buenos o justos para la comunidad, independientemente de las preferencias de cada individuo–.<sup>450</sup> Mientras que los primeros pueden ser satisfechos parcialmente, compatibilizando distintos intereses, los segundos no: si una comunidad valora como positiva la libertad, no puede asimismo permitir la esclavitud.

De un modo similar, en un sistema político construido sobre la confianza en la virtud cívica que posibilita una ciudadanía participativa, someter a conciudadanas mediante una decisión colectiva a tratos cruentos impide satisfacer el propósito –más general– de alcanzar un autogobierno deliberativo. Sin perjuicio de que, individualmente, haya quien pueda considerar apropiado o «justo» imponer un trato inhumano a ciertas personas, lo cierto es que ese interés personal queda subordinado –cuando se trata de asuntos que atañen a toda la comunidad– al interés impersonal de mantener sólidas las bases del sistema político, evitando excluir y someter a tratos indignos a otras personas.

#### *d. Recapitulación y análisis crítico*

La tesis defendida aquí se caracteriza porque vincula la imposibilidad de la exclusión con el propósito de alcanzar un ideal regulativo que atañe al diseño político del Estado. Puede afirmarse que se trata de una tesis *moralmente cargada* en el sentido de que acude a una base política –el «neorepublicanismo deliberativo»– que brinda relevancia a la moral y asigna prevalencia al valor «libertad». A partir de allí, esta tesis se aparta del Derecho *como es* para acercar una propuesta abiertamente normativa sobre el modo en que éste *debería ser* evaluado y repensado. Sin embargo, a pesar de tratarse de una tesis normativa y de anclarse en valores –principalmente, el valor de la libertad entendida como no-dominación–, puede reclamar el ser considerada una tesis respetuosa del pluralismo y

---

<sup>450</sup> En este sentido, NINO, C. *Derecho, moral y política...*, cit., pp. 183-184.

escéptica, en el sentido de que coloca el fundamento de la autoridad del Derecho en la tendencia a la imparcialidad, el autogobierno y la participación implicados en su elaboración, antes que en su contenido. Superado el estándar mínimo de satisfacción de los ideales regulativos del neorepublicanismo deliberativo, un sistema político podría válidamente adoptar cualquier norma que surja del acuerdo producto de la discusión en condiciones deliberativas –que incluye debates morales y políticos–.

De este modo, es posible identificar un estándar mínimo que debe satisfacerse para alcanzar los objetivos neorepublicanos-deliberativos. Y es ese estándar el que supone límites a la discusión legislativa. Uno de esos límites atañe a las penas, que no pueden excluir la ciudadanía: si la autoridad del Derecho se erigirá sobre la base de la participación ciudadana, las penas no pueden implicar la pérdida de ciudadanía –al menos, no su pérdida total–. Por ello, penas como la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación no pueden tener lugar en el ideal regulativo. Las restricciones a la libertad legalmente posibles tendrán, entonces, límites derivados del sistema político adoptado.

La tesis, así presentada, tiene la ventaja de no incurrir en los problemas que se identificaron en las tesis de PETTIT y BRAITHWAITE y DUFF.

Por un lado, el límite a las penas propuesto no se encuentra desvinculado del sistema político –no pierde ese anclaje– como ocurre con la solución en punto a las penas que proponen PETTIT y BRAITHWAITE. La idea aquí defendida no parte de una aproximación vinculada a la búsqueda de la mejor respuesta posible para ciertos delitos graves, o al mejor diseño posible para un sistema penal. La metodología aquí empleada es inversa: en lugar de partir de la configuración ideal del sistema penal y de los arreglos institucionales necesarios para efectivizarla, para recién luego analizar cómo éste sistema puede insertarse en el sistema político; aquí se parte del sistema político ideal para derivar de él consecuencias que impactan en el diseño penal. De este modo, es posible derivar la inconsistencia de la PPSE con un sistema que pretende maximizar la libertad y el autogobierno.

Por este motivo, la propuesta aquí sostenida es más pretenciosa que la de PETTIT y BRAITHWAITE en el sentido de que no asume el estado de la realidad política de un lugar y momento concreto para diseñar sobre ello un sistema «posible» en tales condiciones.<sup>451</sup>

---

<sup>451</sup> Tal la estrategia incrementalista sostenida por los autores en comentario, véase BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido...*, cit., pp. 175-177.

El argumento aquí defendido se construye sobre un ideal que involucra principalmente la deliberación ciudadana. A partir de allí, el ideal puede concretarse materialmente en distinto grado, pero siempre será posible derivar consecuencias teóricas mediante la comparación de la realidad con él.

Otra virtud de la tesis defendida es que asigna un rol relevante al carácter deliberativo de la democracia en el diseño del sistema penal. A diferencia de la propuesta de PETTIT y BRAITHWAITE, en este argumento la deliberación no sólo es esperable en los espacios institucionalizados de poder, sino también *en* –e incluyente *de*– los informales. Las dinámicas populistas y elitistas de creación del derecho penal son rechazadas porque se asientan en una fuerte *confianza* en la capacidad deliberativa del conjunto de la comunidad. En este sentido, el planteo defendido no es elitista puesto que en el ideal regulativo la formación del Derecho, y en especial del Derecho sancionador, no debe ni puede ser encargada a un «cuerpo» especializado –como el consejo de política criminal propuesto por PETTIT–.<sup>452</sup> Hacerlo, implicaría partir de considerar que el Derecho debe ser un producto de la «ciencia jurídica», y que quienes se encuentran en mejores condiciones de acceso a ella pueden generar «mejor Derecho». Asumir tal posición<sup>453</sup> implicaría negar la vinculación que existe entre el Derecho, la moral y la política. O, de no negarla, tal postura le asignaría un lugar privilegiado a las posiciones morales y políticas de los académicos a quienes se encarga la formación de propuestas legislativas. Aquí, en cambio, se defiende la idea de que toda la comunidad debe verse envuelta en el desarrollo del Derecho, y se parte de una fuerte confianza en la virtud de la ciudadanía para producir e intercambiar argumentos con legisladores, profesionales del derecho y científicos de diferentes áreas involucradas en cada tema a definir.<sup>454</sup> Por eso mismo

---

<sup>452</sup> Un análisis pormenorizado del rol del consejo de política criminal en el esquema democrático-contestatorio que propone Pettit a lo largo de su obra puede verse en REKERS, R., *La democratización republicana del castigo...*, cit., p. 63 y ss.

<sup>453</sup> Una postura de este tipo es defendida por SILVA SÁNCHEZ, véase SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis...*, cit., pp. 18-28.

<sup>454</sup> Un caso que sirve como ejemplo práctico del tipo de deliberación que se orienta hacia el ideal regulativo es el que se dio en Argentina con el debate sobre la despenalización del aborto, en los años 2018 y 2020. Se trató de un debate que inundó programas de televisión, diarios, radios y redes sociales; se extendió a cada grupo social y «puertas adentro» la ciudadanía evaluó las razones que se exponían en favor de una y otra posición. El debate público llegó incluso a trasladarse a manifestaciones en los espacios públicos. Los legisladores se nutrieron de esas razones, y las trasladaron –en mayor o menor medida– a sus alocuciones parlamentarias. Los partidos políticos, como regla, no exigieron una posición concreta a sus miembros, que votaron de manera heterogénea. En 2018 la ley no alcanzó las mayorías necesarias. Luego, con un recambio legislativo parcial de por medio, en 2020 el debate se reinstaló. Nuevamente los intercambios de ideas tuvieron lugar tanto en el plano informal como en el legislativo, y en esa segunda oportunidad la despenalización fue aprobada. Sin perjuicio de que el procedimiento estuvo mediado por muchos otros

tampoco el Derecho puede ser producto de mecánicas populistas de poder: aunque una parte de la ciudadanía solicite determinadas modificaciones legislativas en materia penal, ello no debe agotar la discusión y ser transformado sin más en leyes por los legisladores, sino que debe ser el punto de partida para una discusión abierta practicada en condiciones deliberativas. Las exigencias deliberativas deben exigirse en mayor medida cuando los asuntos a tratar sean más relevantes para la comunidad; de modo que en general en relación a leyes penales, y en concreto en punto a la penalidad máxima, es dable esperar un más alto estándar deliberativo. Por esto mismo, y a diferencia de la propuesta de PETTIT y BRAITHWAITE, en este modelo también es relevante que quienes sean alcanzados por la norma participen de su deliberación.

Por otra parte, la tesis aquí sostenida no debe enfrentarse a la objeción del posible exceso de interferencia estatal en el dominio del autor del delito. El argumento parte de la base de que la pena es resultado de una acción colectiva meditada y razonada, de la que se puede esperar una adecuación a la identidad normativa de la comunidad. Si quien comete un delito infringe sus deberes para con sus conciudadanas de manera arbitraria, ello no justifica una reacción igual de grave por parte de la comunidad en honor a un mal entendido principio de proporcionalidad entre la lesión delictiva y la pena. De la comunidad es posible esperar que mantenga incólume su virtud ciudadana y que reaccione de una manera tal que su respuesta al delito sea constructiva. Ello supone que la pena no contradiga el propósito común de maximizar, en lo posible, la libertad de la ciudadanía. Por ello, el ideal neorepublicano deliberativo exigirá que las penas afecten la libertad de quienes las sufren en la menor medida posible, tanto como sea necesario para comunicar la desaprobación de la conducta, y con el límite de no causar un daño igual que el que se condena.

En relación con las críticas planteadas a la propuesta de DUFF, la tesis aquí defendida no incurre en la «pérdida de anclaje político» por invocación de una falta de «plausibilidad moral» para la pérdida de ciudadanía. Tampoco hace depender el mantenimiento de la ciudadanía de una exigencia moral cuasi-religiosa, como lo hace DUFF. El planteo propuesto tiene una base moral, como se dijo antes, vinculada al lugar que le asigna el sistema político neorepublicano deliberativo y a sus condiciones de funcionamiento. En ese sentido, las bases morales son la libertad –entendida como no dominación–, el

---

factores y fue resultado de también otros motivos –como el apoyo presidencial al proyecto de reforma–, fue una oportunidad en la que el *debate de razones* por parte de la ciudadanía fue patente.

autogobierno y la confianza en la virtud cívica. Pero antes que de exigencias a la ciudadanía, se trataría más bien de presupuestos morales del sistema, asunciones necesarias para su realización. Frente a una propuesta religiosamente cargada como la de DUFF, la tesis planteada presenta la ventaja de que parte de presupuestos morales mínimos y que presentan grandes ventajas en relación con aquello que permiten ganar. Veamos, analizado con una lógica utilitarista no debería haber problemas en ver como ventajosa la adopción de los ideales de libertad y virtud cívica como bases morales del sistema, pues se trata de ideales compatibles con el pluralismo y despojados de una lógica perfeccionista como la que rodeaba al republicanismo clásico. El ideal regulativo maximiza el pluralismo y por eso otorga un valor constructivo y positivo al desacuerdo como puerta de acceso a la deliberación y a mejores soluciones. Por eso, una comunidad que valore el pluralismo no se perjudicaría con su adopción.

Dicho esto, corresponde por último hacer frente a algunas posibles críticas a la tesis aquí sostenida. Me ocuparé de cinco de ellas, que puedo avizorar. La primera podría decir así: «si según el ideal regulativo la PPSE no se puede aplicar a personas que son *ciudadanas*, no habría sin embargo problemas para aplicarla a quienes no son ciudadanas» (1). La segunda, diría «si la ciudadanía se construye políticamente, entonces no pueden ser considerados tales las personas menores de edad, marginales o quienes de cualquier modo no pueden ejercer sus derechos políticos» (2). Una tercera crítica podría remontar a la idea de dignidad de la persona humana, antes que a la de ciudadanía y objetar «puesto que lo que define los límites a las penas es la ciudadanía, ¿qué lugar ocupan los derechos humanos en este ideal?» (3). En cuarto lugar, podría objetarse «si lo que, según el ideal, la pena pretende es aportar una respuesta *constructiva*, entonces deberían emplearse medios diferentes a la prisión» (4). Por último, también podría afirmarse que «el problema político que representa la PPSE, en este esquema, sería posible una pena a perpetuidad si la persona condenada no perdiese sus derechos políticos» (5). En lo que sigue intentaré ocuparme de estas hipotéticas críticas.

1. Que el ideal regulativo impida aplicar penas que generen total exclusión ciudadana, como la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, no implica que esta sanción pueda de todos modos ser aplicada para quienes no sean ciudadanas. De hecho, hay razones para considerar no hacerlo.

En primer lugar debe quedar claro que el tipo de argumento propuesto aquí no tiene pretensiones de ser absoluto, aplicable en todo momento y lugar para toda comunidad;

sino más bien todo lo contrario. Se basa en afirmar que las penas se vinculan a los sistemas políticos y dependen de ellos y, consecuentemente, que de la adopción de determinados modelos surgirán límites y diseños para la reacción punitiva. El modelo aquí seleccionado se asienta principalmente en el objetivo de maximizar la libertad como no dominación, para lo cual exige –entre otras cosas– que las personas puedan participar en el gobierno, que puedan considerarlo «suyo». Y es en este esquema en el que la PPSE no «encaja», como se sostuvo.

Una crítica enfocada en las personas que no gocen de ciudadanía pero sean condenadas a prisión perpetua exigiría, previamente, brindar una explicación sobre las condiciones bajo las cuales el Derecho de una comunidad es aplicable a una persona que no es ciudadana de ese sistema político. Sólo superada esta etapa –que no es objeto de este trabajo–, sería posible cuestionar si los límites a la penalidad derivados de la ciudadanía alcanzan a aquellas personas a quienes –sin ser ciudadanas– se extienden los efectos de su sistema jurídico. Y de allí puede derivar una buena razón para no aplicar la PPSE a quienes no sean ciudadanas.

Otra razón atañe más al objetivo de la PPSE: si esta pena se dirige a comunicar exclusión definitiva de una persona de un sistema político, quien quiera extender su aplicación a no-ciudadanas debería cargar con el peso de justificar por qué no corresponde responder punitivamente, en su lugar, con la deportación o el destierro; o al menos brindar la opción a la persona condenada.

2. La segunda objeción propuesta señala que si la aplicación de penas depende de la posibilidad de ejercer ciudadanía política, aquellas personas que no pueden ejercerla jurídica o materialmente –vgr., jóvenes o marginales– no deberían ser consideradas ciudadanas. Sin embargo, un argumento como este fallaría en el orden de la construcción de ciudadanía: ésta no es consecuencia de recibir determinado trato del Estado, sino a la inversa. El Estado debe determinado trato a sus ciudadanas, por ello quienes no puedan ejercer plenamente sus derechos políticos no deberían ser pasibles de penas como si pudieran ejercerlos.

3. La tercer crítica se enfoca en el lugar de los derechos humanos en el ideal regulativo. La hipotética objeción cuestiona que la PPSE no sea aplicable por razones vinculadas a la ciudadanía y no por la protección que merece, en un estadio analítico anterior, la dignidad humana de toda persona humana, ciudadana o no. Puesto en términos claros,

podría objetarse a esta tesis no dar a los derechos humanos el lugar adecuado en el examen de la penalidad.

Sin embargo, se trata de una crítica que es posible resistir. Veamos, esta tesis no versa sobre el fundamento de los derechos humanos, ni indaga sobre las condiciones mínimas que un sistema jurídico debe contener para poder ser considerado respetuoso de estos derechos. Por el contrario, asume un recorrido eminentemente positivista en el sentido de que asigna un rol preponderante a las fuentes sociales del derecho positivo. Este es un camino argumentativo posible, que no supone negar la validez o conveniencia de adoptar otros, sino más bien lo contrario. Fundamentar la inconsistencia política de la PPSE en un sistema dado brinda razones que no excluyen el hecho de que el respeto por los derechos humanos también aconseje no aplicar esta pena. Solamente no es ése el objeto de estudio de este trabajo. Se trata de una cuestión de selección del enfoque de análisis.

Por lo demás, la tesis aquí sostenida da cuenta de la posible afectación de la dignidad humana implicada en la PPSE.<sup>455</sup> Lo mismo ocurre, como se verá luego, con la segunda parte de la tesis que será analizada en el apartado siguiente, donde se estudia el sistema político y jurídico argentino.

4. La cuarta objeción atiende a la penalidad ideal en el neorepublicano deliberativo: si la pena debe tener una función constructiva, ¿puede siquiera considerarse a la prisión como pena posible?

En relación a este punto es necesario señalar que el objetivo de esta tesis no es *propositivo* de una penalidad ideal para el neorepublicanismo deliberativo, sino antes bien analizar una institución actualmente existente a la luz del ideal regulativo. Es por esta razón que el análisis desarrollado ha partido de una noción realista de la penalidad<sup>456</sup> como actualmente *es*, y no está enfocado en desarrollar una teoría de la penalidad *como debería ser*. El enfoque es notoriamente diverso en uno y otro caso, puesto que aquí el énfasis está colocado en evaluar la compatibilidad de la pena de prisión perpetua en un marco político, y en el otro caso estaría en el estudio de las respuestas posibles ante el delito.

5. La quinta hipotética observación dice «el problema político que representa la PPSE, en este esquema, podría hacer compatible una pena a perpetuidad si el condenado no

---

<sup>455</sup> Véase *supra*, punto II.c.ii.

<sup>456</sup> Véase *supra*, capítulo I, punto I.



perdiere sus derechos políticos». En tanto la pérdida de ciudadanía política no es el único problema de la PPSE, esta objeción decae.

Veamos, la tesis T1 afirma que la PPSE no es compatible con un ideal regulativo neorepublicano deliberativo, y los argumentos A1 a A4 aportan razones eminentemente políticas para sostenerla. Sin embargo, el argumento A5 es precisamente una razón sustancial, humanitaria y emanada de una perspectiva de derechos que desrecomienda la aplicación de penas a perpetuidad incluso independientemente de los derechos políticos implicados. Según el argumento A5 propinar a un conciudadano un trato indigno es impropio del tipo de ciudadanía virtuosa implicada en el ideal regulativo. Y a ello se agrega que someter a esos tratos a una persona, más allá de su ciudadanía o de la falta de ella, es contrario –o potencialmente *puede ser* contrario– a los estándares que cada comunidad fija mediante sus acuerdos. Como regla, en la actualidad, tales estándares mínimos exigen que las penas no impliquen tratos crueles, inhumanos o degradantes.

En otras palabras, una pena que pueda ser calificada de cruel sería incompatible con el ideal regulativo tomado como referencia, aún si no implicase la pérdida de derechos políticos.

### **III. La prisión perpetua en el sistema político argentino**

Toca ahora revisar la faz local de la tesis T1: qué tan próximo al ideal regulativo neorepublicano deliberativo se encuentra la pena de prisión perpetua prevista en nuestro sistema jurídico. La hipótesis de partida fue que la pena máxima nacional está lejos del ideal; en las páginas que siguen se examinará esta cuestión. Para construir el argumento, se evaluarán en primer lugar las diferencias y puntos de contacto entre el ideal regulativo y el sistema político argentino (a); en segundo orden, se revisará la compatibilidad de la PPSE con nuestro ordenamiento jurídico-político (b) y, por último, se recapitulará (c).

#### *a. Del ideal regulativo neorepublicano deliberativo al sistema jurídico-político argentino*

Como ahora se busca confrontar la PPSE con el sistema jurídico-político nacional, es necesario comenzar con una caracterización de nuestro ordenamiento. Nuestra Constitución Nacional en su primer artículo adopta para el gobierno “[...] la forma representativa, republicana y federal [...]”. Ahora bien, ¿qué implica esto, en términos

institucionales? Tal como señala GARGARELLA,<sup>457</sup> a partir de esa norma es posible interpretar tanto de modo amplio como restringido las nociones de democracia y república.

Por una parte, la caracterización constitucional del gobierno como «representativo» permite derivar una concepción *restringida* o *estrecha* de democracia, según la cual por «democrático» se entiende que gobierna el pueblo, pero que sólo lo hace a través de sus representantes. Para esta concepción, el mecanismo participativo por excelencia es la elección de representantes a través del sufragio, y la actividad política está reservada a quienes se ocupan de postularse a cargos públicos. Esta perspectiva favorece bajos niveles de involucramiento ciudadano en los asuntos públicos y se asienta sobre un «principio de desconfianza» hacia la ciudadanía, pues el propósito de este sistema institucional es evitar la confrontación, la guerra y la mutua opresión.<sup>458</sup> Esta posición cuenta con numerosos apoyos y ha sido sostenida por numerosos tribunales nacionales y por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación. Juan Bautista ALBERDI, uno de los responsables del modelo constitucional en cuestión, dejó claro en varios escritos que la Constitución era concebida bajo la fórmula de “libertades económicas amplias, libertades políticas restringidas”.<sup>459</sup> En un plano normativo esta interpretación encuentra basamento ya en los términos del Preámbulo, pues aunque los convencionales estuvieron inspirados en la Constitución de Estados Unidos, se diferenciaron del «*We the People* [...]» que encabeza la carta fundamental norteamericana para aludir a “Nos los representantes del pueblo [...]”. Más terminante es el art. 22 de la CN, que expresa “[e]l pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución [...]” y enfatiza que la participación política está confinada a la periódica elección de representantes, pues continúa “[...] [t]oda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.<sup>460</sup>

Frente a esa lectura, una interpretación *amplia* de nuestra democracia constitucional propugna un modelo positivo, basado ya no en evitar una negativa «mutua opresión» sino

---

<sup>457</sup> GARGARELLA, R., “Republicana, representativa y federal”, en GARGARELLA, R., GUIDI, S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 3-23.

<sup>458</sup> GARGARELLA, R., “Republicana, representativa...”, cit., p. 8.

<sup>459</sup> ALBERDI, J., *Obras selectas*, t. XIV, Buenos Aires, La Facultad, 1920, pp. 64-65, citado por GARGARELLA, R., “Republicana, representativa...”, cit., p. 9.

<sup>460</sup> GARGARELLA, R., “Republicana, representativa...”, cit., p. 9.

en «asegurar los beneficios de la libertad e igualdad». Esta concepción más robusta de la democracia se asienta en una fuerte confianza hacia la ciudadanía, y por eso favorece su intervención en los asuntos públicos y considera que las decisiones colectivas deben ser resultado de procesos inclusivos y deliberativos entre todas las personas potencialmente afectadas, antes que en una «imposición desde arriba».<sup>461</sup> Quienes defienden este modelo cuestionan la validez de la interpretación restringida y resaltan la incompatibilidad del art. 22 con muchas otras normas constitucionales que son producto de reformas al texto constitucional original de 1953 y que propician una visión ampliada de la participación democrática: el derecho de peticionar ante las autoridades (art. 14), el derecho de huelga (art. 14 *bis*), la iniciativa popular (art. 39) o la consulta popular (art. 40).<sup>462</sup>

Por otra parte, algo similar ocurre con el modelo de republicanismo constitucional. Una mirada más cercana al republicanismo *clásico* tendería a enfatizar la división entre poderes como principal rasgo republicano, y pondría mayor atención en los sistemas de control –ya sea endógenos o exógenos– al poder público. Frente a ella, una aproximación más *neorepublicana* se enfocaría en los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos e interpretaría nuestra Constitución como una más comprometida con el autogobierno antes que con el control entre los poderes constituidos.

Esta posibilidad de interpretar de distintas maneras nuestro diseño institucional pone de resalto que, a diferencia de un ideal regulativo, nuestro sistema jurídico-político *real* no es una «foto estática» que pueda caracterizarse objetivamente. Sus contornos son producto, por un lado, de la acción colectiva en que intervienen constituyentes, legisladores, jueces, administradores, costumbres, actitudes culturales, creencias básicas, instituciones y prácticas;<sup>463</sup> y por otro, en cuanto dependen de interpretación, de la autoridad que la lleva adelante –antes que del método o contenido de la interpretación–.

Ahora bien, ¿qué «modelo» entre éstos es más conveniente para el estudio de la penalidad máxima en nuestro país? La opción más cómoda sería «elegir» sin más la interpretación *amplia* de nuestro sistema político, puesto que –como se habrá advertido– es la que más se aproxima al ideal regulativo neorepublicano deliberativo. Sin embargo, tal elección (además de arbitraria) sería poco auspiciosa, puesto que al crítico le bastaría con

---

<sup>461</sup> *Ídem*, p. 10.

<sup>462</sup> *Ídem*, p. 11.

<sup>463</sup> En este sentido, NINO, C. *Derecho, moral y política...*, cit., pp. 137-140, también NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa...*, cit., cap. 2.

posicionarse en la plausible versión *restringida* del sistema político para desbaratar la utilidad del examen crítico.

Otra posibilidad sería considerar al sistema político del modo en que lo hace la CSJN. Este temperamento tendría la ventaja de contar con el apoyo de la autoridad, sumamente relevante en lo que atañe a la conceptualización de nuestro sistema puesto que la CSJN es la última intérprete constitucional.<sup>464</sup> Sin embargo, emplear una concepción porque lo haga la CSJN tendría algunos inconvenientes. Por un lado, apoyarse en la autoridad interpretativa es problemático porque implica, en cierto modo, negar que numerosos factores sociales, culturales e históricos también contribuyen a definir nuestra configuración política. Por otro lado, muy probablemente este posicionamiento conduzca a adoptar la posición amplia. Según argumenta GARGARELLA,<sup>465</sup> las interpretaciones de la CSJN sobre nuestra república y democracia son cada vez más compatibles con la versión *amplia*, más próxima a su vez a lo que aquí hemos definido como el ideal regulativo neorepublicano deliberativo.<sup>466</sup> Sostener esta afirmación documentadamente requeriría de un profuso estudio jurisprudencial que excede el propósito de este trabajo, sin embargo, el argumento parece ser convalidado por la política procedimental adoptada recientemente por la CSJN para resolver casos especialmente trascendentales en términos institucionales. En efecto, en los últimos años la CSJN ha iniciado un camino dialógico de legitimación de la interpretación constitucional mediante la apertura a la participación ciudadana “[...] para elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”,<sup>467</sup> y con ese fin ha instaurado un sistema de audiencias públicas.<sup>468</sup>

Considero que la mejor opción es acudir a cierto «pesimismo metodológico» y tomar como punto de partida para el análisis la posición más restringida, que afirma que nuestro

---

<sup>464</sup> Véase CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional”, Fallos 344:809; “Fernández de Kirchner, Cristina”, Fallos 343:195; “P., S. M. y otro”, Fallos 342:2389; “Espíndola”, Fallos 342:584; “Hidalgo Garzón”, Fallos 341:1786, entre otros.

<sup>465</sup> GARGARELLA, R., “Republicana, representativa...”, cit., pp. 10-20.

<sup>466</sup> Según GARGARELLA, “Peralta” (Fallos 313:1513) –donde la CSJN convalidó una expansión de los poderes del Ejecutivo en desmedro de la capacidad de control y decisión de la ciudadanía–, fue el último caso de una larga lista de fallos de la Corte donde asumía una concepción restringida de la democracia. A partir de allí, en numerosas oportunidades sus interpretaciones concuerdan con la versión amplia; v. GARGARELLA, R., “Republicana, representativa...”, cit., pp. 10-14.

<sup>467</sup> Véase CSJN, Acordada n° 30/2007.

<sup>468</sup> Las audiencias públicas desarrolladas por la CSJN se encuentran documentadas en el sitio web informativo oficial del Tribunal, y pueden verse en <https://www.cij.gov.ar/audiencias.html>. Una investigación pormenorizada puede verse en BENEDETTI, M. A., SÁENZ, M. J., *Las audiencias públicas de la Corte Suprema: Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

sistema democrático es limitado –principalmente a la elección de representantes– y que nuestra república está orientada principalmente a distribuir el poder público de forma tal que los órganos instituidos se contrapesen entre sí. Tomar como punto de partida esta versión menos próxima al ideal regulativo a primera vista puede parecer poco ventajoso, pues supone evaluar nuestra penalidad con una herramienta de análisis pensada para un ideal abstracto menos parecido a la realidad; pero lo cierto es que el resultado final será más provechoso: según la *peor interpretación* de nuestro sistema político, es menor el estándar «republicano-democrático» que podemos exigir. Si aún así el examen arroja como resultado que la PPSE se aleja de ese estándar «bajo», con mayor razón se distanciará del ideal regulativo neorepublicano deliberativo. Vamos a ello.

*b. La prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación frente a nuestro sistema jurídico-político*

La prisión perpetua, como fue posible concluir a partir de la reconstrucción del capítulo II, progresivamente se ha tornado en una fuente de exclusión de ciudadanía: en un comienzo sólo excluía *definitivamente* a los reincidentes, luego también a quienes cometían ciertos delitos, y actualmente está configurada como PPSE –prisión perpetua sin excarcelación– para la generalidad de los delitos que la prevén como pena, salvo contadas excepciones. Además, esta pena –como toda pena de prisión por delito doloso– implica la pérdida del ejercicio de los derechos políticos.<sup>469</sup>

La segunda tesis –«T2»– de este trabajo afirma que la pena de prisión perpetua actualmente vigente en nuestro país no se adecua a los estándares republicanos y

---

<sup>469</sup> En Argentina, según el Código Electoral Nacional no pueden votar las personas condenadas por delitos dolosos a pena privativa de la libertad, las condenadas por faltas previstas en las leyes nacionales y provinciales de juegos prohibidos ni las sancionadas por la infracción de deserción calificada (art. 3 incs. e, f y g, ley 19.945). Según el inc. d de esta norma, tampoco podían votar las personas procesadas penalmente que se encontrasen detenidas (art. 3 inc. d, ley 19.945), aunque en 2002 la CSJN sostuvo que tal limitación era contraria a la Constitución y los tratados internacionales (CSJN, “Mignone”, Fallos 325:524), pues tal previsión contravenía el art. 23.2 de la CADH, por cuanto establece que toda la ciudadanía debe gozar de los derechos políticos y que “[...] 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. En 2004 la ley 25.858 derogó el inc. d del art. 3 del Código Electoral, e incorporó el art. 3 *bis*, que adecua la norma al estándar de la CADH y expresa “[...] los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos electorarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos [...]”. En relación a los supuestos de los incs. e, f y g del art. 3 del Código Electoral Nacional, la prohibición de votar persiste, aunque en 2016 la Cámara Nacional Electoral declaró inconstitucional tales normas por cuanto prevén una prohibición de voto, general, automática e indiscriminada (CNE, caso “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional...”, 24/05/2016).

representativos previstos en nuestra Constitución, interpretada del modo más restrictivo posible. Para sostener esta tesis se evaluarán cuatro ejes de análisis: uno relativo a la forma en que se sancionaron las leyes que configuraron la prisión perpetua actualmente vigente (i); otro asentado en las implicaciones políticas de esta pena (ii), otro enfocado en el grado de interferencia estatal implicado en la PPSE (iii), y finalmente, un contraste entre esta pena y el resto del sistema normativo argentino (iv).

#### i. La prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación como producto legislativo

El primer eje concierne a la manera en que nuestra pena máxima ha sido configurada legislativamente. A lo largo del capítulo II<sup>470</sup> se revisó la genealogía de nuestras penas y se concluyó que el Código Penal y las leyes penales que lo modifican y complementan –y, con ello, la escalas penales y la pena máxima– han sido adoptados en nuestro país principalmente a través de dos *dinámicas*: el elitismo y el populismo. Las propuestas legislativas, mayoritariamente, han sido el resultado del trabajo encargado a comisiones de especialistas o de reclamos populares canalizados legislativamente.

En el esquema resultante de los sucesivos proyectos de Código Penal elaborados por especialistas a finales del s. XIX y principios del XX, la pena máxima fue la prisión perpetua con posibilidad de excarcelación tras 20 años, salvo para el caso de reincidentes. Ese modelo fue exasperado en las últimas dos décadas por los proyectos que vehiculizaron reclamos punitivistas –principalmente encabezados por asociaciones de víctimas–, que progresivamente reformaron las normas que regulan las consecuencias de la prisión perpetua y, así, se produjo un fenómeno según el cual la excepción se convirtió en regla: la PPSE en principio estaba reservada para los reincidentes como pena excepcional, y actualmente es la regla que define la prisión perpetua, mientras que la excepción es la prisión perpetua *con* posibilidad de excarcelación.

Queda claro que estas dinámicas legislativas se distancian fuertemente del ideal regulativo neorepublicano deliberativo, pero ¿entran en conflicto con nuestra Constitución Nacional? Si adoptamos la perspectiva más restrictiva posible sobre el modelo de democracia y república previsto en nuestro diseño constitucional, lo cierto es que ambos tipos de legislación satisfacen los acotados requisitos de representatividad que

---

<sup>470</sup> Véase *supra*, capítulo II, punto III.

exige nuestro procedimiento constitucional para la formación y sanción de las leyes (arts. 77 a 84, CN).

Ni el cumplimiento de los mecanismos formales para la selección de representantes, ni la observancia por parte de ellos de los procedimientos de sanción de las leyes garantizan la consecución de los objetivos que persigue el republicanismo y la democracia. Para que el propósito constitucional de establecer un gobierno democrático y republicano se vea satisfecho, a las formas debe llenárselas de contenido, pues la *representación* requiere no sólo que todos los sectores que componen la comunidad puedan ver reflejadas sus posiciones, sino también que el ejercicio de la función representativa sea llevado a cabo con el propósito de reflejarlas. Creo posible poner en tela de juicio que ambos extremos se hayan cumplido en la historia legislativa de la prisión perpetua: es improbable que en nuestro sistema político todos puedan ver representados sus intereses, y también que el propósito de los legisladores sea siempre reflejarlos en los recintos parlamentarios. Sin embargo, el estudio de estas aristas no constituye el propósito de este apartado. A los fines que aquí interesa alcanza con señalar que el procedimiento constitucional ha sido respetado en la sanción de las leyes que conformaron la prisión perpetua.

En definitiva, no puede señalarse –al menos, sin un estudio más específico sobre el ejercicio concreto de la representación en cada acto legislativo– que la pena máxima en nuestro Derecho haya sido resultado de procedimientos contrarios a la manda constitucional. Ello no impide que podamos reconocer que este ejercicio se basa en dinámicas elitistas y populistas, que distorsionan el ideal que enuncia la propia Constitución Nacional. Sin embargo, y siempre que se tome como referencia una concepción estrecha de la república y democracia vigente, el procedimiento de sanción de las leyes que conforman la actual prisión preventiva no es un argumento que pueda sostener la tesis T2.

## ii. La exclusión política total como consecuencia de la PPSE

El segundo eje de análisis da lugar al primer argumento en que se asienta la tesis T2: la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación prevista en nuestro país genera un tipo de exclusión definitiva incompatible con el sistema político republicano y democrático (A1').

Una vez que se impone la PPSE la persona condenada no puede volver jamás al medio social, ni tampoco ejercer el derecho al sufragio u otro derecho político. Esto trae aparejadas dos consecuencias: por una parte, que la persona sea señalada –«etiquetada»–<sup>471</sup> por la pena como alguien a quien la comunidad no desea ver de nuevo; y por otra, que efectivamente no se le permita tomar parte en la decisión de los asuntos públicos. Sanciones de este tipo son prototípicamente autoritarias pues tienen la forma de restricciones a la libertad vinculadas sólo causalmente al delito, mientras que el foco de la sanción se corre hacia la personalidad de quien delinque: no se sanciona ya para comunicar desaprobación, restablecer el orden jurídico o contestar el hecho, sino con el propósito –al menos, primordialmente– de *inocuizar*, sacar del juego a quien lo comete.<sup>472</sup>

El carácter autoritario de la sanción reside en que provoca una interferencia en la libertad futura de la ciudadana, no ya como consecuencia del hecho concreto cometido, sino como resultado de un *cambio en la percepción* en la comunidad respecto de ella. Tras etiquetar a la persona como «peligrosa» o «incorregible», se la priva de la libertad con el objeto de que no pueda afectar más bienes jurídicos nuevamente. Este propósito preventivo ha sido abiertamente reconocido –y validado– por el TEDH en diversas ocasiones, en las que ha señalado que

---

[...] el mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad [...].<sup>473</sup>

---

Sin embargo, este tipo de tratamiento orientado a la personalidad es precisamente lo que caracteriza al Derecho penal *de autor*<sup>474</sup> y lo distingue del Derecho penal *por el hecho*:

---

<sup>471</sup> Véase BECKER, H., *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009; una aproximación a la teoría del etiquetamiento también puede verse en LARRAURI, E., “¿Para qué sirve la criminología”, en LARRAURI, E. (dir.), *Política Criminal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 31-32.

<sup>472</sup> Tal la reacción propuesta por VON LISZT para el “delincuente no susceptible de corrección”, véase JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 29.

<sup>473</sup> Así, TEDH, Gran Sala, caso “Vinter vs. Reino Unido”, párr. 108, con referencia a TEDH, Gran Sala, casos “Mastromatteo c. Italia”, “Maiorano y Otros c. Italia” y “Choreftakis y Choreftaki c. Grecia”. En nuestra jurisprudencia, la CSJN se encargó de desarmar y deslegitimar la idea de que pueda construirse un «perfil de peligrosidad» en 2006 en el caso “Estévez” (Fallos 329:3680), al declarar la inconstitucionalidad de la pena de reclusión por tiempo indeterminado para multireincidentes; aunque en 2019 –con una integración parcialmente diferente– rechazó la aplicación de los criterios allí expuestos a otros delitos más graves (CSJN, “Álvarez”, Fallos 342:1376).

<sup>474</sup> Véase *supra*, capítulo III, punto II.b.ii.



en el primero es la presunta «asocialidad» lo que determina la sanción antes que su conducta, es la persona misma quien se convierte en «objeto de la censura legal».<sup>475</sup>

Una penalidad cuyo propósito declarado sea la *exclusión definitiva* es adversa aun a una concepción estrecha de la república y la democracia. Nuestra Constitución Nacional no prevé un sistema político en el cual ciertas personas puedan perder su estatuto ciudadano, por el contrario, los principios liberales que la inspiran –en particular, el principio de legalidad– exigen que la libertad sea asegurada siempre y que sus limitaciones sean restrictivas y excepcionales. De hecho, nuestra carta fundamental abre la posibilidad de ciudadanía y las libertades implicadas a ella a “todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.<sup>476</sup> Una cláusula de estas características es algo excepcional en materia constitucional;<sup>477</sup> de modo que la exclusión es abiertamente contraria al espíritu de nuestra Constitución.

Por último, desde el punto de vista del modelo democrático que prevé nuestro sistema constitucional, la PPSE aparece como una sanción incompatible con la idea de representación. Si a las personas privadas de libertad se les prohíbe el ejercicio del sufragio, no puede garantizarse que algún candidato político pueda representar sus intereses en cargos electivos. Si la pena es a perpetuidad, también lo será la carencia de representación, de manera que todo un sector de la comunidad quedará fuera del discurso democrático.

### iii. La excesiva interferencia estatal implicada en la PPSE

Un segundo argumento que sostiene la tesis T2 afirma que el grado de afectación de la libertad que supone la PPSE es incompatible con la forma de gobierno prevista en nuestra constitución (A2’).

La cantidad de interferencia estatal implicada en la PPSE desbalancea desde el punto de vista republicano cualquier intento justificativo: en la medida en que la pena signifique exclusión total, no habrá modo alguno de verla como una forma de trato válida dentro de una comunidad que respete y valore a la ciudadanía y sus puntos de vista. Si bien, como se señaló antes, la pena de prisión perpetua en la mayoría de los casos está prevista para quienes cometen delitos atroces que en muchos casos significan la pérdida de vidas

---

<sup>475</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general...*, cit., pp. 176-177; véase *supra* capítulo III, punto II.b.

<sup>476</sup> Así lo dispone el Preámbulo de la Constitución Nacional.

<sup>477</sup> Véase DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia penal...*, cit., p. 29.

humanas –y con ello, necesaria y obviamente también, de la víctima como ciudadana–, lo cierto es que las acciones de una persona concreta y de la comunidad política como «ente colectivo» no pueden ser valoradas del mismo modo.<sup>478</sup> Y, en esa inteligencia, es dable esperar que las respuestas comunitarias a delitos graves se diferencien de las conductas que se reprochan.

Por otra parte, este tipo de sanciones encierra una contradicción. Si la pena estatal se dirige a contestar –con alguna finalidad, la que fuere– hechos delictivos, es porque supone que las personas obran con algún grado de libertad de autodeterminación.<sup>479</sup> Por eso mismo, en los casos en los que ese grado no es alcanzado se considera inimputable a la autora y la respuesta estatal está orientada no ya por la idea de *reproche*, sino por la de *protección*, es decir, por el resguardo tanto de la autora como de la comunidad. Por esta razón el sistema penal prevé *medidas de seguridad* y no *penas* para las personas incapaces que cometen delitos. La contradicción entre una pena como la PPSE y la libertad presupuesta en el delito es más o menos evidente: si se considera a la ciudadana en cuestión como un «peligro» que debe ser neutralizado como y que no es capaz de actuar cívicamente en la comunidad, lo que corresponde no es una *pena*, sino una *medida de seguridad* destinada a proteger.

Si la pena presupone que el autor obra con libertad, la PPSE se enfrenta al problema de explicar por qué trata como «sujeto peligroso» a quien considera libre. Aun si se aceptara la posibilidad de que la peligrosidad de una persona fuera algo predecible –premisa con la que aquí no nos comprometemos–, lo cierto es que la prisión perpetua como «medida de seguridad» debería depender de cada caso concreto y no tratarse –como en nuestra legislación– de una pena absoluta y única igual para todos los delitos graves.

---

<sup>478</sup> Véase *supra*, punto II.c.i.

<sup>479</sup> El objetivo aquí no es ingresar en la compleja y extensa discusión entre libertad y determinismo, sino identificar la premisa –que goza de acuerdo general en la doctrina penal– según la cual la conducta punible requiere cierto grado de autonomía, véase FRISTER, H., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pp. 75-79; GONZÁLEZ LAGIER, D., “Tres retos de las neurociencias para el Derecho penal”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2018, pp. 43-72; NINO, C., *Ética y derechos humanos...*, cit., pp. 267-301; HASSEMER, W., “Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal”, *InDret*, abril 2011, , entre otros; sobre la relación entre esta premisa y los delitos imprudentes, véase PALERMO, O., “Problemas para la teoría de la inexibilidad en el ámbito de la imprudencia”, en GARCÍA CAVERO, P.; CHINGUEL RIVERA, A. I. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas Solución Editorial, 2019, pp. 343-366.

En estas condiciones, la PPSE constituye una interferencia excesiva en la libertad de la persona condenada, y por ello contraría el principio liberal que inspira el gobierno republicano y democrático de nuestra Constitución.

iv. La inconsistencia entre la PPSE y el resto del ordenamiento jurídico

El tercer argumento en que se sostiene la tesis T2 es la incongruencia entre la prisión perpetua y otras disposiciones jurídicas (A3'). Un sistema político republicano exige que las decisiones públicas sean razonables, motivadas y que sea posible sostenerlas argumentativamente. Este es un rasgo fundamental que diferencia a la república de los sistemas autoritarios, donde basta con la autoridad del líder o monarca para sustentar las decisiones públicas. Ahora bien, si las decisiones normativas son contradictorias entre sí, el sistema entra en tensión. Y esto es lo que ocurre con la PPSE: ha sido instaurada a fuerza de reformas parciales a la legislación penal que entran en colisión con otras normas del sistema normativo.

En el capítulo III se demostró cómo la PPSE entra en colisión con i) principios que rigen el Derecho penal, ii) con normas constitucionales y iii) con normas incluidas en tratados internacionales de derechos humanos. La PPSE plantea problemas de coherencia interna del sistema normativo penal, puesto que parece contradecir los objetivos que la ley de ejecución penal le asigna a la prisión.<sup>480</sup> También impide ajustar la pena a la medida de la culpabilidad,<sup>481</sup> conduce a imponer penas desproporcionadas frente a otros delitos más graves,<sup>482</sup> afecta el principio de igualdad puesto que se trata diferente a personas en la misma situación,<sup>483</sup> coloca en tensión la separación de poderes dentro del Estado,<sup>484</sup> y afecta el principio de legalidad.<sup>485</sup> Ya desde una perspectiva de derechos humanos, la PPSE es una sanción que genera sufrimiento de por vida y afecta gravemente la personalidad del condenado, y que por definición impide la resocialización.<sup>486</sup>

¿Por qué es posible afirmar que este tipo de problemas «legales» son incompatibles con el proyecto político constitucional? Un sistema republicano y democrático, aun entendido de manera restringida como se señaló, supone racionalidad de los actos y decisiones

---

<sup>480</sup> Véase *supra*, capítulo III, punto II.a.

<sup>481</sup> *Ídem*, punto II.b.

<sup>482</sup> *Ídem*, punto II.c.

<sup>483</sup> *Ídem*, punto II.d.

<sup>484</sup> *Ídem*, punto II.e.

<sup>485</sup> *Ídem*, punto II.f.

<sup>486</sup> *Ídem*, punto III.

públicas: las disposiciones deben asentarse sobre razones y motivos que las hagan pasibles de ser discutidas y revisadas. Este rasgo es particularmente relevante puesto que distingue a los sistemas políticos: los autoritarios se basan en aquello que el monarca, tirano o líder considere apropiado y conveniente, y típicamente ese parecer no se somete a discusión; mientras que la república democrática se caracteriza por decisiones basadas en razones que permiten discutir posiciones y contraponer puntos de vista.

En la medida en que la PPSE contradice principios jurídicos, leyes, normas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos, se torna un obstáculo para la racionalidad política. Este rasgo se acentúa si se toma en cuenta que la PPSE ha sido adoptada de manera «subrepticia»: no ha sido objeto de un debate concreto sobre la pena máxima en nuestro sistema penal, sino que se ha llegado a ella a través de reformas parciales a las normas del Código Penal y de la ley de ejecución penal que regulan las posibilidades de excarcelación. De manera tal que, a normas específicamente debatidas en punto a la duración del castigo, se ha contrapuesto una reforma que versa principalmente sobre las condiciones para la excarcelación que, accesoriamente, ha significado la instauración en nuestro sistema jurídico de la PPSE. No hay una norma única que establezca que «la prisión perpetua implica el encierro en prisión del condenado hasta que tiene lugar su muerte», con el tipo de claridad que exige el debate abierto de asuntos públicos; por el contrario, como fue posible advertir en el capítulo II, es necesario analizar íntegramente el plexo normativo penal para identificar, vía inferencias, que la prisión perpetua desde 2017 implica el encierro de por vida.

Por eso, en conclusión, puede afirmarse que los problemas que presenta esta pena en relación con otras normas entorpecen la completa realización de la forma política de gobierno constitucionalmente adoptada.

### *c. Recapitulación: la PPSE en el Derecho argentino.*

En este apartado ha sido posible reconstruir en clave política el sistema de gobierno adoptado por nuestra Constitución Nacional y caracterizarlo de un modo que resulta útil para el propósito de este trabajo. Así, se han distinguido las distintas maneras de entender aquello que está implicado en las expresiones «representativa y republicana» del art. 1 de la CN y se han esbozado los sistemas políticos que derivan de interpretaciones amplias y restringidas. También se ha justificado por qué, a los fines de este trabajo, resulta

conveniente estar a la tesis más restringida, en la medida en que las conclusiones que deriven de su aplicación son también aplicables a la tesis más amplia.

Tras este apartado metodológico, se ha expresado la tesis T2, una –si se quiere– derivación pragmática de la tesis T1. Mientras la primer tesis afirma la incompatibilidad de la PPSE con un ideal regulativo político neorepublicano-deliberativo, la segunda sostiene que la PPSE entra en conflicto con el republicanismo democrático que rige en nuestro país.

Para defender esta tesis de segundo orden se han analizado cuatro ejes conceptuales: la forma en que se sancionó la PPSE; las consecuencias políticas de la imposición de la PPSE; el grado de interferencia pública implicado en ella y los problemas que esta pena supone con el resto del sistema normativo. El primer eje arrojó un resultado negativo: si se asume una concepción restrictiva de nuestro sistema político, no es posible cuestionar el modo en que se adoptó la PPSE puesto que ha cumplido con todas las exigencias formales necesarias para ello. Sin embargo, los tres ejes restantes sí brindan razones para sostener la tesis T2.

Así, el argumento A1' afirma que el tipo de exclusión *definitivo* que supone la PPSE es incompatible con *nuestro* sistema republicano y democrático, en la medida en que la propia Constitución Nacional no prevé la posibilidad de extinguir la ciudadanía –y más bien hace lo contrario, al invitar a toda persona del mundo a formar parte del proyecto político–; y también en cuanto el cese de la ciudadanía implica la pérdida de representación política para un grupo de personas. El argumento A2' también permite defender la tesis T2, al sostener que el grado de interferencia pública implicado en la PPSE es incompatible con nuestro sistema constitucional. Esta incompatibilidad está asentada en que si bien los delitos conminados con prisión perpetua por lo general importan graves afectaciones a la libertad –y, en la mayor cantidad de casos, a la vida misma–, ello no resulta suficiente para justificar el mismo tipo de interferencia –agravada por el sufrimiento implicado en la prolongación *sine die* del encierro– por parte de la comunidad, más bien lo contrario. Por otra parte, es incongruente que la comunidad interfiera en la libertad de una persona en base a una teórica «incapacidad» para compartir el medio social, pero al mismo tiempo la trate como persona capaz de recibir una pena. El último argumento, A3'', se enfoca en los problemas de coherencia que importa la PPSE para el sistema normativo y afirma que ese tipo de inconsistencias dañan la razonabilidad

que debe regir las decisiones públicas en un sistema republicano y democrático. Aquí no fueron relevantes ya las contradicciones normativas por lo que significan en términos sustantivos, sino más bien en sí mismas, como obstáculos para alcanzar un sistema político más racional.

De esta manera, en este apartado ha sido posible contrastar políticamente a la PPSE con nuestro diseño constitucional y sostener que este tipo de sanción es incompatible con nuestra forma de gobierno. Ello, tal como se señaló al comienzo, considerado el sistema político de modo restringido. Además, este apartado nos ha sido útil para advertir lo lejanas que se encuentran nuestras prácticas políticas del ideal neorepublicano deliberativo. Por una parte, nuestras normas penales han sido adoptadas en la mayoría de los casos a través de mecanismos que, agazapados bajo una concepción estrecha de la representación, han dejado fuera de la discusión legislativa a amplios sectores de la comunidad. Esto es particularmente grave en términos políticos si se considera que las normas *penales* son parte de la estructura fundamental de la comunidad –muestra de ello es que la Constitución Nacional encargó su sanción específicamente al Congreso de la Nación–.<sup>487</sup> Ya sea a través de dinámicas elitistas o populistas, la decisión sobre la penalidad máxima en nuestro país ha quedado reservada a grupos más o menos reducidos de personas, y la amplia mayoría de la comunidad no sólo no ha podido participar en alguna deliberación sobre el punto, sino que en buena medida *no conoce* las implicaciones actuales de una pena de prisión perpetua.

Precisamente la falta de una deliberación pública, abierta y en condiciones de imparcialidad es otra gran falencia del procedimiento legislativo que condujo a la introducción de la PPSE. Ni la adopción del Código Penal original, ni las reformas de 2004 y 2017 han posibilitado discusiones amplias y en las condiciones que fueron identificadas para la deliberación imparcial.<sup>488</sup>

#### **IV. Excurso: propuestas en clave normativa**

Con el planteamiento y la defensa de las tesis T1 y T2 sobre el vínculo entre la teoría política y la penalidad se concreta el objetivo planteado para este trabajo. Sin embargo, es posible realizar algunas propuestas sobre cómo estas tesis pueden ser útiles para

---

<sup>487</sup> Originalmente lo hizo en el art. 67 inc. 11, actualmente tal previsión se encuentra en el art. 75 inc. 12 de la CN:

<sup>488</sup> Véase *supra*, capítulo I, punto III.

repensar las prácticas cotidianas. A diario los tribunales se enfrentan al juzgamiento de delitos conminados con prisión perpetua y, a pesar de las objeciones que eventualmente puedan plantearse durante el proceso, lo cierto es que la PPSE se impone a personas concretas que actualmente cumplen estas fustigantes condenas.<sup>489</sup>

Por eso, en las breves páginas que siguen y a modo de excursión, me ocuparé de a) identificar la mejor forma de corregir este tipo de problemas según el ideal regulativo neorepublicano deliberativo; b) sostener que, en nuestro sistema vigente, las incoherencias jurídicas que plantea la PPSE podrían ser superadas vía control de constitucionalidad; y c) presentar de modo conciso el tipo de control de constitucionalidad más compatible con el ideal regulativo.

*a. Lo ideal: la producción de normas penales a partir del diálogo democrático y deliberativo*

De lo dicho a lo largo de este trabajo ha quedado claro que la forma ideal de definir el Derecho penal para el neorepublicanismo deliberativo es mediante una discusión que involucre activamente a la ciudadanía. El primer paso para una legislación que refleje las preferencias morales de la comunidad y cristalice acuerdos sobre las conductas que no son toleradas, así como las penas que corresponde aplicar, es el involucramiento de las personas alcanzadas por aquellas normas. Sostener esta idea no significa plantear una transformación de una democracia representativa a una directa, en absoluto. La labor de los representantes políticos es una pieza fundamental en sociedades complejas, donde las condiciones ideales de diálogo no pueden instrumentarse plenamente a través de la intervención de cada ciudadano concreto. Sin embargo, un proceso de formación de leyes deliberativo sí implica la inclusión de instancias de apertura en el proceso legislativo, donde tanto individuos particulares como otras instancias de representación informal –grupos de interés, organizaciones privadas, instituciones públicas, etc.– puedan intervenir y aportar argumentos a la discusión parlamentaria.

---

<sup>489</sup> Llevar adelante este intento de proyectar consecuencias prácticas no quiere decir que todo estudio teórico deba, necesariamente, abarcar tanto la ideación de una tesis como su implementación; está claro que la ejecución de una idea es algo independiente de su plausibilidad teórica. Sin embargo, en este trabajo me gustaría comprometerme al menos con un esbozo de puesta en práctica para la teoría, un boceto sobre cómo podrían trasladarse las argumentaciones aquí desarrolladas al plano de lo concreto. Creo que este tipo de compromiso es valioso –aunque sea sólo maquetado– por parte de quienes repensamos las prácticas penales.

Así como un trabajo legislativo deliberativo y abierto a la participación ciudadana no excluye la representación política –y más bien, la requiere–, tampoco excluye la intervención de comisiones científicas que tomen parte activa en el diseño de las normas. El trabajo de elaboración de proyectos de ley por parte de académicos profesionales de diversas disciplinas no es un problema en sí. Es dable pensar que el ánimo que movilizó a las comisiones que redactaron los diversos proyectos de ley con los que cuenta nuestra historia en materia penal no ha sido otro que un fuerte deseo de mejorar las instituciones y aportar conocimientos y experiencias para alcanzar una mejor legislación. Esta mecánica de trabajo no es algo negativo en sí mismo, de hecho, es muy provechosa. Lo que la torna elitista y poco republicana en el sentido que se ha señalado a lo largo de este estudio es la consideración de que «*porque lo elabora una comisión de especialistas*» el proyecto es mejor, contiene mejores argumentos o requiere de una menor discusión parlamentaria. Los proyectos y estudios de comisiones *ad hoc* constituyen siempre un gran aporte democrático porque son una herramienta muy útil para comenzar y orientar la deliberación –sin contar con que reflejan el compromiso cívico de quienes los elaboran–, pero de ninguna manera pueden ser la última palabra, ni merecer una especial consideración por el hecho de haber sido producidos por especialistas. Legislar sin debate alguno en base a decisiones de especialistas no es otra cosa que incurrir en una gran falacia de autoridad y dar mayor peso a algunas voluntades sobre otras, algo totalmente contrario a la idea de república, donde el valor central está colocado en la capacidad de la ciudadanía de resolver por sí misma los asuntos públicos. Sin embargo, ello no implica que deba desestimarse la intervención académica que, movida generalmente por la virtud cívica, invierte su conocimiento para contribuir a obtener mejores resultados legislativos.

En relación a la penalidad máxima, la posibilidad de imponer penas a perpetuidad no parece estar excluida de un modo absoluto en un sistema de gobierno republicano y democrático, aunque –como fue sostenido en las páginas previas– sólo una forma de prisión «nominalmente perpetua» no sobrepasaría los límites impuestos por la forma política. Así fue prevista la prisión perpetua en el Código Penal de 1921, que permitía la excarcelación –excepto para reincidentes–.

Ahora bien, que las penas «absolutamente perpetuas» sean incompatibles con un sistema republicano y democrático tiene dos consecuencias prácticas. Por una parte, que de manera previa a la deliberación sobre normas penales deba eliminarse la restricción de ejercicio de derechos políticos a las personas en general condenadas, pues este grupo



forma parte de la ciudadanía y tiene un interés concreto en la fijación de las conductas criminalizadas y sus penas, de modo que su intervención en la deliberación no sólo es aconsejable, sino también necesaria para alcanzar decisiones más próximas a la imparcialidad. Por otra parte, que penas como la PPSE deban excluirse de la deliberación: se trata de un límite constitucional, que hace a la existencia misma de la república y la posibilidad de debate.

De ese modo, la exclusión del debate político de personas por el hecho de que cometan delitos, y más aún, la posibilidad de extinguir la ciudadanía, no son compatibles con una república democrática –sea ésta entendida en modo restringido o amplio–. La idea que aquí se sugiere es que un Derecho penal respetuoso de la ciudadanía debe ser definido con intervención de la comunidad –y no de espaldas a ella–, debe incluir a *toda* la ciudadanía y debe adoptarse dentro de ciertos límites, uno de los cuales es la imposibilidad de prever penas que equivalgan a la extinción definitiva de la ciudadanía.

*b. Lo actualmente esperable: el control de constitucionalidad*

Mientras una deliberación con fines legislativos no es llevada adelante, cientos de personas cumplen en nuestro país condenas a prisión perpetua, muchas de las cuales se encuentran comprendidas en los supuestos de PPSE. Sin embargo, del hecho de que la PPSE sea incompatible con el sistema político no se sigue sin más su inaplicabilidad, ni su inconstitucionalidad.

Si bien la experiencia jurisprudencial argentina muestra que sólo excepcionalmente se han considerado las tensiones entre la prisión perpetua y otras normas como motivo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de esta pena, lo cierto es que numerosos tribunales y la propia CSJN parecen haber evitado realizar el control de constitucionalidad. Este tipo de control es esperable actualmente, y de manera más urgente que un debate legislativo apropiado. Que la inconstitucionalidad de la prisión perpetua haya sido declarada por una minoría de tribunales demuestra que se trata de un asunto que depende de la interpretación y, como tal, requiere pronunciamientos por parte de los tribunales de instancias revisoras.

La teoría jurídica ha analizado cómo deben resolverse los casos en que una norma jurídica entra en conflicto con otra u otras. La «coherencia» es una propiedad de los sistemas normativos que implica que si un supuesto de hecho puede ser correlacionado con dos o

más soluciones contradictorias entre sí, entonces está correlacionado con cualquier solución. Sin embargo, tal como afirmaban ALCHOURRÓN y BULYGIN, esto no es suficiente para descalificar a un ordenamiento jurídico como «sistema».<sup>490</sup> El asunto remite a un problema de interpretación lingüística antes que a un defecto del ordenamiento jurídico,<sup>491</sup> y el tipo de problemas que se ha identificado en este trabajo en relación a la PPSE se conoce como «antinomias abstractas»: normas que conectan consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho abstractos (esto es, a *clases* de supuestos de hecho concretos) que se superponen, en todo o en parte, *conceptualmente*,<sup>492</sup> «en abstracto», sin que sea necesario que se presente un supuesto de hecho concreto.<sup>493</sup> Esto ocurre cuando, por una parte, las leyes penales locales establecen que las condenas a prisión perpetua se extinguen con la muerte de la persona condenada, y por otra parte los acuerdos internacionales sobre derechos humanos impiden aplicar penas crueles y disponen que el propósito de la pena debe ser la resocialización.

La existencia de antinomias es un resultado esperable del necesario uso del lenguaje como herramienta jurídica y de la elaboración democrática de normas. Así, pueden identificarse distintos tipos de antinomia. La contradicción entre la PPSE y el propósito resocializador de las penas previsto en la CADH, el PIDCP y la ley 24.660, es una «*antinomia pragmática*»: entre dos normas se produce una incompatibilidad práctica cuando una prescribe estados de cosas cuya existencia es *condición impeditiva* para la realización del fin prescripto por la otra.<sup>494</sup> El deber del Estado es asegurar la reinserción social de las

---

<sup>490</sup> “Conjuntos normativos incoherentes no son tan raros, como todo jurista sabe por experiencia. Sin duda, un sistema normativo incoherente podría calificarse de “irracional”; en este sentido, la coherencia es un ideal racional. [...] Pero no parece que haya buenas razones para limitar la referencia del término “sistema” a los conjuntos coherentes, a menos que por “sistema normativo” entendamos un sistema normativo puro, es decir, un sistema que carezca de consecuencias fácticas. La coherencia es, ciertamente, una propiedad necesaria de los sistemas normativos puros, pues de un sistema incoherente pueden derivarse fácilmente consecuencias fácticas. (En efecto: si “ $\sim t/q$ ” es una consecuencia de  $\alpha$ , entonces “ $\sim q$ ”, es decir, la negación del enunciado  $q$ , que es descriptivo –fáctico–, es consecuencia de  $\alpha$ ; donde “ $\sim t$ ” simboliza cualquier contradicción). De ahí que la ausencia de consecuencias fácticas implica que el sistema es coherente, aunque la recíproca no vale. Un sistema puede tener consecuencias fácticas y seguir siendo coherente”, véase ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E., *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp. 93-94.

<sup>491</sup> En este sentido, ALCHOURRÓN ha destacado que “[...] el hecho de que con una interpretación diferente las normas expresadas por ellos [dos artículos con consecuencias contradictorias para un mismo caso] puedan ser compatibles muestra una característica importante de la noción de consistencia normativa: se trata de una propiedad de los *significados* atribuidos a los textos normativos y no de los textos normativos mismos”, véase ALCHOURRÓN, C., “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, n° 13, octubre 2000.

<sup>492</sup> GUASTINI, R., *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 253-254.

<sup>493</sup> En este sentido, no son antinomias «lógicas», sino «teleológicas», «axiológicas» o «de principios», y –si sólo se considera a las antinomias lógicas como antinomias «en sentido propio»– son «impropias», véase CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2007, quien refiere a la taxonomía de las antinomias realizada por ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1960.

<sup>494</sup> CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica...*, cit., pp. 303.

personas condenadas es pragmáticamente incompatible con la norma que establece penas irredimibles.

Por otra parte, la incongruencia entre la gravedad de las penas para delitos ordinarios y delitos contra la humanidad es una «*antinomia axiológica*»: se trata de normas que reflejan valoraciones comparativamente incongruentes respecto de una escala de valores comunes. Ello ocurre, en particular, cuando las consecuencias jurídicas que las dos normas adscriben a los respectivos supuestos de hecho abstractos no son congruentes respecto al valor o desvalor relativo a los dos supuestos de hecho, tal como puede estimarse con base en la presunta escala de valores comunes.<sup>495</sup> La configuración de antinomias axiológicas es una operación que depende –además de cierta interpretación de las normas que las torna contradictorias– de un número de «constataciones»: debe verificarse que existe una escala de valores en común, un valor/desvalor relativo a los supuestos de hecho abstractos y un valor/desvalor relativo a las consecuencias jurídicas. Estas valoraciones pueden ser altamente opinables y llegar a consentir a los operadores la proyección de la propia escala de valores –las percepciones morales personales– sobre los materiales jurídicos utilizados.<sup>496</sup>

Según GUASTINI, tras constatar que las disposiciones normativas son –sino siempre, casi siempre– equívocas puesto que admiten más de una interpretación (y que, por ello, la antinomia es fruto de la interpretación), es posible evitar o prevenir las antinomias mediante estrategias interpretativas que logren compatibilizar las normas.<sup>497</sup> Esto es lo que denomina «interpretación adecuada» o «conforme». Constatada una antinomia que no puede resolverse de ese modo, debe ser superada mediante la selección de una norma respecto de la otra. Desde una aproximación propia de la teoría jurídica, GUASTINI<sup>498</sup> ha identificado las formas de solución según el tipo de normas en conflicto, que pueden darse en cuatro maneras :

i) que las normas provengan de fuentes distintas pero pertenecientes a la misma clase (por ejemplo, dos leyes nacionales), debe darse preferencia a la norma más reciente en el tiempo –«*lex posterior derogat legi priori*»–;

---

<sup>495</sup> *Ídem*, pp. 304.

<sup>496</sup> *Ídem*, pp. 305.

<sup>497</sup> GUASTINI, R., *La sintaxis...*, cit., pp. 256-259, también CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica...*, cit., pp. 313-318.

<sup>498</sup> GUASTINI, R., *La sintaxis...*, cit., pp. 256-265.

ii) que las normas emanen de fuentes de diferente clase, en cuyo caso es necesario distinguir: a) si las fuentes mantienen una relación jerárquica entre sí, debe aplicarse la norma de «superior» jerarquía —«*lex superior derogat legi inferiori*»—; b) si no mantienen una relación jerárquica, debe constatarse si tienen ámbitos de competencia distintos, revisar si una invadió la competencia de la otra y aplicarse la norma de fuente competente; y c) si ambas normas tienen igual jerarquía de fuentes y se ha mantenido cada una dentro de su ámbito de competencia, aplicar el principio cronológico según el cual la norma posterior abroga a la precedente;

iii) que se trate de antinomias entre una norma legal y una comunitaria:<sup>499</sup> debe ser dejada de lado la norma interna —sea anterior o posterior a la comunitaria— aunque no queda abrogada ni invalidada y puede tener eficacia nuevamente si la norma comunitaria fuera derogada;

iv) que el conflicto sea entre principios constitucionales: no son aplicables los principios jerárquico, cronológico ni de especialidad. La técnica generalmente empleada por los jueces constitucionales es la «ponderación» o «balance» de principios.<sup>500</sup>

Como se señaló, la aplicación de estas reglas depende de un acuerdo respecto a la interpretación de las normas en pugna, según el cual éstas son incompatibles. Sólo si se reconocen y aceptan las inconsistencias normativas que han sido propuestas en este trabajo, serían aplicables las reglas que la teoría jurídica propone para superar antinomias, lo cual tendría lugar al realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad.

Aunque los tribunales de nuestro país y la CSJN no han declarado —al menos, no de manera generalizada— la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, lo cierto es que la mayor parte de los pronunciamientos en los que han mantenido su validez

---

<sup>499</sup> GUASTINI alude al derecho italiano y a las normas que emanan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, sus consideraciones son trasladables a nuestro derecho en lo que aquí interesa. Por una parte, como consecuencia de lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969, aprobada por ley 19.865): “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”. Por otra, en el caso de la CADH, según lo dispuesto por su art. 2: “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>500</sup> GUASTINI, R., *La sintaxis...*, cit., pp. 256-265.

constitucional son previos a la reforma introducida en 2017, que cambió radicalmente el sentido de la prisión perpetua al tornarla PPSE.

En numerosas oportunidades la CSJN ha tenido ante sí planteos donde pudo realizar un control de constitucionalidad de la prisión perpetua, sin embargo, siempre ha evitado pronunciarse sobre el asunto, objetivo que ha logrado enfocándose en la solución de agravios distintos a la impugnación de la prisión perpetua.<sup>501</sup> Este temperamento es congruente con su criterio –explicitado en numerosos pronunciamientos– según el cual la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un recurso de *ultima ratio* para la judicatura, en tanto que siempre debe presumirse la legitimidad de las leyes dictadas conforme a los procedimientos formales establecidos para ello.<sup>502</sup> Además, y a partir de este temperamento, la Corte propugna una «interpretación adecuadora» o «conforme» y así ha derivado pautas interpretativas para *evitar* las antinomias que pueden dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad.<sup>503</sup> El fundamento de esta actitud hacia el control de constitucionalidad radica en la *deferencia* hacia la actividad de los otros Poderes del Estado y en el respeto de las autonomías provinciales.

Dado que la Corte Suprema es el organismo constitucionalmente encargado de aplicar las leyes y el intérprete último de la Constitución Nacional, es institucionalmente esperable que lleve adelante el control de constitucionalidad de la pena máxima puesto que existen razones para cuestionarla. Y en tanto el sistema de control de convencionalidad argentino es difuso, lo propio ocurre en relación al resto de la judicatura.

Es esperable, por ello, que hasta tanto se produzca un debate legislativo apropiado las posibles violaciones de derechos humanos implicadas en la imposición de PPSE sean revisadas por los tribunales. La pasividad de los poderes legislativo y judicial frente a este asunto no hacen más que agravar la situación actual de aquellas personas que han sido condenadas a PPSE. Y en este escenario, donde existe la posibilidad real de vulneración de derechos convencionales de personas privadas de la libertad, la *deferencia* no es un

---

<sup>501</sup> Ejemplos son los casos “Díaz, Juan Carlos” (CSJN, Fallos 329:2433), “Giménez Ibáñez” (Fallos 329:2440), “Álvarez” (Fallos 342:1376), “Caballero” (Fallos 312:526 y 313:904), “Bolla Aponte de Murano” (Fallos 307:2123), “Villavicencio” (Fallos 337:1217), “Quesada” (Fallos 336:1263), o “Calafell” (Fallos 334:1659). En los últimos tres mencionados, el entonces juez Zaffaroni sostuvo –en disidencia, acompañado en el último caso por el juez Maqueda– que un encierro de por vida resulta incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

<sup>502</sup> Véase “Degó” (CSJN, Fallos 242:73), “Puerta” (Fallos 285:369), “Loter” (Fallos 300:241), “Fernández” (Fallos 338:1026), “Canales” (Fallos 342:697), entre otros.

<sup>503</sup> Véase “Brusa” (CSJN, Fallos 326:4816), “Alianza Frente por un nuevo País” (Fallos 326:1778), “Villacampa” (Fallos 312:122), entre otros.

principio que exima a los tribunales de realizar el control constitucional y convencional. En todo caso, es conveniente que la interpretación normativa que evita las antinomias sea explicitada jurisprudencialmente.

Sin embargo, la «interpretación adecuadora» o «conforme» presenta el peligro de diluir los acuerdos constitucionales. Lo más ajustado al principio republicano clásico de división de poderes no es interpretar las normas de modo tal que, como regla, los acuerdos democráticos legislativos sean respetados, sino realizar el control de constitucionalidad a través de un procedimiento que sea respetuoso –y a la vez exigente– de la legitimidad de las decisiones del Congreso.

En definitiva, los problemas que representa la PPSE no deben ser dejados de lado. No sólo porque por tratarse de normas penales –estructurales del sistema normativo– atañen a toda la comunidad, sino además porque afectan de manera *actual* a un colectivo de personas vulnerables, que carecen de representación política y son sometidas a una pena de la que puede afirmarse que contradice acuerdos constitucionales y convencionales. Los tribunales se encuentran en condiciones de llevar adelante el tipo de control de constitucionalidad y convencionalidad debido, sin por ello afectar la legitimidad de las decisiones de los demás poderes. En el apartado siguiente, se esbozará el tipo de control de constitucionalidad que es esperable en una concepción neorepublicana y deliberativa.

### *c. El control de constitucionalidad más compatible con el ideal regulativo*

El control de constitucionalidad es un tema sumamente debatido en la teoría constitucional y una de las preguntas más arduas es la relativa a la legitimidad del Poder Judicial para revisar las decisiones democráticamente adoptadas por los demás poderes. Esto es lo que Alexander BICKEL ha llamado la «dificultad contramayoritaria»<sup>504</sup> del Poder Judicial: cada vez que los jueces declaran inconstitucional una ley, ponen en cuestión la autoridad democrática del pueblo. Ello por cuanto los jueces no son electos, sus cargos no son periódicos y el poder de tener la «última palabra» que acaba teniendo el Poder Judicial respecto de los demás poderes es excesivo. A este planteo se han incorporado luego otros igualmente significativos: se cuestiona el carácter puramente sustancial del control judicial de constitucionalidad; su escaso valor epistémico, junto con el déficit de imparcialidad de las decisiones judiciales sobre asuntos públicos; la ofensa a

---

<sup>504</sup> BICKEL, A. M., *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, Fondo de Cultura Económica, 2020 (1962).

la igualdad dignidad moral, la regla de la mayoría y el ideal de autogobierno; la extensión de la noción de supremacía constitucional hasta el extremo de la supremacía judicial y el carácter rígido y estricto del sistema de división de poderes que implica.<sup>505</sup>

En este escenario, la *deferencia* implicada en los criterios de interpretación constitucional es vista como un modo de respetar la autonomía de los demás poderes, que gozarían de mayor legitimidad en términos democráticos. El control de constitucionalidad es entendido como una consecuencia de dinámicas elitistas y conservadoras, que nació en un momento en que no se consideraba necesario consultar a la ciudadanía y se entendía que no todas las personas estaban dotadas de iguales capacidades y por ello solo algunos tenían las virtudes necesarias para tomar decisiones correctas.<sup>506</sup>

Una revisión exhaustiva del rol del control de constitucionalidad en una democracia deliberativa excede con mucho los propósitos de este comentario. Baste aquí con tener presente que, entre los teóricos deliberativistas, hay quienes aceptan y rechazan el control de constitucionalidad. MARTÍ afirma que toda república deliberativa debe tener la máxima deferencia hacia los órganos democráticos de toma de decisiones, y la máxima desconfianza hacia los órganos elitistas no representativos, como los judiciales; y por eso el control de constitucionalidad es legítimo cuando o bien la constitución es flexible, o bien su rigidez es democrática y deliberativa.<sup>507</sup> También GARGARELLA considera que el control de constitucionalidad es compatible con una democracia deliberativa, siempre que el Poder Judicial se coloque al servicio de la discusión pública, abriéndose al debate en lugar de reemplazando o desalentando la deliberación.<sup>508</sup> NINO se encuentra en el segundo grupo, pues considera que, como regla, los tribunales adolecen de un déficit de legitimidad democrático para llevar adelante el tal control, salvo ante tres excepciones: i) ante casos donde deba protegerse la autonomía moral de las personas; ii) para resguardar el correcto funcionamiento del proceso democrático de toma de decisiones; y iii) cuando se trata de tutelar la constitución como una práctica social e histórica.<sup>509</sup>

---

<sup>505</sup> GIUFFRÉ, I., “Hacia un constitucionalismo dialógico. Una defensa del control judicial de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo”, en MARTÍNEZ CINCA, C. D.; SCIVOLETTO, G. (comps.), *Estado de derecho y legitimidad democrática. Perspectivas, problemas y propuestas*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, pp. 31-57.

<sup>506</sup> GARGARELLA, R., *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, p. 28.

<sup>507</sup> OLIVARES, E., “En defensa de un modelo dialógico deliberativo del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, 2013, pp. 105-132.

<sup>508</sup> *Ídem*, pp. 116-117.

<sup>509</sup> *Ídem*, pp. 117-119.

A los fines de este excursus me interesa traer a colación la matización del rasgo contramayoritario del control de constitucionalidad que aporta la democracia deliberativa. Es posible sostener no sólo la legitimidad, sino también la necesidad democrática del control judicial de constitucionalidad en casos como el de la exclusión implicada en la PPSE. Como lo ha sostenido NINO, existe un límite para la discusión legislativa que está dado por las condiciones procedimentales mismas:

---

lo único que la mayoría no tiene legitimidad para decidir es la restricción de las condiciones y los presupuestos que hacen del procedimiento democrático un mecanismo apto para encontrar soluciones correctas. La misma mayoría que podría estar viciada por fallas en las condiciones de la discusión amplia, abierta y de la decisión mayoritaria es obvio que no puede decidir sobre si esas condiciones se dan, porque esa decisión estaría afectada por los mismos defectos que se estaría discutiendo, si se satisfacen o no. Es por ello que es necesario contar con órganos independientes que controlen si esos presupuestos y esas condiciones del procedimiento de discusión, de debate y de decisión democrática se han satisfecho o no; órganos cuya propia legitimidad no dependa de avatares, de mayorías [...].<sup>510</sup>

---

Este razonamiento puede dar lugar a interpretaciones restringidas o amplias del control de constitucionalidad. Una restringida diría que los tribunales deben limitarse a verificar si se dieron las condiciones procedimentales del debate y de la decisión democrática. La versión amplia, sostenida por NINO, considera que la validez de una decisión mayoritaria depende de muchos factores (como la existencia de una relativa igualdad de recursos para participar del debate democrático, el acceso a la educación, la ausencia de condicionamientos, etc.) y, por ello, no establece un límite fijo a la jurisdicción.<sup>511</sup>

Un control de constitucionalidad compatible con un ideal deliberativo no puede ser llevado adelante exitosamente de espaldas a la comunidad, sino que debe contar con su intervención y por eso debe generar instancias dialógicas. Conforme a un modelo *dialógico* de justicia, los tribunales pueden promover el debate colectivo de las cuestiones de interés público de manera abierta, plural e incluyente. Para alcanzar este objetivo tienen a disposición instancias como las audiencias públicas, la publicidad de audiencias o deliberaciones, o la admisión y promoción de la participación de *amicus curiae*.<sup>512</sup>

---

<sup>510</sup> NINO, C., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 4, sep-dic 1989, pp. 79-88.

<sup>511</sup> *Ídem*, pp. 87-88.

<sup>512</sup> SOSA SACIO, J. M., “Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales”, *Anuario de Investigación del CICAJ*, 2019, pp. 439-456.



En cuanto al contenido del control de constitucionalidad, existen posiciones que sugieren que no debería limitarse a revisar el contenido de las normas revisadas, sino también el modo en que éstas fueron adoptadas. Tal como afirma GIUFFRÉ, el respeto a la dignidad humana reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos origina en cabeza de los Estados un deber específico de poner a disposición de los habitantes las razones de las normas o medidas de gobierno que los implican de manera directa o indirecta. Tal *derecho a la justificación* se erigiría contra la imposición coercitiva de decisiones “implicando así una condición necesaria para la legitimación de la actuación del Estado”.<sup>513</sup>

Un control de los procedimientos legislativos que introdujeron la PPSE en nuestro ordenamiento jurídico seguramente contribuiría a visibilizar los problemas que importa esta penalidad. Que quepa o no al Poder Judicial llevar adelante esta tarea, es un asunto que excede los márgenes del trabajo aquí propuesto. Como se señaló al comienzo de este excursus, el control judicial de constitucionalidad puede resultar una herramienta para mitigar vulneraciones *urgentes* de derechos, pero que no es la forma ideal de satisfacer los estándares de protección de la libertad y de respeto cívico que exige el neorepublicanismo deliberativo. Sin embargo, puede permitir al Poder Judicial trasladar la discusión al foro público.

## V. Conclusiones

El propósito de este capítulo final de la tesis ha sido emplear las premisas argumentativas desarrolladas en los capítulos previos para sostener la tesis según la cual la prisión perpetua no es compatible con un ideal político neorepublicano deliberativo.

Con este fin, ha sido posible identificar cinco premisas implicadas en el ideal regulativo, y así se ha concluido que una república deliberativa descansa sobre al menos cinco ideas: i) la amplia *participación popular* en la toma de decisiones pública, como mecanismo necesario para alcanzar el autogobierno; ii) el ideal de *libertad* entendido como no-dominación, como propósito último; iii) la confianza en la *virtud cívica* de la ciudadanía; iv) la *deliberación* como forma de toma de decisiones y de acceder a «verdades morales» colectivas que puedan ser positivizadas en el Derecho; v) la necesaria *intervención de las*

---

<sup>513</sup> GIUFFRÉ, I., “Hacia un constitucionalismo dialógico...”, cit., p. 53, en un sentido opuesto, véase SIMÕES NASCIMENTO, R., “Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa?”, *Jota*, 2020, URL <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/defensor-legis/control-de-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020> [consulta: 19/07/21].

*partes interesadas* en la deliberación, lo que permite que las decisiones se legitimen procedimentalmente y, concretamente en punto al Derecho penal, que las personas acusadas puedan percibir como propio al Derecho.

Luego se reconstruyeron dos aproximaciones a la penalidad desarrolladas por autores que han enfocado el asunto desde una perspectiva republicana y democrática. Así fue posible explorar las perspectivas de PETTIT y BRAITHWAITE por un lado, y de DUFF por otro, y evaluar las virtudes y problemas de cada una. Tras ello, se planteó la tesis general de este trabajo la pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación es incompatible con el ideal regulativo neorepublicano deliberativo (T1), y se brindaron cinco argumentos para sostenerla, a saber:

A1: La PPSE impide la participación de una parte de la ciudadanía cuya intervención es decisiva para que los acuerdos obtenidos sean lo más próximo posible a los alcanzables en una discusión moral imparcial, y ello trae como consecuencia una afectación en la legitimidad del Derecho e impide que toda la comunidad lo vea como propio y como resultado de su autogobierno.

A2: No siempre es posible afirmar que se hayan verificado las exigencias de legitimidad republicana respecto del Derecho que se aplica a las personas condenadas a PPSE.

A3: La exclusión definitiva de una persona del medio social y político refleja una falta de virtud cívica por parte de la comunidad.

A4: La PPSE comunica «decepción» de la comunidad hacia el condenado, pero no se trata sólo del tipo de decepción de expectativas sociales implicado en toda pena, sino de una que anula totalmente al destinatario, de modo que la interferencia pública en la libertad –entendida como no-dominación– del condenado es excesiva y vacía de efectos constructivos a la pena.

A5: Una concepción política neorepublicana exige tratar a los conciudadanos de un modo que muestre respeto hacia sus virtudes cívicas, lo que no es posible si se excluye social y políticamente a un ciudadano hasta su muerte.

Por último, se ha testeado la plausibilidad de la tesis T1 sometiéndola a cinco hipotéticas objeciones:

1. Si esta pena podría legítimamente ser aplicada a no-ciudadanos.

2. Si T1 no conduce a sostener que quienes no pueden participar políticamente, no son ciudadanos.
3. Si T1 omite incluir en el análisis la relevancia de la dignidad de la persona humana como derecho humano.
4. Si la pena de prisión puede tener lugar en una concepción donde al castigo se le asigna una función constructiva.
5. Si la PPSE podría ser compatible con el ideal regulativo en el caso en que no implicase la pérdida de derechos políticos.

Tras sostener la tesis general de este trabajo de maestría, se ha evaluado la prisión perpetua vigente en nuestro país a la luz de la herramienta que ofrece el ideal regulativo, y se ha postulado una tesis particular (T2): que la PPSE es incompatible con nuestra concepción constitucional de la república y la democracia.

Para sostenerla, en primer lugar se evaluaron las diferencias entre el ideal regulativo empleado en T1 y nuestra propia Constitución Nacional. Se concluyó que existen maneras de interpretar la CN más próximas al ideal, así como otras menos cercanas. Se adoptó una actitud *pesimista* para la evaluación de la PPSE, según la cual nuestra Constitución adopta el modelo más restringido de república y democracia. Luego se examinaron cuatro ejes, que aportaron argumentos para defender la tesis T2. El primer eje, que proponía el análisis de la PPSE como resultado de dinámicas legislativas elitistas y populistas, no fue suficiente para considerar que esta pena contradice los postulados políticos constitucionales. Sin embargo, los otros tres ejes aportaron argumentos suficientes, a saber:

A1': El «etiquetado» de ciertos individuos como indeseables y el impedimento definitivo de participar en los asuntos públicos que implica la PPSE no es incompatible con nuestro sistema político republicano y democrático.

A2': El grado de afectación de la libertad implicado en la PPSE impide realizar la forma de gobierno republicana y democrática.

A3': Las inconsistencias entre la PPSE y normas de nuestro ordenamiento jurídico de distinto nivel (legislativas, constitucionales y convencionales) es contraria a la racionalidad de las decisiones públicas implicada en el republicanismo.

Por último, en un breve excursus fue posible realizar algunas propuestas para enfrentar los problemas que supone la PPSE:

1. En primer lugar, se explicitó que el procedimiento ideal tanto para formular el Derecho penal como para reformarlo es el debate legislativo, que por tratarse de normas estructurales a la comunidad debe realizarse en las mayores condiciones deliberativas alcanzables.

2. En segundo orden, se sostuvo que de manera subsidiaria el control de constitucionalidad es posible y necesario, toda vez que la incompatibilidad entre la PPSE y el sistema político puede originar vulneraciones a derechos humanos.

3. Por último, se describió el tipo de control de constitucionalidad más compatible con el ideal regulativo.

## CONCLUSIONES FINALES

Esta tesis ha perseguido un objetivo general consistente en problematizar la relación entre los sistemas políticos y la pena de prisión, en concreto, un sistema de vanguardia republicano y democrático con la pena máxima. La pena de muerte fue quitada del escenario de estudio principalmente porque no se encuentra prevista en nuestro país, y porque existe cierto consenso –positivizado en tratados internacionales– hacia su abolición. Con la pena de prisión perpetua no ocurre lo mismo: a pesar de que numerosos países la han abolido, incluso en sus constituciones, en los últimos años presenciamos una nueva «oleada» de reformas que tanto en Argentina como en otros Estados han acabado imponiendo diferentes formas de encarcelamiento perpetuo. Un segundo objetivo, concreto, de esta tesis ha sido examinar la relación entre el sistema político concreto que impera en Argentina, y la pena de prisión perpetua actualmente vigente.

Con estos objetivos en mente, el trabajo fue estructurado de modo de establecer, en primer lugar, las bases teóricas necesarias para tener un punto de partida para el objetivo general. Luego, se examinó la prisión perpetua en nuestro país con una perspectiva histórico-política, y en tercer lugar se analizaron los problemas que esta pena presenta en cuanto norma inserta en un ordenamiento jurídico más amplio. Con estos insumos, finalmente se sostuvieron dos tesis, una relativa al objetivo general y otra al específico nacional. Este procedimiento nos ha permitido alcanzar algunas conclusiones, que brevemente serán recapituladas en estas páginas finales.

1. Un modelo político *neorepublicano* no niega las tesis centrales del republicanismo clásico –la defensa de la libertad, el autogobierno, la confianza en la virtud cívica de los conciudadanos, la oposición al dominio– pero delimita la noción de libertad y la distingue de la acepción liberal negativa, que la entiende como no-interferencia. Se enfoca en la idea de “libertad como no-dominación”, que supera la no-interferencia mediante un anclaje es social y relacional. Esta reformulación permite al neorepublicanismo sostener la finalidad de fomentar la participación ciudadana en los asuntos públicos sin comprometerse con una concepción perfeccionista o una moralidad que se inmiscuyera en los planes de vida individuales. Además, permite justificar la forma democrática de gobierno como modo de instrumentalización del autogobierno.

2. Una síntesis *neorepublicanista deliberativa* tiene como elementos centrales a la libertad como no-dominación y el procedimiento deliberativo de toma de decisiones públicas, que debe incluir a todo ciudadano potencialmente alcanzado por ella y realiza así el ideal del autogobierno.

3. El populismo y el elitismo penal plantean tensiones irresolubles con la democracia puesto que conducen a alguna forma de dominación, implican una pérdida de ciudadanía, socavan la confianza en las instituciones y, en determinados casos, pueden causar afectaciones a derechos fundamentales. Ambos suponen formas de sobrerrepresentar a un sector sobre otro, por lo que atentan contra el ideal de autogobierno. En el caso del populismo, implica el abandono de la racionalidad como forma de determinar la toma de decisiones públicas, y en el del elitismo, una forma de racionalidad fundada en la desigualdad de las personas para debatir asuntos públicos.

4. El neorepublicanismo deliberativo tiene un importante impacto en el modo en que pensamos el sistema penal, porque i) aporta razones epistémicas y de legitimidad para promover la participación de la ciudadanía en su elaboración y diseño; ii) influye en el diseño de las penas pues conduce a incorporar límites asociados a la promoción del dominio; iii) delimita el procedimiento mediante el cual se llama públicamente a una persona a responder por una acusación criminal; y iv) fundamenta la responsabilidad penal mediante el autogobierno implicado en el reconocimiento del Derecho penal como «propio» por parte de la comunidad.

5. La pena de prisión perpetua actualmente vigente en nuestro país es *ontológicamente* «perpetua», acaba con la muerte de una persona en prisión. Se encuentran vigentes modalidades de prisión perpetua menos severas para hechos cometidos o casos de condenas anteriores a las reformas de 2004 y 2017; sin embargo, es común a todas las modalidades de prisión perpetua el hecho de que la persona condenada, al momento en que se le impone la pena, no puede conocer cuándo podrá recuperar la libertad.

6. Los procesos legislativos que han conducido a la adopción de esta pena oscilan entre el elitismo y el populismo. El Código Penal de 1921 fue resultado de una serie de numerosos proyectos de código elaborados por juristas, políticos y académicos, que incluían vaivenes en relación a la pena máxima. Sin embargo, se abandonaron la pena de muerte y los trabajos forzados como pena máxima –frecuentes en la época en otros Estados– y se abrazó un modelo penitenciario –vanguardista entonces– con la prisión

perpetua como pena máxima, y como regla excarcelable. En las últimas dos décadas reformas producto de dinámicas populistas introdujeron la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, primero para algunos delitos conminados con prisión perpetua, y luego para todos a excepción de los delitos de traición, desaparición forzada de personas y los delitos tipificados por el Estatuto de Roma y la ley 26.200

7. Esta dinámica legislativa puede generar la idea de que en nuestro país sólo se encuentran legitimados para discutir las normas penales o bien ciertos grupos de académicos, o bien parlamentarios a puertas cerradas. La confianza en la discusión dialógica, colectiva, racional, argumentativa e informada por parte del pueblo no ha logrado imponerse, y el resultado ha sido un conjunto de reformas parciales, que han instaurado la PPSE de manera «subrepticia»: no se la ha establecido como la pena más grave de nuestro sistema abiertamente y luego de un debate específico, sino que se ha llegado a ella a partir de reformas a los distintos regímenes de salidas.

8. La pena de prisión perpetua como norma entra en colisión con otras normas de nuestro sistema jurídico. Es posible sostener razones para cuestionar que respete el principio de culpabilidad por el hecho, la proporcionalidad de las penas, la igualdad ante la ley, el principio de legalidad y el propósito de reinserción social asignado a la pena de prisión por otras normas. Además, sus efectos en las personas condenadas pueden contradecir la prohibición de imponer penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

9. Un sistema neorepublicano deliberativo se compone de al menos cinco premisas fundamentales: i) la amplia *participación popular* en la toma de decisiones pública, como mecanismo necesario para alcanzar el autogobierno; ii) el ideal de *libertad* entendido como no-dominación, como propósito último; iii) la confianza en la *virtud cívica* de la ciudadanía; iv) la *deliberación* como forma de toma de decisiones y de acceder a «verdades morales» colectivas que puedan ser positivizadas en el Derecho; v) la necesaria *intervención de las partes interesadas* en la deliberación, lo que permite que las decisiones se legitimen procedimentalmente y, concretamente en punto al Derecho penal, que las personas acusadas puedan percibir como propio al Derecho.

10. La pena de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación es incompatible con el ideal regulativo neorepublicano deliberativo, por cinco motivos:

a. Impide la participación de parte de la ciudadanía cuya intervención es decisiva para que los acuerdos alcanzados sean lo más próximo posible a los alcanzables en una

discusión moral imparcial, y ello trae como consecuencia una afectación en la legitimidad del Derecho e impide que toda la comunidad lo vea como propio y como resultado de su autogobierno.

b. Puede aplicarse a personas que no han participado del discurso democrático y, por ello, se les aplica un Derecho a cuya elaboración no pudieron contribuir.

c. Genera un tipo exclusión definitiva de una persona del medio social y político que refleja una falta de virtud cívica por parte de la comunidad.

d. Genera una interferencia pública injustificada y sin propósitos constructivos al anular de manera definitiva a las personas condenadas.

e. Implica un tratamiento entre conciudadanos que no es respetuoso de las virtudes cívicas republicanas.

11. El sistema político consagrado en la Constitución Nacional puede ser interpretado de un modo compatible con el ideal regulativo neorepublicano deliberativo, pero también con concepciones más restringidas, tanto de la forma de democracia como de lo que implica el republicanismo.

12. La prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación es incompatible con la forma de gobierno republicana y democrática prevista constitucionalmente, aun según una interpretación restringida. Aunque el procedimiento legislativo populista seguido para incorporar esta pena a nuestro Derecho es cuestionable, no es una razón suficiente para sostener la incompatibilidad entre la pena y el sistema político. Sin embargo, la incompatibilidad puede sostenerse a partir de tres razones:

a. El señalamiento de personas como extrañas a la comunidad política es incompatible con una república democrática.

b. La exclusión social y política definitiva implicada en la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación obstaculiza la realización de la democracia.

c. Las antinomias que genera esta pena son contrarias a la racionalidad de las decisiones públicas que implica el republicanismo.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN ALMENARA, M.; VAN ZYL SMIT, D., “Human Dignity and Life Imprisonment: The Pope Enters the Debate”, *Human Rights Law Review*, v. 15, 2015, pp. 369-376.
- ALBERDI, J., *Obras selectas*, t. XIV, Buenos Aires, La Facultad, 1920, pp. 64-65.
- ALCHOURRÓN, C. E.; BULYGIN, E., *Sistemas normativos*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- ALCHOURRÓN, C., “Sobre derecho y lógica”, *Isonomía*, n° 13, octubre 2000.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87.
- ANDERSON, M., (2009), The Eight Amendment and Juvenile LWOP: Applying the Tison Standard to Juvenile Peripheral Accomplices, *Mississippi Law Journal*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2213363> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2213363> [última consulta: enero 2021].
- APPLETON, C.; GRØVER, B., “The pros and cons of life without parole”, *The British Journal of Criminology*, 2007, n° 47, pp. 597-615.
- ARISTÓTELES, *Política*, Barcelona, Gredos, 2000.
- AROCENA, G., *Vigilando el castigo. Indagaciones sobre el control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, Buenos Aires – Montevideo, BdeF, 2014.
- ARROYO ZAPATERO, L., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (eds.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.
- ARSLANIAN, L. C.; BARBAGELATA, M. E.; GIL LAVEDRA, R. R.; PINEDO, F.; ZAFFARONI, E. R., Exposición de motivos del Anteproyecto de Código Penal de la Nación, URL <https://www.telam.com.ar/advf/documentos/2014/04/53598b9463e9b.pdf> [consulta: 25/02/2021], p. 99.
- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2014.
- BEADE, G., "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, ps. 55-70.
- BECKER, H., *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2009.
- BENAVIDES CASALS, M. A., “Reservas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, *Revista Iuris et Praxis*, año XIII, n° 1, pp. 167-204.

- BENEDETTI, M. A., SÁENZ, M. J., *Las audiencias públicas de la Corte Suprema: Apertura y límites de la participación ciudadana en la justicia*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- BERLIN, I., “Two Concepts of Liberty”, en *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 1969.
- BICKEL, A. M., *La rama menos peligrosa. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el banquillo de la política*, Fondo de Cultura Económica, 2020 (1962).
- BRAITHWAITE, J., PETTIT, P., *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- BRUNO, P., “Un balance sobre los usos de la expresión generación del 80, 1920-2000”, en *Documentos de trabajo del Departamento de Humanidades*, Universidad de San Andrés, 2011, URL <http://hdl.handle.net/10908/443> [consulta: 25/2/21].
- CANCIO MELIÁ, M., “La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *La Ley*, año XXXIV, n° 8175, 2013.
- Capítulo 2
- CÁRDENAS ARAVENA, C. M., "El principio de culpabilidad: estado de la cuestión", *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, vol. 15, nro. 2, 2008, pp. 67-86.
- CARLEN, P., “Why study women’s imprisonment? Or anyone else’s? An indefinite Article”, *British Journal of Criminology*, v.34, special issue, pp. 131-140.
- CASTAÑEDA, M., *El derecho internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Ciudad de México, CNDH, 2018.
- CESANO, J. D., *Contribución al estudio de la libertad condicional. Análisis dogmático y político criminal de acuerdo a la reforma de la ley 25.892*, Córdoba, Mediterránea, 2008, p. 42.
- CHEATWOOD, D. “The Life-Without Parole Sanction: Its Current Status and a Research Agenda”, *Crime and Delinquency*, 1988, n° 34.
- CHIASSONI, P., *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- CICERÓN, M. T., *Sobre la República*, Madrid, Editorial Gredos, 1991, p. 37.
- CIGÜELA SOLA, J., “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22, n° 12, 2020.
- CREWE, B; HULLEY, S.; WRIGHT, S.; “The Gendered Pains of Life Imprisonment”, *The British Journal of Criminology*, v. 57, n° 6, nov. 2017, pp. 1359-1378.

- CUROTTO, P. P., "Las penas de prisión perpetua y consecuencias jurídicas equiparables vs. normas constitucionales", *Revista Asociación Pensamiento Penal*, <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34137-penas-prision-perpetuas-y-consecuencias-juridicas-equiparables-vs-normas> [consulta: 28 de enero de 2021].
- DAGAN, N.; ROBERTS, J. V., "Retributivism, Penal Censure, and Life Imprisonment Without Parole", *Criminal Justice Ethics*, 2019.
- DAHL, R., "A Critique of the Ruling Elite Model", *The American Political Science Review*, vol. 52, n° 2, junio 1958, pp. 463-469.
- DUFF, A., *Sobre el castigo. Por una justicia pena que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- DUFF, A., "Can we punish the perpetrators of atrocities?", en BRUDHOLM, T.; CUSHMAN, T. (comps.), *The Religious in Responses to Mass Atrocities: Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 79-104.
- DUFF, A., *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2003.
- ENGISCH, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, Carl Winter-Universitätsverlag, 1960.
- ETZIONI-HALEVY, E., "Democratic-élite theory: Stabilization versus breakdown of democracy", *European Journal of sociology*, vol. 31, issue 2, 1990, pp. 317-350.
- FEINBERG, J., "The Expressive Function of Punishment", *The Monist, Philosophy of Law*, vol. 49, n. 3, Julio 1965, pp. 397-423, p. 407-408.
- FLEURY-STEINER, B., "Effects of Life Imprisonment and the Crisis of Prisoner Health", *Criminology & Public Policy*, v.14, n°2, 2015, pp. 407-416.
- FOUCAULT, M., *La sociedad punitiva*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2012 (1975).
- FREEDMAN, D., "Artículo 24. Igualdad ante la ley", en ALONSO REGUEIRA, E. M.; *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley – Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, pp. 415.
- FRISTER, H., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.
- GARGARELLA, R., "¿Tienen derechos los delincuentes?", en GARGARELLA, R.,

- Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 266-268.
- GARGARELLA, R., “El republicanismo y la filosofía política contemporánea”, en Borón, A., *Teoría y filosofía política. La tradición clásica y las nuevas fronteras*, Buenos Aires, CLACSO, 2001, pp. 23-43.
- GARGARELLA, R., “La política del republicanismo: vida pública y libertad de expresión”, *Lecciones y ensayos*, n° 77, 2002, pp. 13-33.
- GARGARELLA, R., “Republicana, representativa y federal”, en GARGARELLA, R., GUIDI, S. (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 3-23.
- GARGARELLA, R., *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.
- GARGARELLA, R., *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020.
- GARGARELLA, R., *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- GARLAND, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2005.
- GIUFFRÉ, I., “Hacia un constitucionalismo dialógico. Una defensa del control judicial de la deliberación democrática en el procedimiento legislativo”, en MARTÍNEZ CINCA, C. D.; SCIVOLETTO, G. (comps.), *Estado de derecho y legitimidad democrática. Perspectivas, problemas y propuestas*, Buenos Aires, Editores del Sur, 2021, pp. 31-57.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., “Tres retos de las neurociencias para el Derecho penal”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2018, pp. 43-72.
- GONZÁLEZ, L. A., “El ‘individualismo metodológico’ de Max Weber y las modernas teorías de la elección racional”, *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n° 34, 1993, pp. 431-447.
- GUASTINI, R., *La sintaxis del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 253-254.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, cap. VII.
- HART, H.L.A., “Prolegómenos a los principios del castigo”, en HART, H.L.A., *Castigo y responsabilidad. Ensayos de filosofía del derecho*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2019 (1968).

- HASSEMER, W., "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Edersa, 1982, vol. 18.
- HASSEMER, W., "Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal", *InDret*, abril 2011.
- HEINRICH, B., "Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 121, Heft 1, 2009, pp. 94-130.
- JAKOBS, G., "¿Qué protege el Derecho penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. 7, nro. 11, 2001, pp. 23-42.
- JAKOBS, G., "Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo", en JAKOBS, G., CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2006, pp. 23-56.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006.
- JULIANO, M. A.; ÁVILA, F., *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 35-44.
- KATTÁN, R. S., "Inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson Reuters-La Ley, 1/12/2014, ps. 180 y ss.
- LARA AMAT Y LEÓN, J., "El conflicto social en la globalización neoliberal y el neoconservadurismo: entre las nuevas guerras y el populismo punitivo", *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n° 4, p. 224.
- LARRAURI, E., "¿Para qué sirve la criminología?", en LARRAURI, E. (dir.), Madrid, *Política Criminal*, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 31-32.
- LIEBLING, A., "Moral performance, inhuman and degrading treatment and prison pain", *Punishment & Society*, v.3, n°5, 2011, pp. 530-550.
- LIEPMANN, M., „Die Todesstrafe“, *Gutachten für den 31. Deutschen Juristentag*, Berlin, 1912.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, Akal, 1999.
- LOVETT, F., "Republicanism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ZALTA, E. N. (ed.), verano 2018, URL <https://plato.stanford.edu/archives/sum2018/entries/republicanism/> [última consulta: febrero 2021].

- MAÑALICH, J. P., “Pena y ciudadanía”, en KINDHÄUSER, U., MAÑALICH, J. P., *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2011, pp. 115-146.
- MARTÍ, J. L., “La nozione di ideal regolativi: note preliminari per una teoria degli ideali regolativi nel diritto”, en *Ragion Practica*, n. 25, 2005, pp. 381-404.
- MARTÍ, J. L., “La paradoja de las precondiciones de la democracia deliberativa en Nino”, en GARCÍA JARAMILLO, L. (coord.), *La democracia deliberativa a debate*, Medellín, Colección Bibliográfica Cuadernos de Investigación, 2011, pp. 41-53.
- MARTÍ, J. L., “Republicanismo y Democracia: Principios básicos de una República Deliberativa”, en ARANGO, R. (ed.), *Filosofía de la Democracia. Fundamentos Conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 147-166.
- MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- MAVRONICOLA, N., “Crime, Punishment and Article 3 ECHR: Puzzles and Prospects of Applying an Absolute Right in a Penal Context”, *Human Rights Law Review*, 15, 2015, pp. 721-743.
- MAVRONICOLA, N., “Is the prohibition against torture and cruel, inhuman and degrading treatment absolute in international human rights law? A reply to Steven Greer”, *Human Rights Law Review*, v.7, i.3, 2017, pp. 479-498.
- MCCORMICK, J. P., “Machiavellian Democracy: Controlling Élites with Ferocious Populism”, *The American Political Science Review*, vol. 95, n° 2, junio 2001, pp. 297-313.
- MENDONÇA, D., “Igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, n°1, 2000, pp. 317-328.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, pp. 132-135.
- MONTESQUIEU, C. L. S., *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 2007.
- NINO, C. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2020 (1994), pp. 186-187).
- NINO, C., “Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas”, *DOXA*, n° 5, 1988, pp. 87-105.
- NINO, C., “Derecho penal y democracia”, en NINO, C., *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013 (1989), pp. 99-100.

- NINO, C., “La filosofía del control judicial de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 4, sep-dic 1989, pp. 79-88.
- NINO, C., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea 2017 (1984), pp. 466-478.
- NINO, C., *Fundamentos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pp. 116-133.
- NINO, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997, cap. 4.
- NINO, C., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
- OGLETREE, C. J.; SARAT. A. (eds.), *Life without Parole. America's New Death Penalty?*, New York, New York University Press, 2012.
- OLIVARES, E., “En defensa de un modelo dialógico deliberativo del Control Judicial de Constitucionalidad”, *Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa*, 2013, pp. 105-132.
- OLIVARES, E., “Paradoja democrática y república deliberativa”, en *Revista de la Facultad*, vol. VII, n. 2, serie II, 2017, pp. 257-281.
- OLIVARES, E., “Republicanismo participativo. Bases y puntos de partida para un modelo democrático constitucional situado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXIX, n. 275, septiembre-diciembre 2019, pp. 863-895.
- ORTIZ LEROUX, S.; MORALES GUZMÁN, J. C., “República y democracia deliberativa: claves para su convergencia teórica”, en *Acta Sociológica*, n. 71, septiembre-diciembre de 2016, pp. 123-143.
- PALERMO, O., “Aspectos de la justificación penal en una dogmática normativista”, en MONTEALEGRE LYNETT, E., CARO JOHN, J. A. (eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo: Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008.
- PALERMO, O., “Problemas para la teoría de la inexibilidad en el ámbito de la imprudencia”, en GARCÍA CAVERO, P.; CHINGUEL RIVERA, A. I. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas Solución Editorial, 2019, pp. 343-366.
- PALERMO, O., “Reincidencia, injusto y culpabilidad”, en MALDONADO FUENTES, F. (coord.), *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo – Buenos Aires, BdeF, 2016, pp. 147-179.

- PAWLIK, M., *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016.
- PAZÉ, V., “La demagogia, ayer y hoy”, *Andamios. Revista de integración social*, vol. 13, n° 30, 2016, pp. 113-132.
- PÉREZ BARBERÁ, G., “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, *InDret*, n°4, 2014.
- PETTIT, P., *On the People’s Terms*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona, Paidós, 1999.
- PITKIN, H., “Justice: On Relating Private and Public,” *Political Theory*, n°9, 1981.
- PRATT, J., MIAO, M., “Populismo penal: el fin de la razón”, *Nova Criminis*, vol. 9, n° 13, junio 2017, pp. 33-70.
- PRATT, J., *Penal Populism*, Nueva York, Routledge, 2006.
- RASCH, W., “The Effects of Indeterminate Detention. A Study of Men Sentenced to Life Imprisonment”, *International Journal of Law and Psychiatry*, v. 4, 1981, pp. 417-431.
- RAWLS, J., “The idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n° 3, 1997, pp. 765-807.
- REKERS, R., *La democratización republicana del castigo. Más allá del populismo y el elitismo penal*, Córdoba, Editorial UNC, 2021.
- RODRÍGUEZ YAGUE, C., “Estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3° época, n° 17, 2017, pp. 225-275.
- ROIG TORRES, M., “El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable”, *InDret*, n°1, 2018.
- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Madrid, Mestas, 2019 (1762).
- ROXIN, C., *Derecho Penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.
- SALIGER, F., “Feindstrarecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?”, en *JuristenZeitung*, J.61, n° 15/16, 2006, pp. 756-762.
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P., “Lo normativo y lo fáctico”, en GARCÍA CAVERO, P.; CHINGUEL RIVERA, A. I. (coords.), *Derecho penal y persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. mult. Jesús María Silva Sánchez*, Lima, Ideas, 2019, pp. 25-60.



- SCHWABE, J., *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Berlín, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, traducción de ANZOLA GIL, M. y MAUS RATZ, E.
- SEEDS, C., “Disaggregating LWOP: Life Without Parole, Capital Punishment, and Mass Incarceration in Florida, 1972–1995”, *Law & Society Review*, 2018, vol. 52, n° 1, pp. 172-205.
- SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La prisión perpetua revisable”, *RJUAM*, n° 25, 212-I, pp. 167-187.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal", en FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., (dir), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, Constitutio Criminalis Carolina, 2013, pp. 715-725.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2012.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2018.
- SIMÕES NASCIMENTO, R., “Cabe controle de constitucionalidade quanto à qualidade da deliberação legislativa?”, *Jota*, 2020, URL <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/defensor-legis/control-de-constitucionalidade-qualidade-deliberacao-legislativa-14102020>.
- SOSA NAVARRO, M., “Aut dedere aut judicare”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2015, N°8, pp. 171-182.
- SOSA SACIO, J. M., “Justicia constitucional dialógica: algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales”, *Anuario de Investigación del CICAJ*, 2019, pp. 439-456.
- SOZZO, M., “Populismo punitivo, proyecto normalizador y ‘prisión depósito’ en Argentina”, en *Sistema Penal & Violência, Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, vol. 1, 2009, pp. 33-65.
- STRAWSON, P. F., “Freedom and Resentment”, en STRAWSON, P. F., *Freedom and Resentment and Other Essays*, New York, Routledge, 2008 (1974), pp. 1-28.
- SUNSTEIN, C., “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal*, vol. 97, n. 8, julio de 1988, pp. 1539-1591.
- SUNSTEIN, C., *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- TORRES AGUILAR, M., “La pena de exilio: sus orígenes en el derecho romano”, en *Anuario de historia del derecho español*, n. 63-64, 1993-1994, pp. 701-786.

- VACANI, P. (coord.), *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Buenos Aires, Ediar, 2012.
- VACANI, P., “El desarrollo temporal de la pena y su redefinición cuantitativa en la etapa de ejecución”, *Revista Pensamiento Penal*, disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41834-desarrollo-temporal-pena-y-su-redefinicion-cuantitativa-etapa-ejecucion> [consulta: 27 de enero de 2021].
- VAN GELDEREN, M., SKINNER, Q. (eds.), *Republicanism. A Shared European Heritage*, Nueva York, Cambridge University Press, vol. I y II, 2002.
- VAN ZYL SMIT, D., “Life Imprisonment: Recent Issues in national and international law”, *International Journal of Law and Psychiatry*, n° 29, 2006, pp. 405-421.
- VAN ZYL SMIT, D.; APPLETON, C., *Life Imprisonment, a Global Human Rights Analysis*, Massachusetts-Londres, Harvard University Press, 2019.
- VANNIER, M.; “Normalizing extreme imprisonment: The case of life without parole in California”, *Theoretical Criminology*, v. I, n° 21; 2019.
- VILLAUME, A. C., “‘Life Without Parole’ and ‘Virtual Life Sentences’: Death Sentences by Any Other Name”, *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social and Restorative Justice*, n°8, v. 3 265-277.
- WACQUANT, L., *Las cárceles de la miseria*, Buenos Aires, Manantial, 2006.
- WINTROP, N., “Élite Theory and Neo-Élite Theory Understandings of Democracy: An Analysis and Criticism”, *Australian Journal of Political Science*, vol. 27, 1992, pp. 462-477.
- WRIGHT, J. “Life without Parole: The View from Death Row”, *Criminal Law Bulletin*, n° 27, pp. 334-357.
- YACOBUCCI, G., *El sentido de los principios penales*, Buenos Aires, BdeF, 2014, pp. 541-554.
- ZAFFARONI, E. R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, *La Ley*, 2010-C, 966, LJU Tomo 147, DEXT-23, cita online: AR/DOC/3149/2010.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A.; SLOKAR, A., *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- ZIFFER, P., "Concepto de pena y prevención", en AMBOS, K. – MALARINO, E., PASTOR, D. (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017.
- ZIFFER, P., "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

## **Jurisprudencia citada**

BVerfG, „Lebenslange Freiheitsstrafe”, 45:187, 21/6/1977, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv045187.html> [consulta: 2/2/2021].

BVerfG, „Strafaussetzung bei lebenslanger Freiheitsstrafe”, 86:288, 29/12/1988, disponible en <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv086288.html> [consulta: 2/2/2021].

Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), sala III, “Antelo, Marcelo Alejandro”, 09/05/2014.

Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), sala IV, “Estrella”, 22/05/2013.

Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala 1, "Arancibia, Carlos Ignacio", 28/03/2018.

Cámara Nacional Electoral, caso “Procuración Penitenciaria de la Nación y otro c/ Estado Nacional...”, 24/05/2016.

Corte IDH, “Asunto de las Penitenciarías de Mendoza”, sentencias del 22/11/2004, 18/06/2005, 30/03/2006, 22/08/2007, 27/11/2007, 17/10/2008, 10/09/2010, 26/11/2010, y el 01/07/2011.

Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, 20/11/07.

Corte IDH, “Caso Cantoral Benavídez vs. Perú”, 18/08/2000.

Corte IDH, “Caso DaCosta Cadogan vs. Barbados”, 24/09/09, párr. 54

Corte IDH, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, 20/06/2005.

Corte IDH, “Caso Fleury y otros vs. Haití”, 23/11/2011.

Corte IDH, “Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y ots. vs. Trinidad y Tobago”, 21/06/2002.

Corte IDH, “Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú”, 25/11/2004.

Corte IDH, “Caso Martínez Coronado vs. Guatemala”, 10/05/2019.

Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs Argentina”, 14/05/2013.

Corte IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, 15/09/2005.

Corte IDH, “Caso Rodríguez Revolorio y otros vs. Guatemala”, 14/10/2019.

Corte IDH, “Caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala”, 10/10/2019.

Corte IDH, Opinión Consultiva “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, OC 18/03, .

Corte IDH, Opinión Consultiva “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, OC 17/02.

Corte IDH, Opinión Consultiva “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización”, OC 4/84.

CSJN, “Alianza Frente por un nuevo País”, Fallos 326:1778.

CSJN, “Álvarez Ordóñez”, Fallos: 336:19.

CSJN, “Álvarez”, Fallos 342:1376.

CSJN, “Argañaráz”, Fallos 330:4416.

CSJN, “Bolla Aponte de Murano”, Fallos 307:2123.

CSJN, “Brusa”, Fallos 326:481.

CSJN, “Cabail Abad, Juan Miguel”, 6/3/2014.

CSJN, “Caballero”, Fallos 312:526 y 313:904.

CSJN, “Calafell, Roque Esteban”.

CSJN, “Canales”, Fallos 342:697.

CSJN, “D. de P.V.A.”, Fallos 322:2701.

CSJN, “Degó”, Fallos 242:73.

CSJN, “Díaz, Juan Carlos”, Fallos 329:2433.

CSJN, “Espíndola”, Fallos 342:584.

CSJN, “Esquivel Barrionuevo”, Fallos 330:4465.

CSJN, “Estévez”, Fallos 333:866.

CSJN, “F.A.L.”, Fallos 335:197.

CSJN, “Fernández de Kirchner, Cristina”, Fallos 343:195.

CSJN, “Fernández”, Fallos 338:1026.

CSJN, “Giménez Ibáñez”, Fallos 329:2440.

CSJN, “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional”, Fallos 344:809.

CSJN, “Gómez, Humberto Rodolfo”, 5/2/2013.

CSJN, “Gorosito Ibáñez, Carlos Ángel”, 01/09/2007.

CSJN, “Gramajo”, Fallos: 329:3680.

CSJN, “Hidalgo Garzón”, Fallos 341:1786.

CSJN, “Hoyos, Darío Ramón”, 24/9/2015.

CSJN, “Kunkel, Carlos Miguel”, Fallos 320:305.

CSJN, “Linares, Clara”, Fallos 315:839.

CSJN, “Loter”, Fallos 300:241.

CSJN, “Maldonado”, Fallos 328:4343.

CSJN, “Merchiori, Daniel Oscar”, 6/3/2014.

CSJN, “Mignone”, Fallos 325:524.

CSJN, “Miranda, Guillermo”, Fallos 342:2362.

CSJN, “Nancy Noemí Méndez”, Fallos: 328:137.

CSJN, “Nápoli”, Fallos 321:3630.

CSJN, “Ortiz Almonacid”, Fallos 322:385.

CSJN, “P., S. M. y otro”, Fallos 342:2389.

CSJN, “Peralta”, Fallos 313:1513.

CSJN, “Puerta”, Fallos 285:369.

CSJN, “Quesada, Hugo Ramón”, Fallos: 336:1263.

CSJN, “Silva Leal”, 3/12/2020.

CSJN, “Spezzano de Martín”, Fallos 310:849.

CSJN, “Spósito, Oscar Edelmiro”, 5/11/2013.

CSJN, “Véliz”, 16/6/2010.

CSJN, “Verbitsky”, Fallos: 328:1146.

CSJN, “Villacampa”, Fallos 312:122.

CSJN, “Villavicencio”, Fallos 337:1217.

CSJN, “Yalmor S.R.L.”, Fallos 329:5567.

Primer Tribunal Penal Colegiado de Mendoza, “Gutiérrez, Mariano”, 15/08/2019.

SCJMza, “Araya Rivas”, 31/10/2016.

SCJMza, “Ibáñez Benavídez p/plenario”, 30/12/2020, voto del juez Omar Palermo.

SCJMza, “Ortiz Morel”, 11/6/2018.

SCJMza, “Ríos Vallejos”, 23/12/2014.

SCJN México, Tesis 127/2001, Tomo XIV, octubre de 2001, disponible en <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/188542> [consulta: 2/2/2021].

TEDH, Gran Sala, “Choreftakis y Choreftaki c. Grecia”, 17/01/2012.

TEDH, Gran Sala, “Maiorano y Otros c. Italia”, 15/12/2009.

TEDH, Gran Sala, “Mastromatteo c. Italia”, 08/0/2014.

TEDH, Gran Sala, “Vinter y ots. c. El Reino Unido”, 09/07/13.

TEDH, Gran Sala, “Hutchinson vs. Reino Unido”, 17/01/2017.

TEDH, Gran Sala, “Murray vs. Países Bajos”, 27/04/2016.

TEDH, Gran Sala, “Vinter vs. Reino Unido”, 09/07/2013.

TEDH, Sala Cuarta, “Harakchiev y Tolumov vs. Bulgaria”, 08/07/2014.

TEDH, Sala Segunda, “Maiorano y otros vs. Italia”, 15/12/2009.

Tribunal en lo Criminal n°1 de Necochea, “Etcheverri, Daniel Ricardo”, 13/5/2013.

Tribunal Oral Federal n° 15 de Capital Federal, “Azcona, Lucas Ariel”, 21/11/2016.

Tribunal Penal Colegiado de Trelew, “Huentecoy, Julio”, 30/10/2012.

### **Informes y artículos periodísticos**

“Proyecto Código Penal de la Nación Argentina 2019”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediciones SAIJ, 1° ed., 2019, URL [http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2572/proyecto\\_codigo-penal.3.pdf](http://www.bibliotecadigital.gob.ar/files/original/20/2572/proyecto_codigo-penal.3.pdf) [consulta: febrero de 2021].

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Informe global. Condenas a muerte y ejecuciones 2019”, Londres, Amnesty International Ltd., 2020, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5018472020SPANISH.PDF> [última consulta: febrero 2021].

AMNISTÍA INTERNACIONAL, “Informe global. Condenas a muerte y ejecuciones 2019”, Londres, Amnesty International Ltd., 2020, disponible en <https://www.amnesty.org/download/Documents/ACT5018472020SPANISH.PDF> [última consulta: febrero 2021].

ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL, “Salidas transitorias: el debate necesario que fue superado por las chicanas”, 3/08/2012, URL <https://www.pensamientopenal.org/salidas-transitorias-el-debate-necesario-que-fue-superado-por-las-chicanas/> [consulta: 25/02/2021].

BANCO MUNDIAL, BIRF-AIF, DataBank, Informe “Esperanza de vida al nacer, total (años) – Argentina”, disponible en <https://datos.bancomundial.org/indicador/SP.DYN.LE00.IN?locations=AR> [consulta: 27/07/2021].

CLARÍN, “Masiva marcha frente al Congreso para pedir seguridad”, 1/4/04, URL [https://www.clarin.com/ultimo-momento/masiva-marcha-frente-congreso-pedir-seguridad\\_0\\_HkhFdpJ0Yg.html](https://www.clarin.com/ultimo-momento/masiva-marcha-frente-congreso-pedir-seguridad_0_HkhFdpJ0Yg.html) [consulta: 25/02/2021];

CLARÍN, “Otra vez fue masiva la marcha de Blumberg reclamando seguridad”, 27/08/04, URL [https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/vez-masiva-marcha-blumberg-reclamando-seguridad\\_0\\_r1xbhyhy0tl.html](https://www.clarin.com/ediciones-antteriores/vez-masiva-marcha-blumberg-reclamando-seguridad_0_r1xbhyhy0tl.html), [consulta: 25/02/2021].

Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, Observación n° 20, 10/3/1992, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf> [consulta: 3/2/2021].

- EL DIARIO MONTAÑÉS; “Presos italianos que cumplen cadena perpetua reclaman la pena de muerte”, 01/06/2007, URL: [https://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070601/internacional/presos-italianos-cumplen-cadena\\_20070601.html](https://www.eldiariomontanes.es/prensa/20070601/internacional/presos-italianos-cumplen-cadena_20070601.html).
- EL PAÍS, “Antes morir que cadena perpetua”, 01/06/2007, URL: [https://elpais.com/diario/2007/06/01/internacional/1180648813\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2007/06/01/internacional/1180648813_850215.html)
- EL SOL, “Ya es ley la restricción de salidas transitorias de las cárceles”, 13/09/2012, URL <http://www.politicaspUBLICAS.uncu.edu.ar/novedades/index/ya-es-ley-la-restriccion-de-salidas-transitorias-de-las-carceles> [consulta: 25/02/2021].
- LA NACIÓN, “Juan Carlos Blumberg: ‘La gente que cometió un delito tiene que saber que eso le va a costar caro’”, 11/10/16, URL <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/juan-carlos-blumberg-la-gente-que-cometio-un-delito-tiene-que-saber-que-eso-le-va-a-costar-caro-nid1946079/> [consulta: 25/02/2021].
- LA NACIÓN, “Nueva marcha de Blumberg frente al Palacio de Justicia”, 30/05/05, URL <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/nueva-marcha-de-blumberg-frente-al-palacio-de-justicia-nid708540/> [consulta: 25/02/2021]; CLARÍN, “La fundación Axel Blumberg ya es legal y tiene sede propia”, 10/11/04, URL [https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/fundacion-axel-blumberg-legal-sede-propia\\_0\\_Hyr4aZs10Kx.html](https://www.clarin.com/ediciones-anteriores/fundacion-axel-blumberg-legal-sede-propia_0_Hyr4aZs10Kx.html) [consulta: 25/02/2021].
- LA VOZ DE GALICIA, “Más de 300 condenados a cadena perpetua en Italia piden que se restablezca la pena de muerte”, 31/05/2007, URL: [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2007/05/31/300-condenados-cadena-perpetua-italia-piden-restablezca-pena-muerte/0003\\_5857076.htm](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/internacional/2007/05/31/300-condenados-cadena-perpetua-italia-piden-restablezca-pena-muerte/0003_5857076.htm).
- LOS ANDES, “Perpetua para el ‘Tanga’ Gómez por el crimen de Matías Quiroga”, 26/06/2014, URL <https://www.losandes.com.ar/en-las-proximas-horas-se-conocera-la-sentencia-para-los-acusados-de-asesinar-a-matias-quiroga-796465/> [consulta: 25/02/2021].
- MENDOZAPOST, “El Gobierno Nacional promulgó la ‘Ley Petri’”, U28/07/2017, URL <https://www.mendozapost.com/nota/68065-el-gobierno-nacional-promulgo-la-ley-petri/> [consulta: 25/02/2021].
- PAPA FRANCISCO, “Discurso del Santo Padre Francisco a una delegación de la Asociación Internacional de Derecho Penal”, Vaticano, Librería Editrice Vaticana, 23/10/2014,

disponible en  
[http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco\\_20141023\\_associazione-internazionale-diritto-penale.html](http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2014/october/documents/papa-francesco_20141023_associazione-internazionale-diritto-penale.html) [consulta: 29/1/2021].

SISTEMA NACIONAL DE ESTADÍSTICA SOBRE EJECUCIÓN DE LA PENA, “Informe ejecutivo 2017”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2018

SITIO ANDINO, “Crimen de Matías Quiroga: analizan pedir jury a los jueces Mathus y Vargas Romero”, 15/03/2012, URL <https://www.sitioandino.com.ar/n/30022-crimen-de-matias-quiroga-analizan-pedir-jury-a-los-jueces-mathus-y-vargas-romero/> [consulta: 25/02/2021].

SITIO ANDINO, “Una voz calificada: para Bruni hay que relanzar una política de Estado en seguridad”, 16/06/2012, URL <https://www.sitioandino.com.ar/n/40931-una-voz-calificada-para-bruni-hay-que-relanzar-una-politica-de-estado-en-seguridad/> [consulta: 25/02/2021].

TIEMPO ARGENTINO, “‘Puerta giratoria’: buscan quitar beneficios y endurecer el cumplimiento de las penas”, 2/10/2016, URL <https://www.tiempoar.com.ar/nota/puerta-giratoria-buscan-quitar-beneficios-y-endurecer-el-cumplimiento-de-las-penas> [consulta: 25/02/2021].