

Consulta destacada

JURISPRUDENCIA

Junio - 2015

PRISIÓN PERPETUA
HOMICIDIO CALIFICADO (Art. 80, Inc. 1º CP)

➤ INTRODUCCIÓN

El presente documento se elaboró en razón de una consulta recibida en la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia en relación al caso de una mujer condenada a la pena de prisión perpetua por la comisión del delito de homicidio agravado por mediar un vínculo de pareja (artículo 80, inciso 1º del CP).

De conformidad con ello, se encaró una investigación identificando cinco problemas jurídicos:

1. **Tendencia a la proscripción de las penas perpetuas a nivel regional y principio de reinserción social.** Se relevaron las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos referidas al principio de reinserción social. Por otro lado, se identificó que una tendencia en América hacia la proscripción de las penas perpetuas. Para ilustrar esta idea se resaltaron normas constitucionales de distintos Estados americanos que prohíben la imposición de este tipo de sanciones.
2. **Compatibilidad de la prisión perpetua con la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina.** Se examinó jurisprudencia en la que se analizó la prisión perpetua a la luz de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Se relevó jurisprudencia a nivel local e internacional. En particular, se consideró la vulneración del principio de legalidad, de reinserción social y la proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes.
3. **La prisión perpetua como pena absoluta. Posible analogía con la pena de muerte.** Independientemente de las objeciones constitucionales de las que es pasible la prisión perpetua se la examinó como "pena absoluta" (en tanto no admite graduación de acuerdo a las características del hecho delictivo en concreto ni a las circunstancias personales de su autor). Desde esta perspectiva, se tomó en consideración la jurisprudencia elaborada por la CorteIDH respecto de la pena de muerte, análoga en este aspecto.
4. **Art. 80, inciso 1 del CP y el principio de legalidad.** Se estudió la constitucionalidad del agravante relativo a la "relación de pareja" contenido en el artículo 80, inciso 1º del CP desde la perspectiva del principio de legalidad.
5. **Definición social del concepto "pareja".** El tipo calificado en cuestión, además, fue analizado de acuerdo a los estudios de conducta, psicológicos y sociológicos relativos a la determinación de lo que significa "estar en pareja".

➤ **ÍNDICE**

1. Tendencia a la proscripción de las penas perpetuas a nivel regional y principio de reinserción social

✓ **Normativa**

- A. Convención Americana sobre Derechos Humanos
- B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- C. Constitución Política de Bolivia
- D. Constitución de la República Federativa de Brasil
- E. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
- F. Constitución Política de la República de Colombia
- G. Constitución Política de la República de El Salvador
- H. Constitución Política de la República de Costa Rica
- I. Constitución Política de la República de Nicaragua
- J. Código Penal de Chile

2. Análisis constitucional de la prisión perpetua

✓ **Jurisprudencia nacional**

- A. CSJN – Estévez – 8/6/2010
- B. CSJN – Giménez Ibáñez – 4/7/2006
- C. TOC Nº 1 de la CABA – Etcheverry – 13/5/2013
- D. TOC Nº 20 de la CABA – Bejarano – 21/08/2014
- E. Tribunal Colegiado de Trelew, provincia de Chubut – Ruiz – 1/6/2012
- F. Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche – Colombil – 2/6/2011
- G. Cámara Undécima en lo Criminal de Córdoba – Bachetti – 2/11/2007
- H. Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, Sala B – A., M. C., M. – 26/6/2013

✓ **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

- A. Mendoza y otros v. Argentina

✓ **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

- A. Vinter y otros v. Reino Unido

✓ **Doctrina**

- A. "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", Eugenio Raúl Zaffaroni. Revista La Ley, tomo 2010-C.
- B. "Contra la prisión perpetua", Juliano, Mario y Ávila, Fernando, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- C. "Life after death: What replaces death penalty?", Penalreform.org.
- D. "La pena perpetua en Argentina. Análisis normativo", Gobbi, Guillermo O.
- E. "Convencionalidad de la pena de prisión perpetua", Iglesias, Gustavo Martín. Revista Derechos Humanos. Año III, Nº 6. Ediciones Infojus, p. 291.

3. La prisión perpetua como pena absoluta

✓ Corte Interamericana de Derechos Humanos

- A. Raxcacó Reyes v. Guatemala
- B. Hilaire, Constantine y Benjamin v. Trinidad y Tobago
- C. Dacosta Cadogan v. Barbados – voto razonado del juez García Ramírez
- D. Tristán Donoso v. Panamá – voto razonado del juez García Ramírez

4. Principio de legalidad: concepto de "pareja"

✓ Corte Interamericana de Derechos Humanos

- A. Caso Ricardo Canese v. Paraguay
- B. Caso De la Cruz Flores v. Perú

✓ Jurisprudencia nacional

CSJN – Valerga, Oscar Alfredo – 28/8/2007

✓ **Doctrina**

- A. "Robo con armas y armas impropias" – Penna, Cristian.
- B. "Principio de legalidad" – Silvestroni, Mariano.
- C. "Homicidio agravado por la especial relación con la víctima – Art. 80 inc. 1 Cod. Penal" – Tazza, Alejandro.
- D. "Los delitos contra la vida en el proyecto de Código Penal" – Ríos, Carlos Ignacio.
- E. "La reciente ley modificatoria del art, 80, del Código Penal, "homicidios agravados", y la violencia contra la mujer" – Breglia Arias, Omar.
- F. "Reflexiones sobre el femicidio" – Sánchez Kalbermatten, Alejandro.
- G. "Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados" – Molina, Magdalena y Trotta, Federico.
- H. "Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar" – Herrera, Marisa.

5. Estudios de conducta, psicológicos y sociológicos: "estar en pareja"

✓ **Doctrina**

- A. "On Being a Couple: A Dialogal Inquiry" – Sayre, G., Lambo, D., & Navarre, H.
- B. "What's love got to do with it? Exploring the impact of maintenance rules, love attitudes, and network support on friends with benefits relationships" – Hughes, M., Morrison, K., & Asada, K. J. K.
- C. "Rituals in Committed Romantic Relationships: The Creation and Validation of an Instrument" – Pearson, J., Child, J., & Carmon, A.

1. Tendencia a la proscripción de las penas perpetuas a nivel regional¹ y principio de reinserción social

✓ Normativa

A. Convención Americana sobre Derechos Humanos

CADH. Artículo 5.6. "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDCP. "Artículo 10. [...] 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica".

C. Constitución Política de Bolivia

Artículo 118 de la Constitución Política de Bolivia: "II. La máxima sanción penal será de treinta años de privación de libertad, sin derecho a indulto. III. El cumplimiento de las sanciones privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas a la educación, habilitación e inserción social de los condenados, con respeto a sus derechos".

D. Constitución de la República Federativa de Brasil

Constitución de la República Federativa de Brasil, Art. 5, inc. 46: "no habrá penas: 2. de carácter perpetuo".

E. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 44(3) "[n]o habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años".

F. Constitución Política de la República de Colombia

Constitución Política de la República de Colombia, art. 34: "[s]e prohíben las penas de destierra, prisión perpetua y confiscación".

G. Constitución Política de la República de El Salvador

Constitución Política de la República de El Salvador: "[s]e prohíben las penas por deudas, las penas perpetuas, las infamantes, las proscriptas y toda especie de tormento".

¹ Desarrollo de este argumento en "Contra la prisión perpetua", Juliano, Mario y Ávila, Fernando, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2008.

H. Constitución Política de la República de Costa Rica

Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 40: “[n]adie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula”.

I. Constitución Política de la República de Nicaragua

Constitución Política de la República de Nicaragua, art. 37: “[l]a pena no trasciende de la persona del condenado. No se impondrá pena o penas que, aisladamente o en conjunto, duren más de treinta años”.

J. Código Penal de Chile

Código Penal de Chile, art. 32: “[l]a imposición del presidio perpetuo calificado importa la privación de libertad del condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las siguientes reglas: 1º no se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darle cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación”.

2. Análisis constitucional de la prisión perpetua

✓ Jurisprudencia nacional

A. [CSJN, "Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/ robo calificado por el uso de armas", Fallos 333:866, 8/6/2010. Disidencia de Zaffaroni.](#)

Una pena privativa de libertad de muy larga duración resulta "...un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada [en Argentina] en virtud de la ley 26.394 y que no podría restablecerse en función del principio de abolición progresiva de la Convención Americana [sobre] Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se priva de la vida a una persona dándole muerte, pero de igual modo se la priva de la vida sometiéndola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte. Menos aún podría pensarse en justificar un equivalente de la pena de muerte insistiendo en su aspecto deteriorante, mediante el argumento de una prevención especial negativa por inocuidad, porque tal objetivo contradice los fines de la pena establecidos en la Convención Americana y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y porque, como es claro, viola toda consideración elemental a la dignidad de la persona. [...] Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y análogo art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuidante de semejante institucionalización".

Descartada la pena de muerte en el orden nacional, el ordenamiento jurídico argentino no podría restablecerla, no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente. En la misma dirección, afirma que los Estados tampoco se encontrarían habilitados para establecer penas que tengan por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por inocuidad.

B. [CSJN, "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ libertad condicional", Fallos 329:2440, 4/7/2006](#)

"4º) Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (en el que se alegó con acierto que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional), el a quo lo declaró mal concedido por considerar que la decisión que confirmaba el rechazo del pedido de agotamiento de pena no revestía el carácter de definitiva en los términos del art. 357 del Código de Procedimiento Penal...".

C. [TOC N° 1 de Necochea, "Etcheverry, Daniel Ricardo; Gonzalez, Cesar Juan Manuel y Varela, Mario Martin s/ homicidio calificado por el concurso premeditado de dos o más personas; lesiones graves culposas y robo". Expte. TC N° 4850-0039. 13/05/2013.](#)

“Como sostuve en otros precedentes de este Tribunal (ver "Luján Ibarra, Omar Remigio s/ Homicidio doblemente calificado", causa 4075-0096, "Quesada, Alberto s/ Homicidio calificado", causa 4228-0177 y "Tortora, Agustín s/ Homicidio Calificado, causa 4532-0238) a los cuales me remito en extenso, la imposición de una pena de prisión perpetua colisiona con el principio de culpabilidad por el acto, con la división de poderes, con el mandato resocializador de las penas privativas de la libertad, con el principio de estricta legalidad y con la prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes, principios inherentes al estado democrático y republicano de derecho.

De modo sumario, específico los aspectos que involucra cada principio:

a) Principio de culpabilidad: la pena fija supone que la relación de un individuo con su hecho es siempre la misma, estandarizada, omitiendo las circunstancias particulares que impliquen un agravamiento o morigeración del reproche que debe dirigirse al individuo por su injusto, en violación al artículo 19 constitucional.

b) División de poderes: prescribir una única pena posible estandarizada para todos los casos que encuadran dentro de una figura legal supone vedar al juez la posibilidad de conocer en la resolución de un pleito (y específicamente, conocer nada más y nada menos que en la individualización de la pena aplicable), esto implica que, en los hechos, el legislador se arrogue el conocimiento de la causas pendientes, en transgresión a la división republicana de los poderes y lo previsto por el artículo 116 de la Constitución nacional.

c) Mandato resocializador: la Carta Magna adhiere al principio resocializador de las penas privativas de la libertad (artículo 18). La resocialización implica que el condenado, en un momento determinado de cumplimiento de la pena, tenga la posibilidad de recuperar la libertad para confirmar el ideal de la reinserción, lo que virtualmente se imposibilita con una pena de duración inusitada.

d) Principio de estricta legalidad: el derecho a la individualización de la pena (la certeza sobre la finalización de la sanción) se ve obstaculizada con la prisión perpetua del modo en que se encuentra legislada, ya que no existe la certeza que al cabo de los treinta y cinco años de encierro que prevé el artículo 13 del Código Penal el condenado pueda acceder a la libertad condicional, situación que podría extenderse de manera indefinida, en colisión con los artículos 5 y 7 de la Convención Americana.

e) Prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes: una pena de, por los menos, treinta y cinco años de duración, período al cabo del cual no se tiene la certeza de recuperar la libertad, es claramente atentatoria de la dignidad humana y violatoria de los artículos 5 de la Convención Americana y 16 de la Convención contra la Tortura y otros actos crueles, inhumanos y degradantes”.

“La pena de prisión perpetua prevista por el artículo 80 del Código Penal es conceptual y realmente indefinida y, eventualmente finita, para el hipotético caso que el condenado reúna los requisitos previstos en el artículo 13, circunstancia que no puede ser asegurada apriorísticamente.

El razonamiento de quienes sostienen la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua encierra una inusual paradoja: la pena perpetua no es una pena cruel, inhumana y degradante porque existe la posibilidad que no sea cruel, inhumana y degradante por el otorgamiento de la libertad condicional, instituto que no sólo demanda requisitos temporales para su concesión sino que además exige la observancia con regularidad los reglamentos carcelarios, y un informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable su reinserción social.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que el sujeto detenido no cuente con informe favorable de los peritos o de la dirección del establecimiento? En estos supuestos el condenado permanecerá en ese estado hasta tanto cumpla con las exigencias. Es decir, continuará detenido en forma indefinida.

En las penas divisibles, aun cuando una persona no reúna los requisitos para acceder a la libertad condicional quedará liberado el día en que se cumpla la totalidad de la condena. Ese día de inexorable verificación, sencillamente no existe en la prisión perpetua. No alcanza con la mera posibilidad de acceder a la libertad condicional en un futuro incierto. Aceptar esta respuesta para legitimar esta pena es admitir que la incertidumbre puede ocupar el lugar de la certeza en el ámbito penal.

Lo único que puede oponerse a la amenaza de perpetuidad es la certeza de la finitud, la certeza de que la pena tiene una duración precisamente determinada, que un día conocido el encierro acabará. Entre ambos extremos - perpetuidad cierta y temporalidad estricta- no existen remansos de humanidad.

Al sostener que la pena perpetua debe tener fin en algún momento sin que ese momento esté precisado, estamos vaciando de todo contenido práctico a las normas constitucionales y convencionales orientadas a proteger los derechos básicos del ser humano.

Una de las consecuencias directas del principio de legalidad –*nullum crimen nulla poena sine lege*- es el denominado mandato de certeza, mandato que en principio está dirigido al legislador, quien tiene el deber legal de determinar con precisión en los tipos penales cuál es la conducta reprimida por la ley -las fronteras entre lo punible y lo impune- y la sanción aplicable -límite al poder punitivo-. Este mandato también concierne a los jueces, quienes tienen la obligación de comunicarle al imputado a través de la sentencia condenatoria cuál es el hecho por el que se lo condena, cuál ha sido su participación en el mismo, las pruebas que así lo demuestran, la ley infringida, la pena aplicable y su modo de cumplimiento. Ferrajoli lo denomina como principio de estricta jurisdiccionalidad de las penas.

No puedo dejar de destacar la irracionalidad punitiva de nuestro digesto penal ya señalada por Zaffaroni en su voto en disidencia en la causa Estévez de la CSJN, donde recordó que la sanción de la ley 26.200 (Estatuto de Roma) incorporó a nuestro ordenamiento los delitos más graves considerados por la comunidad jurídica internacional (genocidio), los que tienen prevista una pena menos lesiva que la contemplada por nuestro ordenamiento para los homicidios agravados. La asistematicidad obliga al juzgador a una prudente aplicación de la ley con la intención

de que los reiterados y espasmódicos retoques efectuados por el legislador en nuestro código penal no deriven en una aplicación irracional e injusta en el caso concreto.

En los términos precedentes, la pena de prisión perpetua es genéricamente inconstitucional (inconstitucional en todos los casos). Pero también es inconstitucional para el caso concreto”.

“La imposición de una pena de prisión perpetua a los señores Etcheverry, Varela y González importaría, lisa y llanamente, condenarlos a morir en prisión. Si es que alguno de ellos logra superar con vida el tiempo de encierro necesario para tener la posibilidad de solicitar su liberación condicional, por la edad que tendrán en ese momento (91, 75 y 71 años), el encierro les habrá consumido su capacidad productiva y la resocialización proclamada será una evidente quimera” (del voto del juez Mario Juliano).

D. TOC N° 20 de la CABA, “Bejarano”. Expte. CCC 17200/2013/TO2. 21/08/2014.

En este caso, el imputado fue condenado a la pena de prisión perpetua por la comisión del delito de homicidio con alevosía de conformidad con lo previsto en el artículo 80 inciso 2º CP. El juez Niño votó en disidencia. Sus argumentos fueron los siguientes:

“...las penas perpetuas genéricamente consideradas, son inconstitucionales [e] impid[en] cumplir con el fin de resocialización propugnado por el artículo 1º de la ley 24.660, de ejecución de las penas privativas de libertad”

“...sólo cuadra imponer la prisión perpetua que prescribe nuestro Código Penal para delitos tales como el homicidio agravado, en la medida en que, previamente, se entienda –y formalmente se declare– derogado el artículo 1º de la ley 25.892, por aplicación de la reforma estructural introducida en el ordenamiento penal argentino por la ley 26.200 y, en consecuencia, se considere restablecido el texto original del artículo 13 del Código Penal (según leyes 11.179, 11.331 y 22.890), en tanto y en cuanto fija el plazo de veinte años para la obtención de la libertad condicional, y de cinco años para el cese de las condiciones a que dicha libertad quede sometida, sin perjuicio de la plena operatividad de otros institutos consagrados en la ley 24.660 de ejecución de las penas privativas de libertad”

E. Tribunal Colegiado de Trelew, provincia de Chubut “Ruiz Eugenio Daniel psa homicidio tent. a Yanina Treuquil - tw”. Caso N° 3533. Legajo N° 33.033. 01/06/2012.

“Tal como me he pronunciado anteriormente sobre la cuestión, al momento de resolver en el Caso `Olmos´ (Carpeta N° 3402 – Legajo N° 29.269 de Comodoro Rivadavia), en primer lugar, entiendo que si bien es claro que la prisión perpetua no se trata de una pena vitalicia (allí, por tanto, no parece radicar su invocada inconstitucionalidad), la cuestión relativa al régimen de ejecución de una pena de estas características, a tenor de las modificaciones legales introducidas por algunas leyes que enseguida mencionaré, pareciera diluirse en un mar de incoherencias e indeterminación que provocan una incerteza legislativa muy difícil de aceptar para el juez.

Sobre este último tenor, ha sido muy exacto el célebre Zaffaroni en su artículo 'El Máximo de la Pena de Prisión en el Derecho Vigente' (Rev. La Ley t.2010-C págs. 967/82), al explicar allí que: '...Las disposiciones legales que introdujeron la actual incerteza en la ley vigente se han sucedido en el tiempo y son principalmente (a) la ley 23.077 del 22 de agosto de 1984 (Adla, XLIV-C, 2535), que introduce los artículos 227 ter y 235; (b) la ley 25.928 del 10 de setiembre de 2004 (Adla, XLIV-E, 5404), que modificó el artículo 55 del Código Penal admitiendo el máximo de cincuenta años para las unificaciones de condenas y de penas; y (c) la ley 25.892 del 26 de mayo de 2004, en cuanto eleva a treinta y cinco años el plazo tradicional de veinte años de cumplimiento de la pena perpetua para habilitar la solicitud de libertad condicional...'

No obstante esta advertencia, el autor se aparta de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad y opta, en cambio, por una interpretación basada en la nueva ley 26.200 que, a su criterio, ha introducido 'una reforma estructural' y que, en virtud del principio de retroactividad de la ley más benigna, debe ser aplicada a hechos cometidos antes de su vigencia".

"Resulta muy interesante relatar aquí, lo sucedido en el conocido caso 'BACHETTI SEBASTIÁN ALEJANDRO Y OTRA p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo' (Expte. letra "B" nº 135579, año 2006, Secretaría Nº 21), resuelto en fecha 19/10/07 por la Cámara Undécima en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba, con la participación de diez jurados populares. En esta sentencia, expresó dicho tribunal técnico: "... En la deliberación, los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes), plantearon serios reparos -aún a sabiendas que no era materia de su competencia- en relación a la pena de "prisión perpetua" para los acusados de este hecho concreto. En sus frases más sentidas, hicieron conocer que el 'todo o nada' (pena de prisión perpetua pedida por el Fiscal o absolución solicitada por la Defensa) repugnaba al sentido común y por ende a su condición de soberano. A su vez se preguntaron cuales eran las razones por las que no había para esta causa, un mínimo y un máximo como en el catálogo de la mayoría de los tipos penales, que permitiera a los Jueces valorar en el caso concreto, el tenor del injusto, la culpabilidad y en definitiva, el tratamiento a imponer, percibiendo en referencia a Bachetti y Santa Cruz, que cumplir un mínimo de treinta y cinco años de prisión para obtener la posibilidad de libertad, era excesivo. Las consideraciones de los jurados populares y lo planteado por la Defensa, nos colocan en la obligación de reformularnos la razonabilidad de la pena a prisión perpetua prevista para el homicidio agravado por el vínculo parental, pues en efecto, tras la desafortunada reforma al Código Penal, conocida como 'ley Blumberg', los penados por este delito, siendo primarios, deberán pasar treinta y cinco años en prisión, para que, gozando de buena conducta y concepto y con informes criminológicos favorables, puedan acceder a la libertad condicional. Es por ello entonces, que intentando alcanzar la armonía de la pena con la equidad, compañera constante de la justicia, nos debemos replantear la cuestión constitucional del precepto legal, para arribar a la aplicación de una pena justa...".

El tribunal mencionado expresó en esa ocasión, que '...la aplicación de la pena al caso concreto no podía hacerse prescindiendo de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia, pues claramente el art. 28 de la Constitución Nacional establece que "Los principios,

garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio´...”.

Además, con citas textuales a Zaffaroni/Alagia/Slokar (‘Derecho Penal- Parte General’, p. 712 y 955) y al fallo ‘Gramajo’ (C.S.J.N., rta. en 05/09/06), respectivamente, sostuvieron los siguientes parámetros de interpretación: 1) que el principio de irracionalidad mínima de la repuesta punitiva requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación; 2) que cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal debe apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho; 3) que toda medida que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la 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; y 4) que en el contexto de un derecho penal fuertemente atado por la Constitución Nacional al principio de culpabilidad por el hecho, ya la sola posibilidad de imponer sanciones desvinculadas de la responsabilidad por el propio hecho plantea serias dudas en cuanto a sus posibilidades de legitimación”.

“En el caso ‘COLOMBIL SERGIO ANDRES S/ HOMICIDIO AGRAVADO’ (Causa Nro. D1-2010-0077), resuelto el año pasado por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, dicho Tribunal también se inclinó por esta solución. En efecto, allí se declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista en el art. 80 inc. 9º del C.P., partiendo de la base de que dicha norma no permitía diferenciar –a través de una escala penal divisible- el grado de culpabilidad reprochable al autor por el hecho concreto, no distinguiendo la respuesta punitiva para el dolo directo o para el dolo eventual, puesto que al tratarse de una pena indivisible, correspondía pena única e idéntica a cualquiera de los dos grados del dolo mencionados, afectando de tal forma el principio de proporcionalidad. Asimismo y en esta misma línea, sostuvo que ‘...el grado de culpabilidad es el que tiene que condicionar y limitar la pena respetando el llamado principio de proporcionalidad de las penas. Pues somos los jueces los que tenemos la facultad y obligación del control de constitucionalidad de las leyes, entre ellas por supuesto el Código Penal...’.

En el caso ‘V.R.A.’ por homicidio doblemente calificado (Expte. nº 1277/07), resuelto en fecha 28/12/07 por la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Penal de Rosario, dicho Tribunal resolvió hacer lugar al recurso confirmando la declaración de autoría responsable de la condenada, pero declarando la inconstitucionalidad en el caso concreto de la interpretación del artículo 80 del Código Penal en cuanto se entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión perpetua, modificando la pena y estableciéndola en 18 años de prisión. Entre varios otros aspectos propios del caso, la Alzada rosarina basó su decisión citando el caso ‘Bachetti’, la doctrina de Zaffaroni/Alagia/Slokar y el fallo de la C.S.J.N. ‘Gramajo’, que ya fuera mencionados ut supra y asumiendo la necesidad judicial de adaptar la respuesta punitiva al caso en concreto juzgado, en función de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad”.

“[P]or todo lo que se viene desarrollando, también se entiende que: a) en primer lugar, los tiempos relativos a la etapa de ejecución de la pena no respetan el mandato de certeza exigido por la Constitución; b) y, en segundo lugar, que por ser fija e invariable para todos los casos sometidos a jurisdicción que encuadren en sus distintos presupuestos, no permite al juzgador la tarea constitucional que le ha sido encomendada de determinar e individualizar la pena a aplicar al justiciable por el hecho concreto cometido, en función de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia ya mencionados.

En este sentido, resultan muy ilustrativas las observaciones del maestro Ferrajoli, cuando al analizar históricamente las penas fijas e invariables que existieron en el código penal francés de 1791, señala que: `...es fácil entender que esta solución, informada por un abstracto principio de igualdad legal, es el fruto de una total incompreensión de la epistemología del juicio y en particular del específico, insuprimible momento de la actividad de juzgar que es la **comprensión equitativa** del hecho legalmente denotado; y que este equívoco se traduce de hecho en un sistema inicuo, que equipara injustamente situaciones iguales en cuanto a elementos denotados por la ley pero diversas en cuanto a los rasgos específicos del hecho. Dos hechos, hicimos ver entonces, aun cuando igualmente denotados como hurtos o como homicidios en proposiciones igualmente verdaderas, no son nunca del todo iguales: serán distintos, por singulares e irrepitibles, los móviles y las modalidades de la acción, la gravedad del daño, la intensidad de la culpa, las eventuales razones o justificaciones, etc. Estas especificidades –que hacen a cada hecho distinto de otro aun cuando esté denotado por la misma figura de calificación legal- constituyen en su conjunto la **connotación** del caso sometido a juicio, cuya individualización y comprensión compete al juez no menos que la verificación o prueba de la **denotación** del hecho como delito...´ (Luigi Ferrajoli, `Derecho y Razón´, Editorial Trotta, año 1995, págs. 403 y 404; los resaltados son del original)”.

F. Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche, “COLOMBIL SERGIO ANDRES S/ HOMICIDIO AGRAVADO”. Causa Nº D1-2010-0077. 02/06/2011.

Voto del juez Alejandro Ramos Mejía

“En efecto, en el fallo `BACHETTI´ sentenciado por la Cámara 11 Criminal de Córdoba, el 2/11/07 se declaró la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en función del art. 80 incisos 1ero. y 2do. C.P. concluyendo por los argumentos que se explicitan en dicho pronunciamiento, en imponer la pena de dieciocho años de prisión.

Resulta importante a estos fines la resolución de la tercera cuestión planteada, en la cual el señor Vocal Nereo Héctor Maggi dijo: `En la deliberación los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes) plantearon serios reparos - aún a sabiendas que no era materia de su competencia - en relación a la pena de `prisión perpetua´ [...] `En sus frases más sentidas hicieron conocer que `el todo o nada´ (pena de prisión perpetua pedida por el Fiscal o absolución solicitada por la defensa) repugnaba al sentido común [...] A su vez se preguntaron cuáles eran las razones por las que no había para esta causa un mínimo y un máximo como el catálogo de la mayoría de los tipos penales que permitía a los jueces valorar en el caso concreto, el tenor del injusto,

la culpabilidad y en definitiva el tratamiento a imponer, percibiendo en relación a Bachetti y Santa Cruz (el otro imputado), que era excesivo cumplir un mínimo de treinta y cinco años de prisión para obtener la posibilidad de libertad´.

El tribunal que arribó a la solución de declaración de inconstitucionalidad ya más arriba comentado, resolvió examinar las escalas penales de otros tipos con los que existían similitudes (en el caso el homicidio preterintencional agravado por el vínculo).

También los señores jueces de la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de la ciudad de Rosario (Acuerdo 212 T 5 F- 300/310) fallaron declarando la inconstitucionalidad en el caso concreto de la interpretación del art. 80 del Código Penal, en cuanto se entienda que manda aplicar exclusivamente la pena de prisión perpetua, y modificando la pena, que debe establecerse en dieciocho años de prisión.

Los argumentos del fallo que comento, en prieta síntesis, son los que sigue: `Es que los principios constitucionales que están en juego y no pueden dejar de considerarse - más allá de aspectos formales y petrificados - por el legislador, son: la culpabilidad, lesividad, humanidad y proporcionalidad de las penas. En lo que hace a la culpabilidad debe ser en función del acto, una medida de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso concreto, la lesividad emerge como límite al poder punitivo del Estado ... Pero fundamentalmente es de raigambre constitucional; el tema y concepto de la proporcionalidad y humanidad de las penas ... " Conforme lo expresado precedentemente, comparto la hipótesis de considerar en el caso concreto, inconstitucional la prisión perpetua, pero ateniéndonos a las escalas penales y conciliando las pautas de los artículos 40 y 41 del C. P.´.

El fin de prevención y resocialización del delincuente, mal pueden cumplirse cuando la imposición de la pena de prisión perpetua tenga los condicionamientos de la reforma penal instalada como consecuencia de los reclamos del señor Blumberg, recordando que ha quedado estadísticamente demostrado que el agravamiento general de las penas no ha reducido el índice delictual que por el contrario se ha incrementado sensiblemente.

A mayor abundamiento cabe destacar el criterio que nuestro Superior Tribunal ha sentado sobre la temática en estudio.

En la causa caratulada: `Contreras Víctor Emilio y Parada María Eva Ester s/ homicidio en ocasión de robo; Villar Esquivel Walter Damián s/ homicidio en ocasión de robo s/ casación´, el magistrado preopinante Dr. Víctor Sodero Nieves al tratar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa sostuvo: `La agravante mencionada se inserta en el marco del expansionismo penal, global y propio de la República Argentina en el que el derecho penal de corte liberal pasa de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, para pretender transformarlo en el instrumento de una política de seguridad...´ `Aclaro que no participo de tal línea de pensamiento como lo he manifestado en numerosos pronunciamientos en los que me he referido a la aplicación del principio `pro homine´ como regla interpretativa respecto de las restricciones de los derechos de quienes se encuentran sometidos al proceso penal, del `in dubio pro reo´, no sólo para cuestiones de prueba sino también de aplicación legal, o de la morigeración de la aplicación de la pena...´ Y la técnica de legislación penal solo puede ser controlada mediante la

aplicación de los principios de culpabilidad, ofensividad, última ratio, dignidad humana, subsidiariedad, non bis in idem y no pretendiendo que se vuelva a enunciados meramente descriptivos o neutros".

En `Andrade Rodolfo Alfredo s/ robo con arma s/ casación´ Sentencia del 12-11-2003, el Superior Tribunal de Justicia admitió un recurso de casación de la defensa que alegaba una errónea aplicación de la ley sustantiva, en el caso el artículo 55 del Código Penal que impediría que se exceda el máximo legal de la especie de pena de que se trate que es de veinticinco años de prisión.

G. Cámara Undécima en lo Criminal de Córdoba, "BACHETTI SEBASTIÁN ALEJANDRO Y OTRA p.ss.aa de Homicidio calificado por el vínculo". Expte. letra "B" nº 135579, año 2006, Secretaría Nº 21. 02/11/2007.

"En la deliberación, los diez jurados populares (ocho titulares y dos suplentes), plantearon serios reparos -aún a sabiendas que no era materia de su competencia- en relación a la pena de `prisión perpetua´ para los acusados de este hecho concreto. En sus frases más sentidas, hicieron conocer que el `todo o nada´ (pena de prisión perpetua pedida por el Fiscal o absolución solicitada por la Defensa) repugnaba al sentido común y por ende a su condición de soberano. A su vez se preguntaron cuales eran las razones por las que no había para esta causa, un mínimo y un máximo como en el catálogo de la mayoría de los tipos penales, que permitiera a los Jueces valorar en el caso concreto, el tenor del injusto, la culpabilidad y en definitiva, el tratamiento a imponer, percibiendo en referencia a Bachetti y Santa Cruz, que cumplir un mínimo de treinta y cinco años de prisión para obtener la posibilidad de libertad, era excesivo. Las consideraciones de los jurados populares y lo planteado por la Defensa, nos colocan en la obligación de reformularnos la razonabilidad de la pena a prisión perpetua prevista para el homicidio agravado por el vínculo parental, pues en efecto, tras la desafortunada reforma al Código Penal, conocida como `ley Blumberg´, los penados por este delito, siendo primarios, deberán pasar treinta y cinco años en prisión, para que, gozando de buena conducta y concepto y con informes criminológicos favorables, puedan acceder a la libertad condicional. Es por ello entonces, que intentando alcanzar la armonía de la pena con la equidad, compañera constante de la justicia, nos debemos replantear la cuestión constitucional del precepto legal, para arribar a la aplicación de una pena justa".

"Es pues en ese entendimiento, que el examen de la cuestión nos permite afirmar, que en este caso se encuentra afectado el principio constitucional de proporcionalidad de la pena en relación a la culpabilidad del agente, principio que emerge del propio estado democrático de derecho y que impide la utilización de medios irrazonables para alcanzar determinados fines (art. 1 de la CN). Explica el Dr. Zaffaroni `...El principio de irracionalidad mínima de la repuesta punitiva requiere que la pena guarde proporción con la magnitud del delito, lo que demanda cierta flexibilidad que posibilite su adecuación a cada caso concreto en el juicio de determinación´ (Zaffaroni- Alagia-Eslokar; `Derecho Penal- Parte General´, p. 712). Más adelante agrega `cuando la aplicación del mínimo de la escala penal del delito de que se trate diese por resultado una pena que no guarde un mínimo de proporción con el grado de culpabilidad del agente, el tribunal debe apartarse del mínimo hasta lograr una pena adecuada a la culpabilidad del hecho´ (Zaffaroni, Eugenio R. y otros; `Derecho Penal- Parte General´,

Ed. Ediar, p. 955). En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado (causa `Gramajo, Marcelo E.´, fallo del 5/9/06) que toda medida que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la 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 (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni), agregando que en el contexto de un derecho penal fuertemente atado por la Constitución Nacional al principio de culpabilidad por el hecho, ya la sola posibilidad de imponer sanciones desvinculadas de la responsabilidad por el propio hecho plantea serias dudas en cuanto a sus posibilidades de legitimación (voto del Dr. Petracchi). En definitiva, la aplicación de la pena al caso concreto no podrá hacerse prescindiendo de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia, pues claramente el art. 28 de la Constitución Nacional establece que `Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio´´ (del voto del juez Nereo Héctor Magi).

H. Tribunal de Impugnación Penal de Santa Rosa, Sala B. - A., M.- C., M. s/ recurso de Impugnación. Sentencia del 26 de junio de 2013

“El art. 80 del Cód. Penal es inconstitucional, en cuanto dispone la prisión perpetua sin establecer una graduación de la pena, pues resulta violatorio del principio de proporcionalidad de las penas al no analizar las características de los hechos que indudablemente serán diferentes para cada caso, a la vez que torna de difícil consecución la finalidad de readaptación social del condenado” (del voto en disidencia parcial del Dr. Rebechi).

✓ **Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

A. Mendoza y otros v. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 14/05/2013

“165. La Convención Americana sobre Derechos Humanos no hace referencia a la prisión o reclusión perpetuas. No obstante, el Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a `ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

166. Con base en lo anterior, de conformidad con el artículo 5.6 de la Convención Americana, el Tribunal considera que la prisión y reclusión perpetuas, por su propia naturaleza, no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños. Antes

bien, este tipo de penas implican la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, dichas penas no son proporcionales con la finalidad de la sanción penal a niños”.

✓ **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

A. Vinter y otros v. Reino Unido. 9/7/20130

“109. En segundo lugar, al determinar si una pena a cadena perpetua en un caso concreto debe considerarse irredimible, el Tribunal ha analizado si un recluso condenado a cadena perpetua tiene alguna expectativa de ser puesto en libertad. Cuando 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 (véase Kafkaris, citada anteriormente, § 98).

110. Existen muchas razones por las 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.

111. Es un axioma que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal que lo justifique. Tal y como reconoció el Tribunal de Apelaciones en Bieber y la Sala en su sentencia en el presente caso, estos motivos incluyen la retribución, la prevención, la protección de la sociedad y la rehabilitación. Muchos de estos motivos estarán presentes en el momento en el que se impone una pena a cadena perpetua. Sin embargo, la ponderación de estos motivos no es necesariamente estática y puede cambiar en el transcurso del cumplimiento de la pena. Aquello que en el momento inicial podía constituir la justificación principal para justificar la pena de prisión puede que no lo sea después del cumplimiento de un periodo largo de la condena. Estos motivos y cambios solamente pueden ser adecuadamente evaluados a través de una revisión del mantenimiento de la pena de prisión en el momento adecuado durante el transcurso del cumplimiento de la condena.

112. Además, 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. En consecuencia, incluso cuando una pena a cadena perpetua es considerada una pena adecuada en el momento de su imposición, con el transcurso del tiempo puede convertirse – parafraseando a Lord Juez Laws en Wellington – en una pobre garantía de una pena justa y proporcionada”.

✓ **Doctrina**

A. Eugenio Raúl Zaffaroni. “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, publicado en: LA LEY 10/05/2010, 10/05/2010, 1 - LA LEY2010-C,

[966 - LJU Tomo 147, 01/03/2013, DEXT- 23. Cita Online: AR/DOC/3149/2010.](#)

“Una pena privativa de la libertad de cincuenta años, independientemente de otras consideraciones, importa prácticamente agotar la expectativa de vida de una persona según el promedio nacional, todo ello sin contar con el efecto deteriorante casi irreversible que importa semejante grado de institucionalización total.

Dicho más brevemente, se trata de un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada en virtud de la ley 26.394 y que no podría restablecerse en función del principio de abolición progresiva de la Convención Americana de Derechos Humanos según la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Se priva de la vida a una persona dándole muerte, pero de igual modo se la priva de la vida sometiéndola a un aislamiento deteriorante hasta la muerte. Menos aun podría pensarse en justificar un equivalente de la pena de muerte insistiendo en su aspecto deteriorante, mediante el argumento de una prevención especial negativa por inocuización, porque tal objetivo contradice los fines de la pena establecidos en la Convención Americana y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y porque, como es claro, viola toda consideración elemental a la dignidad de la persona.

Si las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad la reforma y la readaptación social de los condenados (artículo 5º, 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y análogo artículo 10, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización.

Descartada la pena de muerte, ningún orden jurídico puede reponerla no sólo expresamente sino tampoco por la vía de un equivalente, y tampoco puede establecerse pena alguna que tenga por finalidad la destrucción física y psíquica de la persona como pretendido efecto preventivo por inocuización.

No vienen al caso las discusiones europeas al respecto, pero en síntesis vale la pena recordar que todas coinciden en que la pena perpetua, lebenslange o ergastolo sólo es admisible si mantiene alguna posibilidad de liberación, justamente por considerarla en caso contrario un equivalente de la pena de muerte.

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

“Tampoco cabe duda acerca de la que ley 26.200 sanciona todos esos delitos con la pena de prisión (artículo 7º de la ley 26.200). Al precisar que la reclusión del Estatuto de Roma debe entenderse como prisión, ratifica a ésta como pena única privativa de la libertad en la ley vigente, puesto que las penas para los delitos más graves

contemplados por el ordenamiento jurídico merecen la pena más grave y con precisión señala para éstos la de prisión y excluye expresamente toda referencia a la reclusión.

Establece penas de prisión entre tres y veinticinco años para estos delitos. En caso de producir una o más muertes, impone como pena más grave la prisión perpetua.

La pena para cada uno de esos delitos, cuando no se diese el caso de prisión perpetua, se individualiza dentro de los límites legales de la propia ley conforme al artículo 41 del código penal, sin referencia alguna a las escalas agravadas añadidas en los últimos años a ese dispositivo mediante artículos numerados (artículo 12 de la ley 26.200).

La pena perpetua prevista en el Estatuto de Roma para los casos juzgados por la Corte Penal Internacional se adapta a las exigencias del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues el artículo 110 admite la posibilidad de liberación por vía de reducción de la pena, pasados veinticinco años de cumplimiento de ésta.

Cabe presumir que la prisión perpetua que establece la ley 26.200 también cumple con el derecho internacional en razón de que admite igual posibilidad y, por ende, excluye toda introducción de un equivalente de la pena de muerte, de conformidad con las conclusiones del debate europeo”.

“Los delitos tipificados en el Estatuto de Roma, en caso de ser juzgados por la Corte Penal Internacional serán penados con penas de reclusión hasta treinta años o con reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (artículo 77 del Estatuto). La reducción de la pena, que importa un equivalente a la libertad condicional, está prevista en el artículo 110 del Estatuto y procede su solicitud una vez transcurridas las dos terceras partes de la pena temporal y veinticinco años de cumplimiento de la perpetua. Esta medida señala un parámetro universal máximo, considerando que está limitada a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como son un genocidio de extrema gravedad y con circunstancias personales negativas del condenado.

La ley 26.200 incorpora estos tipos a la legislación penal interna y les asocia penas equivalentes: además de señalar que por reclusión debe entenderse prisión, no incorpora el máximo de treinta años del Estatuto a la prisión temporal, como sería el caso en que la pena temporal máxima interna fuese superior a ese tiempo, sino que lo reduce a veinticinco años. Esto importa que regresa al máximo tradicional de la especie de pena, conforme lo establecía la versión original del artículo 55.

Si bien reduce la pena de treinta años a veinticinco cuando es temporal, también extiende el ámbito de aplicación de la pena perpetua, pues no la limita a los casos de extremísima y excepcional gravedad señalados en el artículo 77 del Estatuto, sino que la aplica a cualquier caso cuando mediaren una o más muertes.

Sería contrario a toda lógica suponer que, por un lado, reduzca en cinco años la pena temporal prevista en el Estatuto, y que al mismo tiempo extienda la perpetua a casos de gravedad no tan excepcional como los previstos en el Estatuto, pero haga que ésta sea más grave que la prevista por el Estatuto para tan excepcionalísima gravedad. Lo razonable es entender que impone una pena perpetua que, o bien regresa al tiempo de cumplimiento necesario para solicitar la libertad condicional tradicional del código, o

bien recepta los veinticinco años previstos en el Estatuto. Aunque no existe razón para pensar lo último, es una hipótesis de interpretación admisible.

En cualquier caso, sea que la ley 26.200 vuelva al artículo 13 en versión original o que recepte los veinticinco años del Estatuto de Roma, de todos modos desaparecen o al menos se reducen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria”.

“Dado que la compatibilización de la ley 26.200 con el resto del orden jurídico-penal como consecuencia de su carácter de reforma sustancial de éste (ley ordenadora de base) exige su reconstrucción científica sistemática, no es dable admitir contradicciones valorativas (o desvalorativas traducidas en penas) en el futuro.

No puede admitirse que después de la sanción de la ley que establece la pena del genocidio con masacre —entre otros delitos de extremo contenido injusto— se siga considerando que veinticinco hurtos simples pueden alcanzar una pena que sea más grave o casi igual que la pena perpetua conminada para este delito; o que saquear una ciudad tenga una pena máxima de veinticinco años, o sea, inferior al máximo de la de dos robos con armas; que la tentativa de desplazamiento forzado masivo de población sea menos grave que tres robos a mano armada; que la práctica de la esclavitud sea menos grave que la reducción a servidumbre de dos personas; que el atentado de un militar contra el orden constitucional sea más grave que si matase a cien mil personas para extinguir una etnia o si bombardease a miles de civiles indefensos; etc.

Si bien la racionalidad del legislador histórico ha sido criticada como ficción, sin duda que no lo es la exigencia de que la jurisprudencia interprete racionalmente la legislación que éste produce, a efectos de no caer en la incoherencia y el desprestigio del derecho y de la misma República.

Si se impusiesen penas más benignas o equivalentes a actos de destrucción masiva o a afectación masiva de bienes jurídicos, que a los actos de lesión o peligro individual, el estado estaría manifestando un verdadero menosprecio por los delitos del derecho internacional, lo que nunca ha estado en la intención del legislador histórico y lo que, por otra parte, sería incompatible con el derecho internacional con el que la Nación se ha obligado”.

“La conclusión resultante de una sana interpretación de la ley 26.200 es que si con ésta se introducen en nuestra legislación penal los delitos más graves que prevé nuestro ordenamiento, toda vez que es inconcebible un contenido injusto mayor que el de un genocidio con masacre o similares, las escalas penales para estos delitos no pueden ser superadas por las de ningún otro.

Cuando se ha alcanzado el máximo de contenido injusto y éste se ha expresado en penas, no es concebible una pena mayor, pues no existe ningún delito de contenido injusto mayor: no es posible superar lo insuperable.

Pretender que existe un delito con mayor contenido injusto que el genocidio sólo se podría argumentar previa admisión de que hay bienes jurídicos de mayor entidad que la vida humana masivamente considerada, o sea, que hay algún bien jurídico más valioso que la vida de millones de personas. Esta posibilidad sólo es factible en

contextos ideológicos más o menos míticos y transpersonales, de triste y letales consecuencias, por completo ajenos a la esencia personalista de nuestro mandato constitucional y al derecho internacional vigente al que la Nación se ha obligado.

Nada hace suponer que nuestro legislador responda a semejantes contextos, sino que siempre los jueces deben presumir que se mantiene dentro del marco jurídico constitucional e internacional”.

“Dada la necesidad de obedecer al mandato constitucional de certeza en el momento de concretar el derecho penal por parte del magisterio penal, reconstruyendo por vía dogmática el sistema a efectos de precisar el elemental dato acerca del máximo de las penas privativas de la libertad y compatibilizar éste con los señalados para los delitos con el máximo de contenido injusto previstos en la ley vigente, no cabe considerar la inconstitucionalidad de las disposiciones de las leyes 23.077, 25.892 y 25.928, sino entender que la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en nuestra legislación penal y con ella restableció, mediante la fijación de las penas para los delitos con el máximo de ilicitud concebible —y en particular para el genocidio—, las escalas tradicionales del Código Penal.

Cualquiera haya sido la interpretación de la ley 23.077 antes de la sanción de la ley 26.200, queda claro que la prisión temporal no puede ser en la legislación vigente más grave o casi igualmente grave que la prisión perpetua, pues esto importaría considerar que los poderes públicos argentinos son un bien jurídico de mayor o igual valor que la vida de las masas humanas y que, por ende, la rebelión es tan o más grave que el genocidio.

Cualquiera haya sido la interpretación y discusión en torno del artículo 55 del código penal en la versión de la ley 25.928, o las contradicciones generadas por la prolongación del plazo para el pedido de libertad condicional de la ley 25.892, después de la ley 26.200 cabe entender que el límite de esas disposiciones ha vuelto a ser el de veinticinco años y de veinte años respectivamente, pues lo contrario importaría admitir que la pluralidad de cualquier delito es más grave o tan grave para la ley argentina que la destrucción de millones de vidas humanas.

El marco de aplicación racional de la ley 26.200 es el tradicional del Código Penal, porque: (a) no admite la pena de prisión de treinta años del Estatuto; (b) extiende la prisión perpetua a cualquiera de los tipos de delitos contra la humanidad del Estatuto siempre que hubiera uno o más muertes; (c) lo hace para supuestos de gravedad menor que la excepcionalísima prevista en el Estatuto; (d) cabe suponer que no puede receptar para estos últimos una prisión perpetua más grave que la prevista en el Estatuto; (e) corresponde entender que vuelve a la redacción original del artículo 13 del Código Penal, aunque no cabría descartar el plazo del Estatuto como interpretación viable.

Por todo ello es clara su incompatibilidad con las disposiciones de las leyes 23.077 en la forma en que fue interpretada, con el plazo de la 25.892 del artículo 13 del Código Penal y con la pena de hasta cincuenta años de la ley 25.928 para el concurso real”.

C. [Penalreform.org “Life after death: What replaces death penalty?”](#)

"As many countries move towards the abolition of the death penalty, research indicates a significant increase in the number of offences that carry the sanction of life imprisonment, often without the possibility of parole, and a striking increase in the number of life sentences passed by the courts.

Thus, the replacement of the death penalty by life imprisonment (without parole) has resulted in a widening net, applying life sentences beyond the 'most serious crimes' and no longer confined to formerly capital offences. While in some countries it is only the most serious offences, such as murder, which carry the sentence of 'life' imprisonment, many others introduced long and indeterminate sentences for less serious crimes, including non-violent offences".

D. Gobbi, Guillermo O. "La pena perpetua en Argentina. Análisis normativo"

"Desde otro enfoque, la ausencia de límites normativos claros deja librado al criterio judicial la posibilidad de evitar que una pena quede sin un horizonte de definición. A esto cabe agregar que un obstáculo común para dilatar su definición judicial consiste en el argumento procesalista relativo a la falta de agravio en razón de que no modificaría la situación actual una posibilidad de salida dentro de 35 años. Por ende que la determinación de una pena dependa de un planteo de inconstitucionalidad a realizarse luego de 35 años de encierro atenta contra la certeza que exige el principio de legalidad penal.

A favor se ha sostenido que la pena perpetua sin libertad condicional es una alternativa a la pena capital, que protege al resto de la sociedad porque incapacita a la persona condenada, resulta atractiva desde el punto de vista de una teoría retributiva ante delitos graves, da mayor credibilidad a los movimientos abolicionistas al demostrar que no ceden ante el crimen y disminuye el riesgo de error de ejecutar a inocentes. Sin embargo, mantener a una persona de por vida en condiciones de encierro carcelario, es tan severo y tiene el mismo efecto práctico que la pena de muerte: inocuizar al condenado. Aquí se presenta el dilema que consiste en sustituir una pena grave por otra igual o más grave bajo el ropaje de los derechos humanos.

A modo de conclusión, las disposiciones del Código Penal no determinan un término a la pena de prisión en esos casos de delitos considerados 'aberrantes' por el poder legislativo y ante el vacío legal la persona condenada solo tiene el recurso de solicitar un indulto o conmutación de pena para ponerle fin. Ello trae consecuencias sobre el principio de legalidad, de dignidad de la persona, de proporcionalidad y de igualdad ante la ley y el conjunto de estas consecuencias obliga a analizar si la pena impuesta respeta los derechos consagrados en el art. 5, CADH (Cfr. Corte IDH, Mendoza y otros vs. Argentina, párr. 178). Frente a este problema, el TEDH ha adoptado una solución en el caso Vinter c. Reino Unido⁴ (entre otros). Si bien no ha descartado en términos absolutos la pena perpetua, consideró que "... en cuanto a una pena a cadena perpetua, el artículo 3 exige la posibilidad de reducir la pena, entendida esta posibilidad en el sentido de que es necesario establecer un mecanismo de revisión que permita a las autoridades nacionales evaluar si los cambios experimentados en la persona condenada a cadena perpetua son tan importantes y que se han hecho tales progresos hacia la rehabilitación en el transcurso del cumplimiento de la condena, que el mantenimiento de la pena de prisión no está ya justificado en ningún motivo legítimo de política criminal".

E. “Convencionalidad de la pena de prisión perpetua”, Iglesias, Gustavo Martín. Revista Derechos Humanos. Año III, N° 6. Ediciones Infojus, p. 291

“El Tribunal Europeo no ha afirmado, en consonancia con sus precedentes, que el simple hecho de imponer una pena de prisión perpetua implique una afectación al derecho a no ser sometido a un castigo cruel, inhumano o degradante, dado que admite que en ciertos casos pueden existir motivos suficientes para mantener en encierro a aquella persona acusada de graves delitos, como el homicidio.

Pero si entendió que debe ser admitido, frente a la finalidad de reinserción propia de toda pena, que el condenado pueda demostrar que aquellas razones que al sentenciar justificaron una sanción de tal rigor —sean ellas de castigo, retribución o prevención—, han desaparecido a partir de cierto momento del cumplimiento de la pena de encierro.

Se afirmó así una “esperanza de libertad” como derecho inherente al ser humano, en respeto de una expectativa de enmienda, que merece una protección fuerte con un mecanismo claro, legítimo y no sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de la autoridad concedente. Además, con una periodicidad razonable para impedir que razones formales impidan la correcta evaluación de los progresos en el tratamiento penitenciario y las posibilidades de reinserción.

No es necesario que exista un procedimiento judicial de libertad condicional, tal como lo conocemos aquí, o juntas penitenciarias o decisiones de los administradores de prisiones, sino que se llegue a admitir que la liberación quede sujeta a indultos, perdones o remisiones de pena en tanto no se limite esto a un poder graciable, sino que se prevea como un derecho exigible por el condenado ante una autoridad legítima”.

“[L]a atribución conferida por la Constitución Nacional al titular del Poder Ejecutivo para conmutar o indultar penas respecto de delitos de jurisdicción federal o local de la Capital Federal, no implica que de facto exista una posibilidad de modificar una sanción firme impuesta por el Poder Judicial.

Si a ello sumamos que las modificaciones en la ley penal para llegar a autorizar una condena de prisión perpetua sin libertad condicional son producto del gobierno en curso, es evidente que no debe esperarse se concedan excepciones a un mecanismo de sanciones draconiano creado ex profeso.

La voluntad del legislador argentino tenía la carga de ajustarse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto por respetar el principio de *pacta sunt servanda* como el propio texto de la Constitución Nacional.

Debo afirmar que el tratamiento aplicado a una persona condenada a la pena de prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional, constituye una forma de castigo cruel a tenor del art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que para afirmarlo no es necesario aguardar a que el condenado cumpla efectivamente treinta y cinco años de encierro, para habilitarlo a discutirlo, puesto que la falta de esperanza la tiene hoy”.

“Es imprescindible analizar la situación en su contexto global, ya que la ley penal ha establecido un régimen de ejecución penal particularmente riguroso solamente para cierto grupo de delitos graves, claramente para atender al reclamo de la opinión pública sobre inseguridad. Lo que ocurre es que en lugar de potenciar los

medios materiales y humanos para luchar contra la impunidad, se ha preferido castigar con especial severidad a aquellos condenados por ese conjunto de delitos que tipifican los textos vigentes del art. 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660”.

“No es admisible, en mi opinión, que se difiera una solución jurídica eficaz para un problema serio cuando es claramente palpable, tanto para el condenado como para su familia, la crueldad que implica decir a un ser humano que, cualquiera sea su conducta futura, sus estudios, trabajo y progreso en la prisión, jamás recuperará su libertad. Por el contrario, el endurecimiento en la respuesta penal tiene un matiz claramente simbólico que no debe ser aceptado en una sociedad democrática”.

3. La prisión perpetua como pena absoluta

✓ Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. 15/9/20.

"77. [...] el Tribunal de Sentencia se circunscribió a examinar el grado de participación que tuvieron los distintos actores en el ilícito que se les imputaba, pero no valoró posibles atenuantes o agravantes, ni tomó en cuenta la culpabilidad de los justiciables ni las circunstancias particulares del delito, tal como dispone el artículo 65 del Código Penal de Guatemala...".

"133. La Comisión y los representantes solicitaron la realización de un nuevo proceso penal al señor Raxcacó Reyes, en el que se aplique la legislación reformada. En sus alegatos finales escritos la Comisión reconsideró esa pretensión, tomando en cuenta que lo cuestionable en el presente caso no es la validez del proceso penal seguido contra la víctima, sino la consecuencia establecida por el ordenamiento jurídico, esto es, la pena de muerte. Esta Corte dispone que, dentro de un plazo razonable, se deje sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) y, sin necesidad de un nuevo proceso, se pronuncie otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte. Para ello, la Corte toma en cuenta que esta punibilidad resultaba incompatible con la Convención Americana, considerando los razonamientos que al respecto se expresan en otra parte de la presente Sentencia (supra párrs. 54 a 90) y de la que se desprende que el Estado no podía aplicar dicha pena en el caso concreto que ahora se analiza. El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en este caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia".

"145. Por tanto, LA CORTE DECLARA, por unanimidad, que: [...] 5. El Estado debe modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación en ningún caso ampliará el catálogo de delitos sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana".

B. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas. 21/06/2002.

"13. Una vez formuladas las consideraciones precedentes, recordemos que el artículo 4 de la Ley sobre Delitos contra la Persona, de Trinidad y Tobago, ordena que '(e)very person convicted of murder shall suffer death'. Así se dispone la llamada pena de muerte obligatoria para una amplia --y heterogénea-- gama de conductas homicidas, en las que objetivamente sería posible identificar --como lo han hecho los códigos antes citados, así como otros muchos ordenamientos antiguos y modernos-- distintos grados de gravedad. Con ello se desatiende la regla de que la pena de muerte 'sólo podrá imponerse por los delitos más graves' (artículo 4.2 de la Convención), esto es, solamente por aquéllos que se hallan en la cúspide de una pirámide que se eleva de lo menos grave a lo más grave.

Evidentemente, al prevenirse así la punibilidad general del homicidio intencional, queda predeterminado el rumbo de la jurisdicción penal nacional: los tribunales carecen de la posibilidad de apreciar las particularidades de los homicidios y disponer, como consecuencia lógica y jurídica de las diferencias, sanciones igualmente diversas. Los aspectos negativos de la homogeneidad penal dispuesta donde hay heterogeneidad de hechos, que ameritarían proporcionalidad e individualización, ha sido ampliamente examinada --desde su propia perspectiva-- por la jurisprudencia del Judicial Committee del Privy Council".

C. Caso Dacosta Cadogan v. Barbados. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. 24/9/2009.

"1. El caso *DaCosta Cadogan* [...] brinda a la Corte una nueva oportunidad para reprobar la figura de la pena de muerte obligatoria o forzosa, que aún recogen algunas legislaciones nacionales y que contraviene [...] los términos del artículo 4 de la Convención Americana. En efecto, esa figura de la normativa interna no permite reservar la pena capital para los delitos más graves, como dispone el precepto invocado, porque reúne bajo un mismo concepto de gravedad hechos ilícitos que debieran quedar alojados en distintos tipos penales y acarrear penas diferentes".

"3. [P]arece pertinente analizar la posible violación del artículo 9 de la Convención Americana, en relación con el 2 y el 4. En efecto, la legalidad penal --formal y material, ambas recogidas por el concepto de ley sustentado por la Corte Interamericana-- no se satisface con la mera previsión, razonablemente clara y unívoca, de una conducta punible. Es menester que esta tipificación atienda el conjunto de referencias contenidas en la Convención que legitiman o fundan una norma incriminadora. Por ello, el legislador interno está obligado a excluir de incriminación conductas que no deban constituir delitos, a establecer los tipos sobre aquellas cuya tipificación proviene de normas del Derecho internacional de los derechos humanos (así, genocidio, tortura, desaparición forzada, por ejemplo) y a deslindar en tipos penales diversos y con punibilidades distintas diferentes categoría de ilícitos que no deban recibir un mismo tratamiento (inclusive delitos del mismo género que ofrecen diversa gravedad, como homicidio simple, homicidio atenuado y homicidio calificado). Nada de esto es indiferente desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, de la proyección de éste sobre el orden penal interno, que debe ser "releído", como

han dicho algunos tratadistas, a la luz de aquél y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ya se ha pronunciado sobre esta cuestión precisamente a propósito de la pena de muerte forzosa u obligatoria”.

D. Caso Tristán Donoso v. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. 27/1/2009.

“[E]xisten límites para las potestades de tipificación y punición que se hallan en manos del órgano legislativo (sin inadmisibles, por ejemplo, la incriminación de conductas naturalmente ilícitas: así, la asistencia médica; o la consideración uniforme e indiscriminada de muy diferentes hipótesis de privación de la vida, todas sancionadas con `pena de muerte obligatoria´). El desconocimiento de esos límites implica una violación del principio de legalidad. Así lo ha entendido la jurisprudencia interamericana, que en este sentido incorpora en el concepto de legalidad un dato `material´”.

4. Principio de legalidad: concepto de "pareja"

✓ Jurisprudencia

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. 31/8/2004.

174. Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.

175. De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible.

B. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 18/11/2004.

79. Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.

81. En un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que las sanciones penales se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita.

82. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

2. Jurisprudencia nacional

A. CSJN, "Valerga, Oscar Alfredo", Expte. V.160.XLI, 28 de agosto de 2007

"Que en materia penal la efectiva operatividad del principio de legalidad impone la necesidad de practicar una hermenéutica que, basada en las palabras utilizadas para la

elaboración del tipo penal, resuelva las dudas interpretativas en la forma más limitativa de la criminalización. En consecuencia, la opción en favor de una exégesis que amplifique el ámbito de la criminalización. En consecuencia, la opción en favor de una exégesis que amplifique el ámbito de la prohibición penal compromete ciertamente la garantía que implica el *nullum crimen sine lege* y, por ello, resulta preferible la elección de la interpretación más restrictiva de la punición en la medida en que, además, no provoca en el caso una consecuencia ridícula o absurda” (considerando 8, disidencia de los ministros Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni).

✓ **Doctrina**

A. [Penna, Cristian - Robo con armas y armas impropias - Cap. III. P. Legalidad.](#)

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una importante jurisprudencia sobre este aspecto del principio (y sobre el principio en general) [de legalidad]. Así, en *Castillo Petruzzi vs. Perú* ha expresado contundentemente:

“La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana”.

“Ahora bien, ¿qué sucede cuando no se respeta esta exigencia? Al respecto resulta oportuno resaltar que

“cuando nos encontramos ante un supuesto –por un error legislativo o por las características propias del lenguaje– en donde no se ha cumplido con una adecuada precisión en el tipo penal, se puede adoptar dos soluciones posibles, la declaración de inconstitucionalidad o la aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa. Siendo que la elección entre ambos, como se sabe, no puede ser arbitraria, pues la opción de la tacha de inconstitucionalidad debe estar presente cuando la máxima taxatividad interpretativa resulta demasiado artificiosa. Este principio, se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem* y en este sentido la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra”.

Puede advertirse que esta derivación del principio de legalidad penal es la contracara de la prohibición de analogía *in malam partem*, en lo relativo a la exigencia de precisión.

Es decir que, cuando la ley penal carezca de la precisión requerida, el juez deberá efectuar una interpretación restrictiva del tipo, que acote sus alcances (aquí nos adentramos en la cuestión atinente a la prohibición que se analizará en el siguiente punto, a saber: de analogía *in malam partem* y de interpretaciones extensivas en tal sentido).

En caso de no ser ello factible, el único camino posible será la declaración de inconstitucionalidad de la ley”.

En la nota 32 del texto: “En el mismo sentido, Silvestroni, Teoría constitucional del delito, ps. 172-173, sostiene que en el tipo abierto no es la ley la que crea el delito sino la voluntad posterior del juez que lo cierra al momento de la sentencia, y es en este momento cuando se establece el alcance concreto de la prohibición; luego resalta también que, en realidad, todo tipo penal puede ser calificado como abierto por dejar un margen a la interpretación (ejemplo: en el homicidio puede surgir el problema de determinar cuándo finaliza la vida, y consecuentemente si concurre el principal elemento del tipo: el ‘otro’), por lo que estamos en presencia de una cuestión de grados: hay tipos más cerrados y hay tipos más abiertos (recuérdense las consideraciones sobre la ambigüedad y vaguedad –incluso potencial– de las palabras efectuadas en el acápite II.1); es claro que un tipo absolutamente abierto colisiona con el principio (ejemplo: una norma que dijera ‘serán castigadas todas las normas que disgusten al juez’); es tarea de la dogmática establecer el grado de apertura típica constitucionalmente tolerable”.

B. Silvestroni, Mariano - Principio de legalidad – Teoría constitucional del delito.

“Estamos en presencia de un tipo penal abierto, cuando la descripción efectuada en el tipo no es suficientemente precisa y deja un margen significativo para la interpretación acerca de cuáles conductas quedan atrapadas en él. En realidad, todo tipo puede ser calificado como abierto por dejar un margen para la interpretación, por lo que parecería que estamos en presencia de una cuestión de grados: hay tipos más cerrados y otros más abiertos.

La apertura típica genera varios problemas constitucionales. Es evidente que un tipo absolutamente abierto⁶ es un no tipo, ya que no describe conducta alguna y lesiona el principio constitucional de tipicidad. Pero, a la vez, se produce una clara violación del principio de legalidad, porque en el tipo abierto no es la ley la que crea el delito sino la voluntad posterior del juez que lo cierra al momento de la sentencia. En efecto, es recién en ese momento cuando se establece el alcance concreto de la prohibición y se determina si la acción bajo análisis es delictiva o no. Este acto de interpretación destinado a cerrar la descripción legal es en realidad el acto estatal que describe la conducta abstracta contraria a la norma antepuesta al tipo; y esto es, ni más ni menos, que el acto de consagrar el tipo penal para el caso concreto, para afirmar en ese mismo acto si la acción juzgada es típica o no. Como ese acto es posterior a la

comisión de la acción, la aplicación del criterio jurídico resultante constituye, claramente, una aplicación retroactiva de la ley penal.

Ése es el problema de los tipos abiertos y por ello es tarea de la dogmática establecer el grado de apertura típica constitucionalmente admisible, que debe limitarse a la estricta necesidad derivada de la naturaleza de la descripción y de la materia sobre la que versa”.

C. [Tazza, Alejandro O. \(2014\) "Homicidio agravado por la relación del autor con la víctima" LA LEY2014-C, 834 - LLP 2014 \(diciembre\) AR/DOC/476/2014](#)

“Lo novedoso de esta disposición es que incluye ahora, como formas agravadas del homicidio simple, la muerte dolosa del ex cónyuge o de una persona con la cual se tiene o ha tenido una relación de pareja, haya habido o no convivencia.

La finalidad de esta norma ha sido la de incluir lo que algunos denominan `femicidio íntimo´, es decir, aquellos casos en los que la víctima tenía o había tenido una relación de pareja con el homicida. De todos modos, entendemos que ello no es del todo acertado, ya que el hecho ilícito no se limita a la muerte de una mujer, sino que el sujeto pasivo también puede ser un hombre, como uno de los extremos de una relación de pareja.

En efecto, basta observar que en todas las hipótesis los sujetos son de sexo indiferenciado, o sea que pueden pertenecer al sexo masculino o femenino. Además, como bien señala Buompadre, el tipo no exige que la muerte haya ocurrido en un contexto de género, y por tanto se trata de supuestos no ligados a la violencia de género como expresión cultural del autor.

La expresión así utilizada por el legislador para incluir tales hechos como supuestos de homicidios agravados, va a generar -seguramente- perspectivas encontradas en cuanto a la interpretación del giro lingüístico `relación de pareja´, máxime teniendo en consideración que dicha relación no exige convivencia alguna entre ambos involucrados.

El Diccionario de la Real Academia Española define a la pareja como el `conjunto de dos personas que tienen alguna correlación o semejanza, y especialmente el formado por hombre y mujer´, aunque esta definición contradice nuestro ordenamiento civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Se advierte que expresamente el texto legal descarta la convivencia. En consecuencia cabe preguntarse con apoyo en destacada doctrina si bastará qué hayan tenido cinco, diez, veinte citas, o si es necesario que el entorno social los reconozca como `novios´, o si ello requiere que mantengan relaciones sexuales en el marco de una relación monógama.

Creemos que la previsión legal se aplicaría en el supuesto de una relación de noviazgo, presente o pasada, y que descarta aquellas situaciones en las cuales solo ha habido una ocasional relación sentimental. Con lo cual la disposición legal abarcaría aquellas

hipótesis en las cuales existe o ha existido una relación sentimental que haya implicado cierta estabilidad o permanencia en el tiempo.

Conforme ello, quedarían comprendidas en esta hipótesis todas las muertes producidas -además de los concubinos y ex concubinos- entre novios y ex novios, los y las amantes del autor o autora del delito, pese a opiniones en contrario.

Somos partidarios de la misma conclusión a la que arriba Jorge Buompadre cuando sostiene que la norma es confusa, excesivamente amplia, indeterminada y generadora de inseguridad jurídica, circunstancias que podrían lesionar el principio de legalidad por violación del mandato de taxatividad penal que exige la mayor precisión técnica posible en la construcción de la figura típica.

Y también nos preguntamos con el distinguido profesor acerca del fundamento que justifica la mayor penalidad en los casos de homicidio del ex cónyuge o de una persona con quien se ha tenido una relación de pareja, al extremo de equipararlos al homicidio de un padre o madre, o de un hijo o un nieto, y el motivo por el cual se excluyen otros parientes vinculados por lazos de sangre, como ser hermanos, tíos directos, sobrinos, etc. Y ello es tan relevante, al extremo de tener que servir de justificativo para imponer una pena bastante superior a la del homicidio simple.

Basta observar que la relación de pareja no requiere que la pareja viva o haya vivido bajo el mismo techo, casa, habitación o residencia. A su vez, no se formula distinción alguna, y no se exige la presencia de parámetros sociales o culturales para el entendimiento de lo que debe comprenderse por 'relación de pareja', con lo que todo esto se limita a una cuestión que tiene que ver más con el concepto y alcance de esta expresión, que con la aceptación personal o social de dicha relación.

Como se trata de una característica propia de los sujetos de esta ilicitud (ya sea activo o pasivo), pero que contiene un componente normativo, creemos que debe otorgarse aquel entendimiento por el que vulgarmente se conoce a dicha expresión (relación de pareja), y al espíritu de la ley que ponderó esta clase de relaciones para otorgarle una mayor protección penal, comprendiéndola por ende, como aquella que tiene lugar entre dos personas, de cualquier sexo, unidas por un vínculo sentimental de carácter amoroso y de cierta estabilidad o permanencia en el tiempo, aunque no fuere continua.

No es tarea fácil formular un concreto concepto de esta expresión, y por ello sostenemos que debe ser apreciada en cada caso particular por la agencia jurisdiccional a fin de que determine su efectiva concreción. No exige la ley que haya existido alguna clase de relación sexual, ni que la consideración social pondere a los involucrados como pareja, ni que formalmente sean considerados como tales. Pero deben excluirse por un lado, aquellas relaciones que no superan la amistad o el trato íntimo, y por el otro, aquellas en las que existiendo mayor intimidad no dejan o dejaron de ser esporádicas o meramente circunstanciales. En fin, en cada caso específico, deberá apreciarse si conforme la situación particular, el mayor o menor grado de intimidad y las demás circunstancias que conforman la relación, puede ser catalogada por el órgano judicial como una relación de pareja que amerite la imposición de una penalidad mayor que la relativa al homicidio simple".

D. Ríos, Carlos Ignacio "Los delitos contra la vida en el proyecto de Código Penal" ADLA2014-25, 365 AR/DOC/2714/2014

"6.2.- La norma actual del parricidio proviene de la ley 26791 (BO 14/12/2012) que agregó como agravante la muerte del ex cónyuge, o la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediante o no convivencia. La terminología fue cuestionada por Tazza por su vaguedad y amplitud que puede llegar a comprometer el principio de taxatividad penal y certeza legal. La fórmula proyectada no gana precisamente en claridad. El art. 77.1.a) del Anteproyecto no habla ya de 'relación de pareja' sino de 'conviviente estable'. Si bien por la ubicación, a continuación del cónyuge, puede llevar a sostener que la norma se refiere a una relación de convivencia de concubinato o sentimental, lo cierto es que no habría impedimento para pensar que abarca, además, otras relaciones de convivencia, como la del padrastro con los hijastros, la de los hermanos y hasta hermanastros, pues también en estos supuestos hay un vínculo de confianza cuyo quebrantamiento justifica la mayor gravedad del injusto".

E. Breglia Arias, Omar "La reciente ley modificatoria del art. 80, del Código Penal, "homicidios agravados", y la violencia contra la mujer" Sup. Penal 2013 (abril), 3 - LA LEY2013-B, 1047 AR/DOC/1013/2013

"Sobre el inc. 1º, modificado, el delito consiste ahora en matar 'al ascendiente, descendiente, cónyuge', fórmula anterior, pero también, al 'ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, con o sin convivencia'. Es decir, que primero está la agravación por lazo de sangre y luego, por razones normativas, el vínculo del matrimonio que no ha concluido, y luego en la reforma, el matrimonio anulado o motivo de divorcio, y situaciones que abarcan a la novia actual o del pasado, 'con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, con o sin convivencia'. En este inciso, nada refiere al femicidio que nos interesa. La víctima puede ser el hombre o la mujer. Igualmente, el victimario o victimaria. Al decir, relación de pareja, se excluyen las relaciones pasajeras. Sólo si la víctima es una mujer y esto ocurre en un contexto de violencia de género, la subsunción de la conducta está en el inc. 11, y ahí sí tenemos el femicidio.

La primera pregunta es, a qué podemos denominar sin equivocarnos 'relación de pareja'. La imprecisión de tal concepto no responde a la exigencia del principio de taxatividad, ley cierta. Resulta, sin duda, y por otra parte, lastimador del principio de igualdad, que tenga ahora una pena de prisión o reclusión perpetua "el que matare" a una ex novia o ex novio, con el que ni siquiera se hubiere convivido, y ello frente a la muerte de un niño o un anciano con los que se hubiere convivido, desde fuera de la normativa de 'ascendiente o descendiente', que sigue en pie, con pena de ocho a veinticinco años. Esto es reparable si se alega una violación al art. 16 de la Constitución Nacional. Por esto dice Buompadre, con benévola disposición frente a la reforma: 'Seguramente, el principio de igualdad ante la ley pueda suministrar una equilibrada respuesta a la hora en que deba resolverse la cuestión judicialmente'".

F. Sánchez Kalbermatten, Alejandro "Reflexiones sobre el femicidio" LA LEY2014-B, 528 - Sup. Penal2014 (marzo), 3 AR/DOC/89/2014

“En este contexto resultan reveladores los sabios conceptos de Julio Maier, quien enseña que ‘la imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente [...] Pero, para que la posibilidad de ser oído sea un medio eficiente de ejercitar la defensa, ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado ... Ello significa describir un acontecimiento —que se supone real— con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente) y le proporcionen su materialidad concreta. [...] De otro modo, quien es oído no podrá ensayar una defensa eficiente, pues no podrá negar ni afirmar elementos concretos”.

“Sin perjuicio de mi punto de vista personal en torno a la temática, definido a favor de la amplitud de género y en contra de un tipo impreciso que ponga en jaque la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso legal, lo cierto es que existen abundantes argumentos que permitirían sentar posición a favor de la inconstitucionalidad del ‘femicidio’ por (i) quebrantamiento del principio de igualdad ante la Ley garantizado por el art. 16 de nuestra carta magna, (ii) configurar, tal como ha sido legislado, un tipo penal abierto y peligroso”.

G. Molina, Magdalena Trotta, “Delito de femicidio y nuevos homicidios agravados” LA LEY 21/12/2012, 21/12/2012, 1 - LA LEY2013-A, 493 AR/DOC/6082/2012

“[E]l femicidio debía diferenciarse claramente de los homicidios en los que son víctimas las mujeres. Al respecto dijo ‘el femicidio implica la muerte de la mujer por su condición de tal, mientras que en los homicidios el género de la víctima resulta indiferente’.

Acerca de las razones para efectuar esta reforma se señaló en la mayoría de las exposiciones la ‘utilización de la finalidad amenazante o disuasiva que tiene la pena’; el ‘aumento de los casos de muertes de mujeres en el país’; la necesidad de ‘establecer una perspectiva de género en la mirada de la legislación argentina’; ‘considerar la fragilidad y la vulnerabilidad de la mujer en notable cantidad de situaciones y de ámbitos’; y ‘otorgarle visibilidad a la problemática’.

El 3 de octubre del mismo año, la Cámara de Senadores aprueba con algunas modificaciones la versión sancionada por Diputados. Sin embargo, y más allá de diferencias puntuales, para la tipificación de la conducta de lo que hoy vamos a entender como femicidio se utilizaron casi los mismos elementos para describir el tipo penal.

De la versión taquigráfica de aquel día surgen datos interesantes para interpretar la voluntad del legislador a los fines de aplicar e interpretar el delito de femicidio. El miembro informante señaló que la categoría teórica del femicidio había surgido justamente para hacer visibles y nombrar de una manera específica a un ‘amplio conjunto de mujeres que engrosaban una lista indeterminada de quienes habían sido asesinadas por violencia de género”.

“Sobre esta modificación observamos la complicada labor que tendrán los jueces para poder interpretar qué cualidades y características deberán tener dos personas para ser consideradas dentro de una ‘relación de pareja’. En este sentido, si bien el ítem ‘cónyuge’ y ‘ex cónyuge’ son conceptos definidos en nuestro ordenamiento civil, no pasa lo mismo con la expresión ‘relación de pareja’.

Según la Real Academia Española en su acepción tercera, pareja quiere decir ‘conjunto de dos personas, animales o cosas que tienen entre sí alguna correlación o semejanza, y especialmente el formado por hombre y mujer’. Sin embargo, esta definición no sólo no nos alcanza a los fines de interpretar este inciso, sino que se contradice con nuestro ordenamiento civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Haciendo a un lado esto... ¿Cuáles serían esas correlaciones o semejanzas que deberían tener dos personas para quedar incluidas en el agravante del inciso 1º? Si la convivencia no es requisito... ¿Bastará que hayan tenido cinco, diez, veinte citas? ¿Deberán esperar a que su entorno social los reconozca como ‘novios’? ¿Qué mantengan relaciones sexuales? ¿Qué se trate de una relación monógama? Acá nos permitimos reflexionar cuántas veces dentro de una relación humana ambos miembros definen ese vínculo de maneras muy disímiles. De lo expuesto, observamos en este ítem la punta de un iceberg que verá su gran dimensión al momento en que el juzgador tenga que agravar el homicidio en donde la víctima (hombre o mujer) sea la ‘pareja’ del victimario.

Si bien es fácil entender en lenguaje coloquial a qué nos referimos con ‘relación de pareja’, esta interpretación no puede extenderse sin más al derecho penal por las exigencias propias del principio de legalidad. Creemos entonces que el empleo de este término acarreará importantes debates, apelaciones y recursos hasta que finalmente la jurisprudencia se expida y de vele su alcance, el que prevemos no será unánime. En todo caso, toda duda sobre la extensión del agravante seguramente sea interpretada a favor del reo”.

[H. Herrera, Marisa. “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”. Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 \(Noviembre\), 17/11/2014, 39 AR/DOC/3846/2014](#)

“¿Qué ventajas o perjuicios podría tener que el deber de convivencia sea entendido un deber jurídico? Más allá de conculcar principios constitucionales-convencionales como de intimidad, privacidad y libertad expresamente previstos en el art. 19 de la Constitución Nacional, puntualmente perjudica a un tipo de relaciones de pareja que se ve con mayor frecuencia en el abanico cada vez más amplio de realidades familiares. Nos referimos a las llamadas en el derecho anglosajón de parejas ‘LAT’ (siglas en inglés: ‘living apart together’ traducido como parejas con domesticidad común), que son aquellas parejas —matrimoniales o no— con un proyecto en común, respeto mutuo, fidelidad, cooperación y asistencia, pero que deciden no convivir o no comparten la misma vivienda. Como también se dice, parejas que viven juntos pero separadas (24).

[...]

¿Cuándo una relación de pareja es lo suficientemente 'fuerte' para que el Derecho no le pueda dar la espalda y debe reconocer ciertos o determinados efectos legales? Para el reconocimiento como tales, deben contar con determinados requisitos, ente los cuales se encuentra la convivencia (singular, pública, notoria, estable y permanente tal como surge del art. 509 proyectado) sostenida durante un lapso mínimo de tiempo (2 años, según lo dispuesto en el art. 510) para evitar la judicialización acerca de cuánto tiempo debe transcurrir para que una persona pueda gozar de los derechos que el proyecto le otorga a las pareja que conforman una unión convivencial. En el matrimonio, dada la formalidad que lo rodea, no es necesario tener que cumplir todos estos requisitos para ser considerado tal, es en ese contexto, que la convivencia no se lo observa un elemento central para la existencia de un matrimonio.

[...]

El Código Civil y Comercial, al igual que acontece en tantísimas legislaciones extranjeras, se centra en la noción de 'pareja'; es decir, de la existencia de un proyecto de vida cuya apariencia no difiere de la matrimonial (36). Quienes bregaban por regular las llamadas 'uniones asistenciales' en el fondo, se resisten a que las uniones convivenciales compartan el escenario con el matrimonio queriendo que esta última mantenga su lugar de organización familiar 'estelar' en la legislación civil.

[...]

Sucede que ante la duda acerca de cuándo una relación de pareja sería considerada estable, pública, notoria y permanente que amerite el reconocimiento de ciertos derechos, serían los jueces quienes deberían resolver esta importante inquietud. Es sabido las desventajas de la judicialización, máxime para las personas más vulnerables cuyo acceso a la justicia se les dificulta en razón de su situación de vulnerabilidad".

5. Estudios de conducta, psicológicos y sociológicos sobre "ser una pareja"

- A. [Sayre, G., Lambo, D., & Navarre, H. \(October 01, 2006\). On Being a Couple: A Dialogal Inquiry. Journal of Phenomenological Psychology, 37, 2, 197-215.](#)

"We wondered how we could better understand those couples that experience themselves as a "we"; neither individual nor the sum of parts. Our inquiry evolved as we attempted to come up with a way of getting at the essential experience, the lived experience of being a couple: in other words, "What does it mean to Be a couple?"

[...]

Human relationships, from a systemic perspective, are qualitatively the same as any other living system; whether it is a wolf pack, a hive of bees, or the ecosystem of tide pools. All strive toward homeostasis through similar feedback processes. This is not to deny that many family theorists have integrated a distinctly humanistic perspective with systems theory. Ivan Boszormenyi-Nagy (1965), Carl Whittaker (Napier & Whittaker,

1978), and Virginia Satir (1988) are among the best known of the many that have done so. However, the systemic theory itself remains grounded in the natural science paradigm and this is most evident when one attempts to do research; for while the systemic perspective provides a useful means for studying the functioning of couples, it does not address issues of meaning and lived experience (Mook, 1985).

Similarly, couples therapy, has generated several models that either implicitly

(Greenberg & Johnson, 1988) or explicitly (Fishbane, 1998) integrate an existential perspective with systemic or communication focused model.

However, these clinical perspectives have not lead to phenomenological research with couples.

[...]

While we did not seek consensus or place particular value on coming to agreement, it was striking during this phase of the research process how much commonality there was in our perceptions of the couples. In our conversation we sought to articulate what it was that we experienced as being essential to the phenomenon of Being a couple. We identified three themes as core to this experience: commitment, morphogenesis, and transcending paradox through witness. Although these themes may appear sequential and/or hierarchical, understanding them as intertwined would more properly reflect our research experience. Being a couple, as an ontological reality, is multidimensional.

The experience of couples is complex; hopefully, the description of our dialogue reflects this complexity rather than reduces it.

[...]

Being a couple is an ongoing choice to be a couple, to not be passive and rely on the past. Couples told us of choices they had made, continue to make, and intend to make: to stay together, to endure suffering, to work together, to spend time together, to care for one another. Choice is ultimately the experience of living in the present, differently than they would have otherwise. As they described living in the present as a choice to be together, they looked at each other, they nodded, they sought out the other's gaze for confirmation.

[...]

Given the intricate nature of Being a couple, we must acknowledge that we have only scratched the surface. At the same time, the dialogal process proved a powerful way of encountering ontology. It evoked the nuances of being a couple that would have remained inaccessible to each of us as individuals.

This act of co-creation paralleled, in a finite way, the infinite reality of Being a couple. The openness of the question allowed the themes of commitment, morphogenesis and transcending paradox through witness to emerge. It is our hope that this begins to provide a deepened awareness of what it means to Be a couple, stimulates further phenomenological inquiry regarding couples, and perhaps eventually leads to insight for professionals who work with those who are struggling to Be a couple”.

B. [Hughes, M., Morrison, K., & Asada, K. J. K. \(January 01, 2005\). What's love got to do with it? Exploring the impact of maintenance rules, love attitudes, and network support on friends with benefits relationships. Western Journal of Communication, 69, 1, 49-66.](#)

“The current study helps better frame and expand our current knowledge of friends with bene. Utilizing an exploratory approach, participants described the maintenance rules, communication and support processes related to FWBRs. People tend to communicate their FWBR experiences to their same-sex friends and, in general, receive supportive responses. The influence of love attitudes also was examined, and although FWBRs have been described as lacking commitment and romance, love attitudes were related to both the motivations and outcomes of friends with benefits. Future research should continue to explore this interesting type of relational choice”.

C. [Pearson, J., Child, J., & Carmon, A. \(January 01, 2010\). Rituals in Committed Romantic Relationships: The Creation and Validation of an Instrument. Communication Studies, 61, 4, 464-483.](#)

“Rituals are viewed as central to our understanding of interpersonal communication within relationships (e.g., Braithwaite & Baxter, 1995; Bruess & Pearson, 1997, 2002; Campbell & Ponzetti, 2007; Fiese, 2006). Rituals are an essential type of everyday, lived communicative behavior, beneficial to the development and maintenance of interpersonal relationships. In other words, they may be illustrative of the couple's microculture and, at the same time, predictive of positive or negative relational outcomes. Rituals are highly personalized and specific to the individuals who enact them. Rituals aid in the creation of a unique culture of two, which allows for the possibility of generating positive individualized patterns of interactions and strong, enduring relational bonds.

The types, forms, and functions of rituals in relationships have been delineated

(i.e., Braithwaite & Baxter, 1995; Bruess & Pearson, 1997), but no measure has been developed to capture perceived ritual use among couples in committed romantic relationships).

[...]

This perspective assumes that unique relational identities develop and persist through the symbolic practices of the partners (Baxter, 1990). An individual who has been in more than one romantic relationship will not recreate the same relational culture of the first relationship in a second, third, or subsequent relationship.

Symbolic enactments, such as idiomatic expressions, co-constructed stories, and traditions are manifestations of relational cultures (Bruess & Pearson, 1993; Hest, Pearson, & Child, 2006; Koenig Kellas, 2005). Rituals, as relational symbols, are also manifestations of unique communicative systems (R. A. Bell & Healey, 1992; Betcher, 1987; Bruess & Pearson, 1993, 1997).

Rituals, for researchers, are a valuable resource for understanding the communicative processes that embody relationships. Ritualized interactions provide an essential starting point for understanding committed romantic relationships. Studying rituals, as Braithwaite (1995) has observed, 'allows us to focus on both the everyday and nonusual aspects of communication in relational life' (p. 2). To date, however, a complete understanding of the development and enactment of rituals, as unique communicative practices, beyond the family is lacking.

[...]

Couples in committed relationships use rituals to define themselves as such, to become closer to each other, and to fulfill daily responsibilities. The rituals identified in the current study comport with Wolin and Bennett's (1984) purposes of rituals to provide temporary relief from everyday life, to provide an opportunity for interaction, and to provide a means of protection. They similarly substantiate Baxter's (1987) three findings that relational symbols allow relational members opportunities for fun and stimulation, opportunities for sharing, and they serve as indicators of intimacy. Finally, the results of this study replicate five of the seven types of rituals Bruess and Pearson (1997) reported in their investigation of marital relationships".