

PENAS DESPROPORCIONADAS E INFLACIÓN PUNITIVA. UNA TRAGEDIA EN CUATRO MOVIMIENTOS¹

Ramiro Gual

Alejandro Sanz

1. INTRODUCCIÓN

Las tasas de encarcelamiento se triplicaron en Argentina en los últimos veinticinco años (DNPC 2021). Un movimiento que se diferencia de lo sucedido en Estados Unidos y los principales países de Europa (Brandáriz 2016, 2021), pero que marca una continuidad con el resto de América Latina. El incremento de las tasas de prisionización en la región, tres veces más que quince años atrás, le ha valido ganarse la definición de “nueva zona de encarcelamiento masivo” (Darke & Garces 2017).

Como todo fenómeno social multicausado, la inflación punitiva no puede ser explicada exclusivamente por causas económicas, análisis que convive con factores sociales, políticos y culturales². Tampoco puede su explicación limitarse al análisis de reformas legislativas ni posicionamientos jurisprudenciales. Más bien, todos esos factores deben ser explorados de manera interrelacionada, procurando comprender las influencias que cada uno de ellos puede estar causando en las reconfiguraciones de nuestra penalidad actual. Este trabajo se limita a proponer algunas hipótesis a profundizar en investigaciones posteriores y que se concentran puntualizar ciertas reformas legislativas regresivas a nivel nacional (y su consecuente interpretación judicial) con posibles impactos en el incremento de las tasas de encarcelamiento al provocar usos desproporcionados de la prisión.

Para ese análisis, nos valemos de la noción de proporcionalidad, ampliando sus usos clásicos en el derecho penal liberal que consideraba una pena desproporcionada cuando su cantidad superaba en demasía la gravedad del delito cometido. A lo largo de este trabajo, el concepto desproporción de la pena es utilizado cuando la prisión se aplica de manera efectiva pese a la escasa lesividad del delito cometido. En otras ocasiones, la desproporción está asociada a la destrucción del régimen progresivo de la pena que provoca que las condenas sean cumplidas íntegramente en prisión. Consideramos un tercer tipo de desproporción la aplicación de condenas sumamente elevadas, de hasta cincuenta años de prisión, y finalmente la conversión de las prisiones perpetuas, históricamente penas

¹ Cítese como: Gual, R. y Sanz, A. 2023. Penas desproporcionadas e inflación punitiva. Una tragedia en cuatro movimientos. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 111- 136.

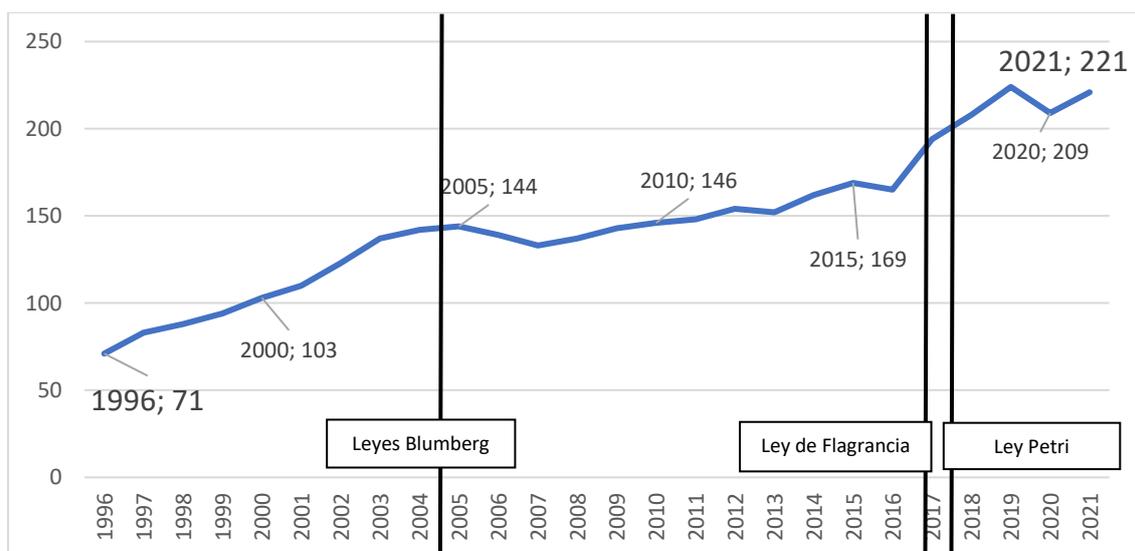
² Por las virtudes y defectos de las teorías de la economía política del castigo, ver Brandáriz & Sozzo, 2021. Y para el caso de América Latina en particular, Sozzo, 2021.

indeterminadas en nuestro país, en encierros perpetuos sin posibilidad material de liberación.

2. DOS DÉCADAS DE REFORMAS REGRESIVAS

Como hemos anticipado, las tasas de encarcelamiento en Argentina se han triplicado en los últimos veinticinco años. El próximo gráfico permite observar, sin embargo, que no se ha tratado de un crecimiento lineal, sino un proceso con aceleraciones y desaceleraciones. Un primer incremento sostenido se verifica entre 1996 y 2005, cuando en menos de una década la tasa de encarcelamiento a nivel nacional de duplicó, pasando de 71 a 144 presos cada 100.000 habitantes. Luego de un breve período de limitada reducción, las tasas continuaron incrementándose aunque atenuadamente, verificándose “apenas” un incremento del 17% en la década siguiente. Una segunda oleada de alarmante incremento se verifica a partir de 2016, donde las tasas de encarcelamiento volvieron a elevarse desde 169 hasta 221 presos cada 100.000 habitantes.

Gráfico 1: Tasas de encarcelamiento a nivel nacional y reformas legislativas regresivas. Personas privadas de libertad cada 100.000 habitantes. Período 1996- 2021.



Fuente: Elaboración propia a partir de DNPC, 2021

Esas variaciones en el ritmo del encarcelamiento a nivel nacional permiten explorar diferentes hipótesis, buscando trazar relaciones con transformaciones económicas y culturales o sucesos sociales y políticos: cambios de autoridades en los poderes ejecutivos nacionales y locales, mediatización de casos penales emblemáticos, modificaciones en la composición de tribunales superiores, aumento de la pobreza y la desocupación, campañas de ley y orden durante procesos electorales son algunos de los fenómenos que permitirían explicar la inflación punitiva observada en Argentina en los últimos veinticinco años.

Aquí nos detendremos en otro hecho institucional que puede ser pensado complementariamente como consecuencia de esas transformaciones y productor de inflación punitiva a la vez: las reformas legislativas a nivel nacional en materia penal, procesal penal y de ejecución penal que han provocado una desproporcionalidad en el uso del encarcelamiento. Definimos como desproporción al uso del encarcelamiento en términos temporales. Nos interesa observar comparativamente el incremento en el uso de la prisión respecto del período inmediatamente anterior, sea por la adopción de penas efectivas en lugar de penas en suspenso, por la reducción en el uso de institutos de egresos anticipados, por la imposición de penas máximas en cifras inconcebibles veinticinco años antes (en cifras de hasta cincuenta años) o por la conversión de las condenas indeterminadas (definidas en el código como penas perpetuas) en encierros sin expectativa de liberación futura.

Si bien los Códigos Penal y Procesal Penal y la Ley de Ejecución de la Pena han sufrido notables modificaciones, nos interesa aquí detenernos en tres grandes bloques de reformas que parecen haber impactado material y simbólicamente de manera notable en el uso desproporcionado de la prisión. El paquete de reformas penales, procesales penales y de ejecución penal aprobadas en 2004 y conocidas usualmente como “leyes Blumberg”, la modificación al Código Procesal Penal de la Nación que transformó a finales de 2016 el procedimiento acelerado ante casos de flagrancia y las reformas al Código Penal y la Ley de Ejecución de 2017 conocidas comúnmente como Ley Petri.

2.1. LEYES BLUMBERG

Hacia 2004, luego de una década de crecimiento incesante de las tasas de encarcelamiento a nivel nacional, un crimen estremeció al país y ocupó la tapa de los diarios y los programas de televisión de manera continuada durante meses: el secuestro seguido de muerte de Axel Blumberg. El 1º de abril de 2004, frente a la plaza del Congreso Nacional, varias decenas de miles de personas respondieron a la convocatoria lanzada por su padre, Juan Carlos, y se congregaron bajo la consigna: “Cruzada Axel, por la vida de nuestros hijos”. Sería solo la primera de una serie de marchas durante los dos años siguientes.

Entre las consecuencias políticas de esa manifestación social tan impactante, Calzado y Van Den Dooren registran la sanción de nueve leyes destinadas a endurecer la política criminal, muchas de ellas en los días posteriores a la primera marcha (2016, 110). Entre las reformas se destacan el agravamiento de las penas por tenencia y portación de arma de fuego y por la comisión de robos con armas (leyes nº 25.882 y 25.886). También la prohibición de acceder a la libertad condicional a los condenados por un homicidio

*criminis causae*³, agresiones sexuales seguidas de muerte, privación ilegítima de la libertad seguida de muerte intencional, secuestros extorsivos seguidos de muerte intencional u homicidio en ocasión de robo (ley nº 25.892) y a las salidas transitorias en una serie de delitos que incluyen la muerte de la víctima (ley nº 25.948). Finalmente se modificó el monto máximo de pena que puede imponerse en caso de concurso real, es decir la acumulación de hechos delictivos, hasta llevarlo a cincuenta años (ley nº 25.928).

2.2. PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA

El procedimiento de flagrancia consiste en una instrucción sumaria, una forma de enjuiciamiento *express* ante hechos delictivos conocidos *in fraganti*, tentados o consumados. En el año 2016 a través de la ley 27.272, se modificó e implementó un nuevo procedimiento de instrucción sumaria, regulado en los arts. 353 bis a 353 septies del Código Procesal Penal. A partir de esta sanción, casi todos los delitos dolosos conocidos en flagrancia pueden ser investigados y juzgados en unas pocas semanas, siempre que la pena máxima no supere los quince años, o los veinte en los casos de agresiones sexuales con acceso carnal, robos con arma de fuego o concurso de delitos. En el caso de ser aprehendido en flagrancia, el procedimiento establece la inmediata detención del acusado, sin perjuicio de la admisibilidad de libertades durante el proceso, lo que nos permite asociar el uso del procedimiento de flagrancia y la inflación punitiva en Argentina.

Para su implementación prevé principalmente dos audiencias *multipropósito* en las que se debe resolver cualquier conflicto de competencia, acuerdos de prueba, resoluciones alternativas del proceso y dictado de la prisión preventiva. La primera debe ser celebrada dentro de las veinticuatro horas, prorrogables por otras veinticuatro, a contar desde la detención. Finalizada la audiencia de inicio se decreta la audiencia de clausura, cuando el ministerio público debe presentar el requerimiento de elevación a juicio o solicitar el sobreseimiento, expresándose sobre la prisión preventiva. Elevada la causa a la etapa de juicio el tribunal deberá hacer el control de la acusación y fijar la fecha de audiencia dentro de un término no superior a las cuarenta y ocho horas desde la recepción de las actuaciones al tribunal, citando las partes a juicio celebrado con un único juez en un plazo no mayor de cinco días. La característica de este procedimiento es la oralidad, inmediatez e informalidad de las audiencias registradas en audio y video, resolviéndose cualquier conflicto en el marco de las audiencias multipropósito, pudiendo diferirse únicamente la lectura de los fundamentos de las sentencias hasta tres días.

Este nuevo paradigma judicial, asociado a una eficaz gestión de riesgos, se sustenta en la tríada *eficiencia- rapidez- cumplimiento de plazos*: una justicia que se percibe exitosa por

³ Aquel homicidio realizado para “preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (art. 80.7 Código Penal).

condenar rápido resulta una justicia eficiente y en favor del ciudadano⁴. Así era presentado desde el Poder Ejecutivo nacional al enviar el proyecto de ley al congreso nacional, como “una herramienta más ágil, sencilla y eficaz para el juzgamiento de hechos en los que los autores fueron sorprendidos al momento de cometerlos o en posesión de objetos o rastros que hicieren presumir que acaban de participar en la comisión de algún delito”, permitiendo resolver estos casos “rápido y de modo eficiente con total respeto por las garantías de los imputados [...] El lento accionar de la justicia no solo retarda la rápida reparación a la víctima y a la sociedad, sino que obliga al imputado de un delito a padecer largos periodos de encierro o de incertidumbre respecto de su situación procesal”.

Su implementación no ha sido simple, ante la reticencia de la agencia judicial de aceptar sus nuevas funciones. Especialmente en sus inicios se han observado conflictos de competencia⁵, negativas de los jueces de primera instancia a aplicarlo y tensiones en la aplicación de sus vías recursivas, aunque su implementación ha ido en aumento con el correr del tiempo⁶.

Nicolás y Verde (2018) remarcan que la Ley de Flagrancia buscó responder al retardo de justicia y el uso de la prisión preventiva en casos de aprehensión *in fraganti*, en un presunto respeto de las garantías del debido proceso. Para Castro Feijó (2023), la reforma se vincula al *gerencialismo penal*, y una administración de justicia más allá del cumplimiento y el respeto de las garantías del debido proceso. El procedimiento de flagrancia debe ser comprendido como parte de un viraje de la política criminal que se sostiene en tres ejes principales: (1) el abandono de la prioridad del individuo en el sistema penal, en beneficio de los grupos y las categorías de sujetos, (2) una transformación en el modo de narrar la penalidad, no ya como personas que precisan tratamiento sino como sujetos de riesgos que requieren gestión, (3) la mutación de las reglas de evaluación y decisión, de acuerdo a formas tecnocráticas de saber, orientadas a los lenguajes de la probabilidad y el riesgo. La instauración de un proceso adversarial acusatorio, y el carácter

⁴Ver por caso los siguientes comunicados oficiales:

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/flagrancia-cada-vez-mas-casos-se-resuelven-en-menos-de-30-horas#:~:text=Flagrancia%3A%20cada%20vez%20m%C3%A1s%20casos%20se%20resuelven%20en%20menos%20de%2030%20horas,->

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/flagrancia-y-juicio-unipersonal-hacia-una-justicia-mas-rapidaCompartir%20en&text=El%20subsecretario%20de%20Justicia%20y,la%20ci-fra%20trep%C3%B3%20al%2068%25>.

<https://www.argentina.gob.ar/noticias/flagrancia-acortar-los-tiempos-judiciales-favor-del-ciudadano>

⁵ En distintas oportunidades los jueces de 1ra instancia han manifestado encontrarse impedidos de dictar sentencia en el marco de procedimientos de flagrancia. Los incidentes de incompetencia han sido resueltos por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional en Reg. ST3/2017, ST349/2017 y ST754/2017 determinando que es competencia de los jueces de instrucción dictar sentencia cuando se arribe alguna de las soluciones propuestas en las audiencias de multipropósito.

⁶ Castro Feijó (2023) señala que en el año 2.017 se dieron un total de 2279 audiencias y en el año 2.018 este número se elevó a 3018.

multipropósito de las audiencias de apertura y clausura, no implica en la mirada de Gutiérrez (2010) necesariamente una mejor administración de justicia penal ni una sociedad más segura, sino una fábrica más productiva y eficiente de criminalización que el viejo, torpe y lento sistema inquisitivo. Un proceso en el cual la capacidad de las fuerzas de seguridad para captar y seleccionar los casos que serán judicializados es aún mayor (Buigo, 2020).

Sin perjuicio de las críticas que puedan esbozarse en relación con la producción o la certeza de la prueba, respeto del derecho a la defensa y una adecuada respuesta de la pena, la implementación del procedimiento de flagrancia (y su detención preventiva como regla) implica necesariamente un aumento en relación con la cantidad de personas detenidas y el rápido tránsito de procesados a condenados. Si bien ha sido una herramienta relativamente efectiva en la reducción de los plazos de prisión preventiva –y el porcentaje de presos sin condena en el sistema penitenciario federal– ha impactado en una mayor cantidad de condenas, principalmente por delitos de escasa lesividad, alcanzadas en detrimento de las garantías de los imputados y mediante una clara celeridad en el funcionamiento de la aplicación de penas.

2.3. LEY PETRI

Trece años después de la primera marcha convocada por Juan Carlos Blumberg, la agresión sexual y asesinato de Micaela García en la ciudad de Gualeguay conmocionó al país nuevamente. En términos de producción legislativa, operó como catalizador para volver a dar un nuevo impulso a una serie de proyectos que desde el año anterior circulaban entre las comisiones de la Cámara de Diputados (Gual, 2018).

Varios meses antes, el 18 de noviembre de 2016, la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados había aprobado con dictamen de mayoría un proyecto de ley que recuperaba las propuestas iniciales de los legisladores Litza, Massetani, Pitiot y Ehcósor (Nº 3805-D-2016, por el bloque FUNA –Frente Renovador–), y Petri y Wolff (Nº 4829-D-2016, legisladores de los bloques radical y PRO, integrantes de la coalición CAMBIEMOS). El proyecto fue tratado en el recinto cinco días más tarde, recibiendo media sanción con 134 votos afirmativos sobre 205 presentes. Contó principalmente con el apoyo de los tres partidos políticos integrantes de la coalición gobernante y del Frente Renovador, y de cierto sector del Partido Justicialista y fuerzas provinciales. Los 69 votos negativos se agruparon principalmente en torno al Frente para la Victoria y diversas expresiones de izquierda y centro izquierda.

Con el crimen de Micaela consumado, el proyecto fue debatido finalmente en la Cámara de Senadores y, luego de unas pequeñas modificaciones, fue reenviado a Diputados que lo aprobó pasando a ser conocida como la Ley Petri (nº 27.375). La norma modifica artículos del Código Penal y de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad a la

vez, y en lo que a nuestra discusión interesa, aumentó la lista de delitos que quedan imposibilitados de acceder a cualquier egreso anticipado, incluida la libertad condicional (entre ellos prácticamente la totalidad de los delitos con penas de prisión perpetua). En aquellos delitos donde continúa siendo posible un egreso anticipado, la ley agravó sus requisitos (y en algunos casos los plazos de encierro necesarios) dificultando sobremodera su acceso. Finalmente derogó la posibilidad de que las penas de hasta seis meses de prisión pudieran ser convertidas en prisión discontinua o semidetención y, en consecuencia, purgarse mediante trabajo en la comunidad.

Como veremos a continuación, la combinación de todas estas reformas penales, procesales penales y de ejecución penal provocaron una desproporción en el cumplimiento de las condenas a prisión con efectos en la inflación punitiva a nivel nacional.

3. DESPROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS E INFLACIÓN PUNITIVA

La desproporción entre la gravedad del delito y el monto de la pena fue una preocupación para el derecho penal liberal desde sus inicios. Está presente en la obra de Bentham (1823 (2004)) y también de Beccaria. Para él, debía existir una proporción entre los delitos y las penas, destinando los castigos mayores a los delitos más graves. “Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden de manera desigual a la sociedad”, concluía, “los hombres no hallarán un obstáculo más fuerte para cometer el mayor delito, si a él ven unida una mayor ventaja” (Beccaria 2004, 39).

En nuestro trabajo intentamos ampliar el concepto de desproporción de un modo que incluya otros usos irracionales de la prisión, analizados de un modo comparativo con los usos de la prisión antes de las reformas legislativas. Nos interesa discutir la desproporción en la aplicación de penas de prisión de efectivo cumplimiento cuando la mínima gravedad del ilícito invitaba a pensar una decisión punitiva diferente. También hacemos un uso amplio de la noción de desproporción para incluir aquellos ejercicios de castigo sin flexibilización en la etapa de ejecución, que implican el cumplimiento de la pena en su totalidad indistintamente del modo de transitar los años de encierro. Finalmente, nos interesa proponer una crítica a aquellas imposiciones de castigo que –por su extensión por décadas o su perpetuidad material– se vuelven desproporcionadas con un proyecto de vida luego de la prisión. Tres movimientos que es posible rastrear en las transformaciones legales en los últimos veinte años de nuestro país y nos exigen reflexionar sobre su impacto en nuestros preocupantes niveles de encarcelamiento.

3.1. DESPROPORCIÓN POR ESCASA LESIVIDAD DE LA INFRACCIÓN

Hasta 2017, la combinación entre una serie de institutos incluidos en el Código Penal y la Ley de Ejecución de la Pena mantenían fuera de la prisión a las personas condenadas por penas leves.

El más reconocido continúa vigente y aplica a las personas que carecían de una condena previa (no reincidentes). El artículo 26 del Código Penal regula la condena condicional, y establece que “en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena”. La Corte Suprema de la Nación, en el precedente *Arce Ponce*, recuperó los argumentos del ministerio público para sentar como doctrina que en aquellos casos donde la condena pueda ser de ejecución condicional, el tribunal solo puede aplicar una pena efectiva fundándolo expresamente, porque la razón de ser del instituto es precisamente evitar el ingreso a la prisión de las personas condenadas por un delito leve y sin antecedentes (Gual, 2020).

Con menor visibilidad pero de reconocible impacto, la combinación de los artículos 35.f y 50 de la Ley de Ejecución de la Pena permitía hasta la reforma de 2017 que las personas condenadas a penas de hasta seis meses de prisión efectiva la transformaran en prisión discontinua y, a ésta en trabajos comunitarios.

Al eliminarse esa conversión, la cantidad de personas en prisión cumpliendo condenas ínfimas creció notablemente, en un proceso que de todos modos le precedía. Es posible que ese crecimiento se haya dado también por la mayor rapidez con que se dictan sentencias en casos de flagrancia desde la sanción de su nuevo procedimiento a finales de 2016. La celeridad en la condena, y en la declaración de reincidencia posterior, podría haber reducido la cantidad de personas elegibles para la condenación condicional por ser detenidos primarios.

Las estadísticas producidas en los últimos años alertan sobre el aumento sostenido de personas condenadas a penas leves en el sistema nacional y federal. Las personas condenadas a penas inferiores a tres años se duplicaron entre la sanción de la ley de flagrancia y 2021 (Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), 2021). Complementado ese análisis cuantitativo, Cassani (2023) ha observado las condiciones de vulnerabilidad que llevan a esas personas a prisión, especialmente cuando vivían en situación de calle, historias sumidas en la más absoluta pobreza, situaciones de consumos problemático y exposición constante al maltrato estatal desde mucho antes de la detención.

La jurisprudencia resulta bastante uniforme en la aplicación de penas de efectivo cumplimiento en penas inferiores a treinta y seis meses de prisión, siempre que el condenado revista la calidad de reincidente. Son escasas las oportunidades en que se opta por la resolución del conflicto por medios alternativos, como la reparación integral del daño o

la conciliación previstas en el art. 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación desde su reforma en 2015.⁷

Entre otros precedentes vinculados a penas de efectivo cumplimiento sin superar los dieciocho meses de duración, el TOCC N° 1 bajo la integración unipersonal de Adrián Augusto Pérez Lance, condenó a *González y Pisoni* a la pena de seis meses de prisión de efectivo cumplimiento por el delito de robo simple, declarando reincidentes a ambos imputados sin unificar condenas. Se los acusó de haber adquirido una batería de automotor pese a conocer su procedencia ilícita. Mientras la transportaban en una conservadora de Telgopor, fueron interceptados por personal policial anoticiado de la sustracción de una batería en la zona (TOCC N° 1, causa CCC58153/2022/TO1, rta. 25/04/2023). En *Bravo González*, el TOCC N° 1 nuevamente con la integración unipersonal de Adrián Pérez Lance, dictó la pena única de seis meses de prisión comprensiva de una nueva sentencia a un mes de prisión por el delito de hurto en grado de tentativa y una anterior a seis meses de prisión en suspenso. El delito imputado consistió en el intento fallido de sustracción de un teléfono celular del interior de un vehículo que se hallaba con su ventanilla baja. Fueron las víctimas quienes lo sorprendieron, persiguieron y redujeron hasta la llegada del personal policial (TOCC N° 1, causa CCC65708/2022/TO1, rta. 05 de abril de 2.023).

También el TOCC N° 10, bajo procedimiento de flagrancia y con la integración unipersonal del juez Alejandro Noceti Achával, condenó a *Marchan Suarez* a la pena de un mes y quince días declarándolo nuevamente reincidente. El hecho cometido veinte días antes de la condena consistió en el intento de apoderamiento de catorce paquetes de queso en fetas y dos botellas de vino en un supermercado, por un valor de \$5.320. El hecho no pudo concretarse por la intervención de otro cliente, quien lo evitó y avisó al personal policial para su detención. A la hora de determinar la pena el magistrado entendió como circunstancias agravantes la inexistencia de motivos para el ilícito y la sensación de inseguridad generada por este tipo de conductas. Como atenuantes consideró la edad del condenado, que ostentaba estudios secundarios completos y que tenía ocho hijos y vivía en un hotel de esta ciudad. Como había cumplido una pena de dos meses de prisión anteriormente, esta nueva sentencia debía ser de efectivo cumplimiento. Con idéntica integración, en el caso *Recabarren* (causa 12368/2022 (6947), rta. 05/04/2022) el TOCC N° 10 condenó al imputado a la pena única de tres meses de efectivo cumplimiento comprensiva de la nueva pena de un mes de efectivo cumplimiento por el delito de hurto simple y una pena anterior de tres meses de ejecución condicional. De acuerdo a la sentencia, dos meses antes de la condena Recabarren había intentado hurtar seis cintas adhesivas dentales por la suma de \$5.015,94, para sus prótesis dentales. Jubilado de 68

⁷ Código Penal, art. 59.6: “la acción penal se extingue por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

años, con escasa instrucción educativa, cobraba únicamente la Pensión Universal para el Adulto Mayor y percibía \$1.500 pesos por semana como cuidador de perros, abonando un alquiler de \$15.000 pesos. Pese al claro cuadro de vulnerabilidad social, se consideró como circunstancia agravante “las circunstancias de tiempo y lugar de comisión del hecho, la inexistencia de motivos verificables que hayan determinado su accionar y la sensación de inseguridad que este tipo de conductas produce en la población”.

Como hemos adelantado, la reforma al código penal de 2015 habilitó dos posibilidades de extinción de la acción penal especialmente útiles para casos de lesividad insignificante: la reparación integral del daño y la conciliación penal, regulada en el nuevo Código Procesal Penal Federal. Sin embargo, buena parte de los operadores judiciales se mantuvieron reticentes a la aplicación de resoluciones alternativas al conflicto penal, incluso pese al desinterés de la víctima en la persecución de la conducta punible, al considerar reparado su perjuicio.

Hasta la sanción y vigencia del código procesal federal algunos jueces mostraban mayores reticencias a la aplicación de conciliaciones penales. Ver por ejemplo, el TOCC Nº 22 en el caso *Flordelis*, (causa CCC45407/2017/TO1, rta. 01 de noviembre de 2.017) la Sala de Turno de la CNCCC en el precedente *Obed Cuevas* (causa CCC19151/2015 Reg. S.T 1150/2015, rta. 21/12/2015, con voto disidente del juez Morín, el cual se remitió a su voto en el caso *Arias Héctor*, rta. 25/9/2015). Sin perjuicio de haberse sostenido, en otros precedentes, que la ausencia de norma procesal no puede operar en una interpretación *in malam partem* en detrimento de los derechos del imputado, más aún cuando se trataba de un instituto vigente en la norma de fondo. Ver, por caso, *Giampaolletti* (CNACC Sala VI, causa 12.750/2014, rta. 31/8/2016), *GRS* (CNACC Sala V, causa 50.621/2011, rta. 21/4/2016), *Pironelli* (CNPE Sala A, causa CPE1475/2012/5/CA4, rta. 24/5/2018), *Costa* (TOCC Nº 18, causa 78.050/2014, rta. 29/9/2016), *D.J.A* (TOCC Nº 26, causa CCC26772/2016/TO1, rta. 11/10/2016) y *Eiroa* (TOCC Nº 20, causa CCC39889/2014/TO1, rta. 11/12/2015), entre otros.

En distintas oportunidades el Ministerio Público Fiscal ha hecho hincapié en las condiciones personales del imputado, alegando que su dictamen oponiéndose a la resolución alternativa resultaba vinculante para el tribunal. En Díaz y Vaz Almeida, la Sala de turno de la CNCCC ha hecho caso omiso a ese planteo y consideró que el ministerio público carecía de capacidad para recurrir las sentencias en *Diaz y Vaz Almeida* (CNCCC Sala de Turno, Diaz y Vaz Almeida, causa 12240/2020, rta. 04/12/2020).

3.2. DESPROPORCIONALIDAD POR CUMPLIMIENTO TOTAL DE LA SENTENCIA EN EL ENCIERRO

Como segundo ejemplo de penas desproporcionadas nos interesa detenernos en la construcción de un colectivo extendido de personas presas que, como consecuencia del tipo penal por el que fueron condenadas, verán reducida su posibilidad de egresos anticipados a la mínima expresión. En una combinación de prohibiciones de libertades anticipadas y establecimiento de nuevos requisitos de cumplimiento prácticamente imposible, desde la reforma de 2017 una buena porción de personas detenidas deberá cumplir en prisión la totalidad de la pena.

La ley 27.375 trajo como nuevo paradigma la coexistencia de dos modalidades de ejecución penal dentro de un mismo cuerpo normativo, el régimen progresivo histórico continúa vigente para ciertos delitos, aunque con mayores requisitos, y junto a él un nuevo régimen caracterizado por el cumplimiento casi total de la pena en el encierro con la aplicación de un escueto régimen preparatorio de liberación. Como uno de sus ejes centrales, la reforma tuvo como finalidad la limitación del régimen de la progresividad penitenciaria, eliminando la posibilidad de un egreso anticipado total previo al cumplimiento integral de la pena a un importante catálogo de delitos, representativos de los delitos más representativos dentro de las prisiones argentinas⁸.

Como puede verse de las expresiones de motivos de los impulsores de la reforma, el proyecto buscaba “modificar el régimen establecido por la ley de ejecución penal, que tuvo por objeto establecer un catálogo de delitos que quedaban excluidos de la concesión de cualquier beneficio penitenciario de los comprendidos en el periodo de prueba —es decir, ingreso en establecimientos abiertos, salidas transitorias, régimen de semilibertad—, ni tampoco prisión discontinuada o semidetención, ni libertad asistida”⁹.

Dicha reforma trajo aparejadas innumerables críticas por parte de la academia, principalmente al remarcar las contradicciones internas del texto legal. Calificaban como errónea la concepción del régimen progresivo de la pena, al haber alterado la tradición legislativa del régimen de ejecución penal en Argentina, eliminando su principal nota característica y enajenando al régimen de la progresividad penitenciaria del principio de reinserción social (Alderete Lobo, 2017; Figari & Herrera, 2017). Algunas de esas críticas habían sido

⁸ Por el modo en que están construidas las estadísticas penitenciarias en Argentina (ver Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), 2021), no sabemos cuántas de las personas involucradas en las 16.465 condenas a homicidios dolosos que permanecían en las prisiones argentinas para 2021 habían sido condenadas por homicidios calificados, ni si el hecho atribuido había ocurrido antes o después de las reformas. Lo mismo ocurre con las 36.068 condenas por robo que se cumplían en ese año en las prisiones argentinas (¿cuántas de ellas eran figuras del robo agravadas por el uso de arma de fuego?) y con las 13.194 condenas por infracciones a la ley de drogas (no sabemos cuántas de ellas correspondían a los arts. 5, 6 y 7 de la Ley 23.737, únicos alcanzados por la reforma de la Le 27.375).

⁹ Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Expte. 3805-D-2016, 21-06-2016.

adelantadas por juristas y magistrados al ser convocados al debate del proyecto en el recinto legislativo¹⁰.

Dentro de la amplitud de la reforma, es posible identificar dos modificaciones relevantes para el cumplimiento integral de las penas. En primer lugar, la rigidez y notable restricción respecto del acceso a los institutos de soltura anticipada total y parcial, limitando y eliminando *de hecho* en muchas ocasiones, la posibilidad de acceso. Por otra parte, la ampliación del catálogo de delitos presentes en el art. 56 bis de la ley 24.660 y art. 14 del Código Penal que quedan excluidos formalmente del acceso a cualquier liberación anticipada.

Solo por mencionar algunos ejemplos, la reforma agrava los requisitos para el dictado de un pronóstico de reinserción social favorable por parte de la administración penitenciaria durante el trámite de una libertad condicional. Con la redacción actual, el Consejo Correccional se encuentra obligado a expedirse de manera negativa cuando el condenado no obtuvo calificaciones de conducta y concepto bueno en al menos dos terceras partes de la condena cumplida hasta el momento de solicitar la libertad condicional, aun cuando se observen avances favorables en su régimen de progresividad. De esta forma, muchas penas de duración intermedia –de cuatro a seis años de prisión– se ven materialmente excluidas del acceso a la libertad condicional, por el tiempo transitado en prisión como procesados y los inicios del régimen de condenados, donde difícilmente alcancen con rapidez la calificación de concepto bueno. El JNEP N° 3, en el precedente *Barrios* (Legajo CCC56873/2019/TO1/EP1, rta. 22/08/2022) denegó la libertad condicional pese a la existencia de informes favorables por mayoría y dictamen favorable del Ministerio Público Fiscal, basándose en la disidencia del Órgano Técnico Criminológico que motivó su negativa exclusivamente en que *Barrios* había registrado concepto regular durante varias calificaciones sin alcanzar el mínimo de dos terceras partes de la condena bajo conducta y concepto bueno.

Por otra parte, la reducción del plazo para acceder a la libertad asistida, tres meses antes del agotamiento de la pena, obsta cualquier posibilidad de impulsar vías recursivas que modifiquen la resolución impugnada. También se ha eliminado el carácter excepcional de la negativa a la incorporación a la libertad asistida, entre otras modificaciones a la regulación actual en el art. 54 de la ley 24.660.

Hemos adelantado que el segundo rasgo distintivo de la reforma en materia de cumplimiento de penas es la exclusión de una importante cantidad de delitos de los egresos anticipados, especialmente ante conductas con penas elevadas. Los arts. 14 del Código Penal y 56bis de la ley 24.660, en su redacción actual, disponen que no podrán acceder a

¹⁰ Reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores de la Nación (versión taquigráfica) respecto de las sesiones celebradas en el Salón Illia del Honorable Senado de la Nación el 20 de abril de 2017.

los egresos transitorios, semilibertad, libertad condicional y libertad asistida los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal; 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal; 3) Privación de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del código penal; 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal; 5) Delitos de robo previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal; 6) Secuestro extorsivo, si se causará la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal; 7) Delitos de trata de personas, previstos en los artículos 145bis y ter del Código Penal; 8) Casos en que sea aplicable la Ley Antiterrorista, prevista en el artículo 41 quinquies del Código Penal; 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal; 10) Delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la ley 23.737 de infracción de drogas o lo que en el futuro la reemplace; 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

Su impacto en aquellos delitos que tienen prevista pena de prisión perpetua será analizado más adelante en profundidad. Queremos aquí comenzar por destacar que el sistema progresivo de la pena ha sido remplazado en los delitos sin egresos anticipados por un régimen preparatorio de la libertad regulado en el art. 56 *quater* que prevé el cumplimiento íntegro de la pena, con la posibilidad de salidas diurnas por un máximo de doce horas en los nueve meses antes del agotamiento de la pena. Supongamos los casos de infracciones a la ley de drogas que establece un máximo de quince años de prisión en sus artículos 5º o 7º. O el caso del homicidio en ocasión de robo, con una pena máxima de veinticinco años. En esos casos, el tiempo de encierro superaría los catorce y veinticuatro años ininterrumpidos, respectivamente.

Las principales discusiones se han asociado a la exclusión de los egresos anticipados en casos de tentativas, unificaciones de pena, o su aplicación en delitos continuados iniciados antes de la reforma. También se ha discutido su constitucionalidad por violar los principios de reinserción social, igualdad ante la ley y culpabilidad.

La jurisprudencia ha convalidado en líneas generales las restricciones al régimen progresivo de la pena. Por ejemplo, los Juzgados Nacionales de Ejecución Penal Nº 2, 3 y 4 han rechazado los intentos por volver inaplicables estas restricciones a casos de homicidios calificados o robos con arma en grado de tentativa, y la cámara de casación ha convalidado su decisión (*Regal*, CNCCC Sala 2, Reg. 533/22, *Maidana*, CNCCC Sala 2, Reg. 1781/2021, *Tavarez Hernández*, CNCCC Sala 3, Reg. 1193/2022 y *Fernández*, CNCCC Sala 1, Reg. 375/22, entre muchos otros). Con relación al planteo de inaplicabilidad de la prohibición en casos de unificación de penas u condenas, las posturas resultan sumamente divergentes. Sin embargo, el criterio mayoritario sostiene que al coexistir delitos

donde la prohibición es aplicable con otros donde no lo es, aplica la restricción. Es el caso de un delito cometido con anterioridad a la vigencia de la ley 27.375 y uno durante la vigencia de la ley 27.375 que prohíba la obtención de libertades anticipadas, o dos delitos cometidos durante la vigencia de la ley 27.375, cuando solo uno de ellos está alcanzado por la restricción (*Ifran*, CNCCC, Sala 3, Reg. 1293/2021; *Quispe*, CNCCC, Sala 2, Reg. 491/22; *Aquino de Olmedo*, CFCP, Sala IV, Reg 2136/2021, con disidencia de la Dra. Ledesma y *Entre Ríos*, JNEP Nº 3, CCC 78714/2019, entre muchos otros).

En los casos de *delitos permanentes*, la jurisprudencia ha considerado que el delito se encuentra cometido cuando se interrumpe su ejecución. Por esa razón, si el delito comenzó a producirse antes de la reforma legal, pero finaliza una vez sancionada la reforma, corresponde la prohibición de liberaciones anticipadas. La Cámara Federal de Casación Penal tomó esta decisión en *Ávila Mendoza* (Sala I, Reg. 434.20), recuperando los precedentes de la Corte Suprema en *Jofre* (CSJN Fallos 327:3279), *Gomez* (CSJN Fallos 332:3274) y *Rei* (CSJN Fallos 330:2434). En la postura opuesta, podemos destacar el voto disidente de la Dra. Ledesma en *Aquino de Olmedo* y como postura mayoritaria en los casos *Morales* (CFCP Sala II, Reg. 1806.21) y *Almarante* (CFCP Sala II, Reg. 972.21), fundados en la postura del voto mayoritario de la CSJN en *Granillo Ocampo* (CSJN Fallos 337:37) y *Bignone* (CSJ1574/2014/TH1 Rta. 30/05/2017).

También se ha discutido la validez constitucional de la ley 27.375 y las restricciones introducidas para acceder a los institutos de liberación anticipada basadas exclusivamente en el delito cometido. Si bien la Corte Suprema no se ha manifestado aún, los tribunales superiores del fuero penal a nivel nacional y federal han aceptado mayoritariamente la constitucionalidad de la reforma. Un argumento reiterado para su validez es la existencia de progresividad en el régimen, como consecuencia de la existencia del régimen preparatorio para la liberación presente en el art. 56 *quater* de la ley 24.660 (*Roa Segovia*, CFCP Sala IV, Reg. 1889/20.4), *Lobera* (CFCP Sala I, Reg. 2510/21), *Collado* (CFCP Sala IV, Reg. 328/21.4), *Lobos* (CNCCC Sala 2, Reg. 1926/2021), *Bastos Núñez* (CNCCC Sala 2, Reg. 1923/21), *Da Silva* (CNCCC Sala 1, Reg. 102/2021), *Ramírez* (CNCCC Sala 1, Reg. 271/2021), *Abregú* (CNCCC Sala 3, Reg. 351/2022). En algunos de esos precedentes, incluso, se han revocado las resoluciones de primera instancia que habían ordenado la liberación de las personas condenadas, ordenando su reintegro al ámbito penitenciario para que terminen de purgar su pena en prisión. Entre otros argumentos esgrimidos a favor de la constitucionalidad de la reforma se ha sostenido que *reinserción social* y egreso anticipado previo al agotamiento de la pena no resultan parte de un todo, sino que un régimen progresivo que prescindiera de formas de liberación anticipada puede ser compatible con el principio resocializador *Losio* (CNCCC Sala I, reg. 200/2018, rta. 14/03/2018. Voto del juez García). Tampoco violaría el principio de igualdad ante la ley tener diversos regímenes de ejecución para diferentes delitos, si esa distinción es efectuada por el legislador y sustentada en criterios de política criminal que revisten el

carácter de *cuestiones políticas no justiciables* como resolviera la justicia de ejecución y confirmara la Cámara de Casación en *Lobos* (JNEP N° 2, causa CCC68273/2018, rta. 04/03/2021. Ratificada por CNCCC Sala 2, reg. 1926/2021, rta. 10/12/2021).

Por el contrario, entre los tribunales superiores que avalan la inconstitucionalidad de la reforma se incluye la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Salta (Fallos 226:947/980 rta. 13/05/2019). También la Sala 3 de la CNCCC que se apartó de un rechazo genérico a la validez constitucional de la reforma, pero demandó a los juzgados de ejecución penal y tribunales orales realizar un control de constitucionalidad de cada caso concreto, tomando en especial consideración el avance del condenado dentro de la progresividad del régimen penitenciario y el carácter positivo o no de los informes de la institución penitenciaria.

El magistrado Alejandro Esmoris en su función como juez de ejecución penal ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de La Plata (Portas Dalmau, Legajo N° 78, causa FLP65075/2017/TO1/78, rta. 23/08/2022), consideró que la reforma buscaba excluir de las modalidades básicas de ejecución y la libertad asistida a los *delitos violentos*. En aquellas condenas alcanzadas por la reforma, pero aplicadas por un delito no violento, la prohibición de liberaciones anticipadas resultaba irrazonable por ser una aplicación desmedida de poder punitivo en detrimento del principio de reinserción social de la pena. La reforma, en su posición, no hizo más que introducir un elemento más a tener en cuenta a la hora de evaluar la incorporación a los institutos de libertad condicional y libertad asistida.

En *Marín Romero* (CFCP Sala I Débora Marín Romero Reg. 2076/20), los magistrados Ana María Figueroa y Daniel Petrone declararon la inconstitucionalidad de la prohibición de acceder a la libertad condicional de conformidad con el art. 14 2do párrafo de la ley 27.375 basado por un lado en la pluralidad de bienes jurídicos contemplados en el texto de la reforma. A diferencia de la ley 25.894, parte de las denominadas leyes Blumberg, donde los delitos excluidos se caracterizaban por ser distintas formas de atentar contra la vida, en la reforma del 2017 se incluyeron también violaciones a la ley de drogas, demostrando su irrazonabilidad de su aplicación en ese caso concreto por la ausencia de violencia y la especial situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la condenada. En el caso bajo estudio, *Marín Romero* había sido condenada por tenencia con fines de comercialización de 17,81 gramos de cocaína y al momento de su detención esta se encontraba brindando servicios de prostitución.

3.3. DESPROPORCIONALIDAD POR MÁXIMOS LEGALES DRACONIANOS

El art. 1 de la ley 25.928, como parte de las leyes Blumberg, modificó el art. 55 del Código Penal estableciendo para el caso de concurso material de delitos el límite máximo de cincuenta años de prisión.

Durante el debate, el Diputado Nacional por el Partido Justicialista Guillermo E. Johnson, al igual que los diputados nacionales Jorge Casanovas y Mirta Pérez, remarcaron que la ampliación del máximo atribuible no era más que un sinceramiento de las facultades que el código ya establecía. “El plazo máximo es el actualmente establecido en la norma al decir que la suma de los máximos de las penas de los delitos atribuidos no puede exceder el máximo legal de la especie de pena de que se trate. [...] La máxima pena temporal (es) de cincuenta años por aplicación del artículo 235 en función del segundo párrafo del artículo 226”¹¹.

En el debate ante la Cámara alta¹² el Senador por la provincia de San Luis del Partido Radical Jorge Agúndez también remarcó que existía un ánimo encubierto de imponer penas de hasta cincuenta años previo a la reforma en debate, aunque fuera un discurso políticamente incorrecto. “En la década del 80, cuando recién empezaba la democracia, se sancionó la ley de defensa de la democracia. Como había tanta debilidad en una democracia naciente, para defenderla se pusieron penas de hasta 50 años de reclusión, incluso sin el uso de armas. Lo dicen los artículos 235 y 236 del Código Penal, que se refieren a la sedición. Por eso, cuando estudiemos el artículo 55 del Código Penal nos vamos a dar cuenta de que es coherente lo que dice la Cámara de Diputados, porque tenemos penas privativas de la libertad que llegan hasta 50 años. Hay que leer todo. En ese tiempo era necesaria una política criminal, porque el derecho es la conducta viviente de un momento y tiempos determinados”.

En definitiva, la reforma extendió el máximo legal hasta cincuenta años de prisión ante el concurso material de cualquier tipo de delito, lo que transformó ciertas penas determinadas de cumplimiento casi imposible por la tensión entre el tiempo de pena establecido en la sentencia y la expectativa de vida futura de la persona condenada. Acompañando ese clima de época, las personas condenadas a penas iguales o mayores a dieciocho años de prisión se duplicaron entre 2007 y 2021 (Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), 2021).

Existen antecedentes jurisprudenciales que confirman la aceptación de la reforma legal por los tribunales penales. La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional lo convalidó en el precedente *Álvarez Albarracín* (Sala 3, reg. 173/2.017), condenado por

¹¹ Honorable Cámara de Diputados Reunión N° 10, 8ª Sesión ordinaria, Periodo 122, 09/04/2004.

¹² Honorable Cámara de Senadores Reunión N° 09, 7ma Sesión ordinaria, 05/05/2004.

una pluralidad de delitos contra la integridad sexual a una pena de cincuenta años de prisión. En una intervención previa, la Cámara Federal de Casación Penal –con votos de Luis María Cabral y Ana María Figueroa, habían considerado que la imposición de una condena tan elevada junto a la declaración de reincidencia asimilaba la sentencia a una prisión materialmente perpetua. Luego del reenvío, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional confirmó la condena a cincuenta años de prisión. En su voto, el juez Mahiques sostuvo que la legalidad de la pena impuesta se encontraba debidamente fundada al responder a criterios de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad en función a la respuesta punitiva y la intensidad del injusto del hecho antijurídico por el que fuera responsabilizado el autor, por tanto respondía a las *particulares características de los hechos objeto de juzgamiento, en los que se valoraron agravantes tales como la magnitud de la violencia ejercida sobre las víctimas, el daño físico y psíquico derivados de los ataques, la modalidad intrusiva en las viviendas de las damnificadas, donde el inculpado las sometía “cosificándolas” a través de un trato violento, prolongado, sádico, humillante e inhumano, el aprovechamiento de la nocturnidad (en todos los hechos) y de lugares con escasa circulación de personas que disminuían las posibilidades de auxilio*. De esta manera la respuesta y el carácter de reincidente no implicaba un trato cruel e inhumano ante la posibilidad de acceder a la libertad asistida, independientemente del importante tiempo de detención que debe purgar, destacando que una pena de importante magnitud como la presente no implica un trato cruel inhumano o degradante a la duración de las penas privativas de la libertad, por resultar una consecuencia de la legítima sanción impuesta. En su voto, el magistrado Jantus destacó que la constitucionalidad del máximo penal establecido en el art. 55 del Código Penal había sido convalidada previamente y que el tribunal había realizado una correcta fundamentación de la respuesta punitiva de conformidad con las pautas del Código Penal, que fueron tenidas en cuenta para mensurar la pena, destacando la gravedad y multiplicidad de hechos imputados y los bienes jurídicos lesionados.

El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial de Morón, en el precedente *Borile* (causa 4305 IPP Nro 10-01-007455-14, rta. 25/06/2018) dispuso la conversión de una pena de prisión perpetua en una condena a cincuenta años de prisión por el delito de homicidio calificado por el vínculo en contexto de violencia de género y *criminis causae*, ambos mediante el empleo de arma de fuego en concurso real entre sí. El condenado se trataba de un ex miembro de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, quien utilizando su arma reglamentaria mató a su expareja y el escribano público durante el acto de escrituración en el marco de la división de bienes. Como el acusado debió ser extraditado de la República del Paraguay, el art. 6 inc. 2 de la ley 25.302¹³ impedía la condena a una pena de prisión perpetua y el tribunal dispuso la aplicación de una pena de cincuenta

¹³ Art. 6 inc. 2: *No se concederá la extradición cuando los hechos que la originan estuviesen castigados con la pena de muerte o con pena privativa de libertad a perpetuidad.*

años de prisión, máximo posible de acuerdo con las reglas del concurso material, sin posibilidad de acceder a la libertad condicional.

El precedente crítico de mayor importancia contra los máximos legales exacerbados lo ha pronunciado Raúl E. Zaffaroni en su voto disidente en *Estévez* (CSJN. Recurso de hecho causa E.519.XLI, rta. 08/06/2010). Al ser un hecho anterior a la reforma analizada, la discusión se concentraba en la fórmula “máximo de especie de la pena”, que originalmente había supuesto un tope racional, pero había perdido coherencia como consecuencia de las reformas legislativas introducidas desde la sanción del código original, permitiendo lecturas disímiles y contradictorias. En su mirada, las múltiples reformas parciales sin la revisión integral del texto normativo provocan una *descodificación* y el sistema normativo pierde congruencia y coherencia en sí mismo atentando contra el mandato de certeza de las leyes. Esa circunstancia se observa en el caso del máximo punitivo para el caso de penas temporales por concurso material de delitos tanto en la anterior redacción del Código Penal, como mediante su reforma por la ley 25.982. Ante la ausencia de una legislación clara y precisa, es la autoridad judicial con sus limitaciones la que debe disponer cual resulta ser la escala penal aplicable al caso. En la posición de Zaffaroni, el mandato de certeza tiene dos destinatarios: el legislador y el juez. El rol del segundo es reparar los incumplimientos del legislador, entendiendo que la declaración de inconstitucionalidad no se presenta como una vía adecuada y eficaz para salvaguardar este vicio sino mediante la reconstrucción técnica o dogmática de las disposiciones legales en forma armónica y compatible con el sistema constitucional a través de la identificación de una norma madre.

En el considerando 26) de su voto disidente, Zaffaroni descarta la aplicación de los máximos establecidos por las leyes 23.077 y 25.928, que permiten la imposición de penas de hasta cincuenta años. Sostiene que ese monto punitivo elimina cualquier posibilidad de vida útil una vez agotada la pena, como también la desproporcionalidad que presenta en relación con su mayor rigurosidad que la prisión perpetua. Resalta además que su aplicación implicaría una pena de muerte encubierta contraponiéndose a la manda de abolición progresiva de dicha penalidad. Remarca finalmente los inconvenientes que provocan esas reformas a nivel sistemático, ya que el máximo de cincuenta años destroza la coherencia del código penal en materia de prescripción, tentativa, participación criminal y libertad condicional.

Al intentar reconstruir el vicio de descodificación aludido, y en respeto a los principios de humanidad de las penas y su finalidad ejecutiva, Zaffaroni propone aplicar el principio de *ley posterior deroga ley anterior*, y tomar en consideración la última legislación incorporada al derecho interno en relación con esta materia: la ley 26.200 implementa la aplicación del Estatuto de Roma y no pone en pugna el sistema de penas y prescripciones del Código Penal. Esta reforma permite determinar la coherencia y concordancia de las

disposiciones presentes en todas estas legislaciones y nuestro sistema penal. Al tipificar los delitos de mayor contenido antijurídico, precisa a su vez las penas máximas que les corresponden y expresa las consecuencias penales de máximo desvalor jurídico. Como los bienes tutelados por el Estatuto de Roma resultan la *humanidad* en su totalidad, no es posible reputar un bien jurídico de mayor magnitud, ni la propiedad ni la vida a título individual, resultando preciso tomar las escalas punitivas del Estatuto como un máximo insuperable. La ley 26.200, en la posición de Zaffaroni en el precedente *Estévez*, devuelve la uniformidad jurisprudencial establecida previo a la introducción de las leyes 23.077 y 25.982 reduciendo a veinticinco años de prisión el máximo para penas temporales.

3.4. DESPROPORCIONALIDAD POR PERPETUIDAD MATERIAL

En la actualidad existen un total de diecinueve tipos penales¹⁴ –contabilizando los doce incisos del art. 80– que contemplan la imposición de una pena de prisión perpetua, y solo el art. 214 C.P reconoce la posibilidad de una pena temporal como alternativa. De acuerdo con las cifras recogidas por el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena, las personas sentenciadas a penas perpetuas ascienden a 2.489, el 5% de las personas condenadas cumpliendo pena en las prisiones argentinas (Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC), 2021).

Con excepción de los artículos 214 y 215 vinculados a atentados contra el orden constitucional, los restantes tipos penales suponen la muerte de la víctima asociada a circunstancias particulares, como lo es en un actuar sobre seguro, con ensañamiento, veneno, por precio o promesa remuneratoria, odio, etc.; o en relación con la lesión de otro bien jurídico tutelado, en donde la afectación incluye la integridad sexual, la privación ilegal de la libertad o casos de tortura. Finalmente, solo en los casos de desaparición forzada y atentado contra el orden constitucional, la pena de prisión perpetua se encuentra excluida de las prohibiciones de acceder a liberaciones anticipadas, encontrándose en idéntica posición al condenado a prisión perpetua que revista la calidad de reincidente, presentándose como una pena de *iure* materialmente perpetua en la actualidad, en estos casos.

Si bien existe una consolidada doctrina y jurisprudencia de instancias superiores que convalida la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, su principal objeción se concentra en el rechazo a su carácter *materialmente perpetuo*. En líneas generales, podemos advertir que las prisiones perpetuas han sido consideradas constitucionales en la medida que garanticen una forma de egreso anticipado o de agotamiento de pena, a través de

¹⁴ Arts. 80, 124, 142bis 4to párrafo, 144 ter 2do párrafo, 170 4to párrafo, 214 y 215 del Código Penal. Por un análisis de los delitos alcanzados, ver Pereyra, 2023.

una vía certera desde el momento de la imposición de la pena y con la expectativa de revisión de su situación tras pasado un cierto plazo.

La postura de la CSJN puede resumirse en una serie de aspectos sumamente relacionados. En primer lugar, la validez de su imposición asociada al principio de culpabilidad. La aceptación de penas indeterminadas cuando el bien jurídico lesionado resulte la vida. Y finalmente la garantía de posibilidades de egreso anticipado a los fines de resguardar el mandato de certeza derivado del principio de legalidad.

En *Maldonado* (CSJN, Fallos 328:4343, causa m. 1022 XXIX, rta. 07/12/2005), la Corte se sostuvo que la imposición de las penas perpetuas se encuentra validada en orden al grado de culpabilidad del autor, aunque limitó posteriormente su validez a que exista de *iure* garantía de un egreso anticipado en el ordenamiento jurídico tal como refirió en *Giménez Ibáñez* (CSJN Fallos 329:3440, rta. 4/6/2006) y reafirmó posteriormente en *Chueke* (PGN causa 1029 SCC2641 LXXXIX, rta. 27/3/2007), *Gigena* (PGN causa CSJ1768/2014/Rh1, rta. 21/3/2016) y *Álvarez* (CSJN, causa 70150/2006/TO1/1/2/RH1, rta. 22/8/2019).

Particularmente en *Gigena*, se desestimó el planteo de inconstitucionalidad del sistema de prisión perpetua, al sostener que resulta un recurso legislativo fundado en razones de política criminal válido, más aún ante la flexibilidad presente en el régimen de ejecución penal entonces vigente –previo a la reforma introducida en el año 2017– sumado a la potestad discrecional del Poder Ejecutivo Nacional de conmutar o indultar, no encontrándose en jaque los principios de humanidad, proporcionalidad y reinserción social.

Meses después del precedente *Maldonado*, en *Giménez Ibáñez* (CSJN, Fallos 329: 3440, rta. 4/6/2006), la CSJN debió expedirse nuevamente en relación con las impugnaciones a la constitucionalidad de las penas de prisión perpetua, en un caso donde el condenado carecía de posibilidad de egreso anticipado y por tanto de agotar la pena. En esta oportunidad, la Corte no necesitó sentar su posición pues anuló la sentencia por defectos formales. Sin embargo, dejó sentado un valioso *obiter dictum* al sostener que la pena privativa de la libertad materialmente perpetua lesiona el principio de intangibilidad humana, incompatible con la prohibición de imposición de toda especie de tormentos. En consonancia, en los casos *Chueke*, *Gigena* y *Álvarez* la Corte volvió a revalidar la imposición de penas perpetuas, como criterio legislativo y judicial, con la condición de que en el marco ejecutivo de la pena se presente una posibilidad de egreso del ámbito penitenciario, y por lo tanto de culminación de la condena.

En *Álvarez*, además, la CSJN explicitó que no resulta lícito para los magistrados transformar una pena de carácter indeterminado en una de carácter temporal, si no se verifica previamente la posibilidad de egreso y agotamiento de la pena mediante el instituto de libertad condicional.

En distintas disidencias y concurrencias, algunos magistrados de la Corte Suprema habían postulado una hipótesis adversa, asegurando que la ejecución de la pena perpetua debe determinar con certeza el momento de finalización de la sujeción a la pena, aun cuando esta fuere de carácter perpetuo. Petracchi, en su voto concordante en el fallo *Gramajo* (CSJN, Fallos: 329:3680, rta. 5/9/2006) señaló la necesidad de hacer efectivo el mandato de certeza derivado del principio de legalidad, al sostener que al condenado se le debe asegurar en algún momento su vida en sociedad y libertad, sin que la pena pueda implicar de esta forma la eliminación de la persona a título de pena. Al resultar la prisión perpetua un sucedáneo de la pena de muerte, remarcó la necesidad del conocimiento previo a la finalización de la pena perpetua. Zaffaroni, en su disidencia en *Estevez* (CSJN, causa 1669/1687, rta. 8/6/2010) remarcó que el mandato de certeza conlleva la necesidad de un sistema de pena máxima que no presente límites irrazonables o permita interpretaciones dispares, en donde la ejecución de la pena signifique el aislamiento hasta la muerte, presentándose como un equivalente a la pena de muerte. Como adelantamos, a los fines de dar respeto al mandato de certeza en sede judicial dentro del ordenamiento penal local consideró que debe efectuarse una *interpretación reconstructiva* de las disposiciones en juego, a través de una norma *base* que funcione de estructura estructurante con el resto de las legislaciones aplicables al caso, entendiendo que la misma resultaría la ley 26.200 por condecirse con el sistema de pena presente en nuestro Código Penal. La aplicación de la ley local que incorpora el Estatuto de Roma fue la solución propuesta también por el Procurador General Esteban Righi en su dictamen en el caso *Chueke*.

En líneas generales, podemos sostener que la prisión perpetua ha sido validada por la Corte Suprema siempre que exista una vía formal de egreso anticipado, y por tanto de culminación, sin tampoco garantizar una forma de finalización temporal de la pena más allá de la *posibilidad* de acceso a una forma de egreso anticipado, ya sea mediante la libertad condicional o la revisión periódica de la pena.

Existen también precedentes de instancias inferiores donde se ha problematizado el carácter absoluto de la pena perpetua, tachando su constitucionalidad. En su voto disidente en *Martínez* (CFCP Sala I, causa 14.422, reg. 20735, rta. 13/03/2013), el juez Cabral destacó que es posible cuestionar la razonabilidad de las penas cuando estas se presenten como crueles o desproporcionadas en relación al grado de reproche atribuible en orden a la ofensa atribuida, el que no puede surgir de la comparación de las penas conminadas en los diferentes tipos penales, ya que de esta solo puede extraerse que los distintos bienes jurídicos reciben diferente cuantificación, pero no permite responder cuál de ellas es la que es desproporcionada. Si bien sostuvo, en concordancia con gran parte de la doctrina, que la imposición de la pena perpetua resulta legalmente válida, debe efectuarse un juicio de culpabilidad en cada caso concreto. Los arts. 80 inc. 7 (se trataba de un homicidio *criminis causa*), 13 y 14 del Código Penal deben ser considerados a la hora

de valorar la cuantificación de la imposición de la pena. En caso de no demostrarse una posibilidad concreta de recuperar la libertad, la prisión perpetua se vuelve un castigo y trato cruel y una representación ficta de la pena de muerte, en detrimento del principio de abolición progresiva de esta pena.

En su voto mayoritario en *Etcheverry* (TOC Nº 1 de Necochea, Expte TC 4550-0039, rta. 13/05/2013, luego revocado por la Cámara departamental), los Dres. Mario y Ernesto Juliano pusieron en tela de juicio el carácter constitucional de la aplicación de la pena perpetua cuando esta se vuelve de ejecución materialmente perpetua. En su criterio, una pena sin posibilidad de agotamiento violenta el principio de culpabilidad por su carácter absoluto, no permitiendo distinguir el grado de reproche identificado en el autor, aspecto que trastoca asimismo el *principio de estricta legalidad*, prescribe cualquier posibilidad de cuantificación por parte del magistrado, impide la reinserción social del condenado y el mandato de prohibición de imposición de penas crueles, inhumanas y degradantes al quebrantar el principio de máxima certeza. Al resultar la concesión de la libertad condicional una modalidad provisional, el condenado a prisión perpetua pierde toda posibilidad de agotar su pena ante negativas constantes al acceso a la libertad condicional, a diferencia de una pena temporal. La pena de prisión perpetua genéricamente, concluyen, se presenta de manera inconstitucional, al no poder apartarse la aplicación de la pena de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad y prohibición de exceso y mínima suficiencia, principios rectores en el mecanismo de individualización de la pena.

En el caso *Bachetti* (Cámara Undécima en lo Criminal de la Ciudad de Córdoba, Expte Letra B 135579, rta. 19/10/2007) un jurado popular compuesto por diez ciudadanos en *la Provincia de Córdoba* destacó que el *todo o nada* que presentan los casos de los delitos con pena de prisión perpetua repugnaban el sentido común, desconociendo las razones por las cual este catálogo de delitos no ostentaba como los restantes tipos penales un mínimo y un máximo que permita valorar en cada caso el grado de culpabilidad presentado por el autor, considerando los magistrados ante la opinión del jurado popular reformularse objeciones en cuanto a la imposición de una pena de prisión perpetua, impugnando constitucionalmente la pena.

El juez García en el precedente *Losio* (CNCCC Sala I, causa 50310/2007/TO1/2/CNC3, reg. 200/2018, rta. 14/3/2018) remarcó que el único supuesto en el que la prohibición de acceso a la libertad condicional ex ante se presentaba como un vicio de constitucionalidad, era precisamente cuando se trataba de penas de prisión perpetua. La Corte Suprema, por su parte, no se ha expedido aún en casos donde la prisión perpetua, por las prohibiciones establecidas en las reformas de las leyes 25.892 y 27.375, se ha vuelto materialmente perpetua. Sin embargo, tanto el Procurador General en *Chueke* como distintas instancias inferiores han remarcado que la validez de la reforma deberá ser verificada en cada caso concreto, recién al solicitarse la revisión del tiempo de encierro en los

términos del art. 110 del Estatuto de Roma o la libertad condicional en los términos del art. 13 del Código Penal¹⁵. Lamentablemente, en esos precedentes no se ha dimensionado que, al momento de la imposición de la pena, se presenta como un agravio concreto y actual que el condenado desconozca de manera cierta cuando esta puede considerarse agotada, debiendo debatirse el problema –aunque presente– más adelante, transitando gran parte de la pena sin saber a ciencia cierta cuando esta podrá finalizar.

4. CONCLUSIONES. INCREMENTO EN EL USO DE LA PRISIÓN Y REFORMAS REGRESIVAS: UNA AGENDA PRÓXIMA

A lo largo de este trabajo hemos intentado desarrollar las reformas legislativas regresivas en materia penal a nivel nacional y su recepción por la jurisprudencia. Si bien las modificaciones al régimen penal, procesal y de ejecución penal han sido múltiples en los últimos veinte años, hemos decidido concentrar el análisis en aquellas que observamos más relevantes: el paquete de leyes sancionadas entre 2004 y 2005 y conocidas como leyes Blumberg, en especial las leyes nº 25.892 y 25.928; la ley que modificó el procedimiento en casos de flagrancia nº 27.272 y la reforma al código penal y ley de ejecución penal de 2017 mediante la ley 27.375.

Entre las conclusiones exploratorias, a profundizar en próximas etapas, nos interesaría remarcar que la población encarcelada en Argentina ha crecido notablemente en los últimos veinticinco años, triplicándose la tasa de 71 presos cada cien mil habitantes en 1996 a 221 en 2021. Como indica la figura incluida en este trabajo, sin embargo, ese crecimiento no ha sido lineal, sino que ha respondido a oleadas bien demarcadas, principalmente una entre 1996 y 2003 y otra entre 2016 y 2019.

Una de las conclusiones más relevantes de este trabajo es que el crecimiento cuantitativo de las personas detenidas en Argentina no se corresponde necesariamente con las reformas legislativas regresivas. Intentaremos dejar aquí planteadas algunas hipótesis que podrían guiar futuros trabajos.

En primer lugar, y como hemos adelantado, descreemos que el incremento en el uso del encarcelamiento pueda ser leído exclusivamente como una consecuencia de reformas legislativas y el modo en que son receptadas por jueces y juezas. Cuando una reforma legal regresiva ocurre en un cierto clima de estabilidad económica, menor conflictividad social y acotada utilización electoralista de campañas de ley y orden, es posible que su impacto sea más medido (por caso, el período posterior a las reformas de 2004 y 2005). Si por el contrario, las reformas regresivas se combinan con todos esos factores en un

¹⁵ Ver, CFCP Sala III, “Antelo”, causa 16.865, rta. 9/5/2014; CNCCC Sala I, “Guerra”, causa CCC45877/2012/TO1/CNC1, reg. 1563/2018, rta. 29/11/2018 y TOCF Nº 5 CABA, “Larrosa Chiazaro”, causa 1320, rta. 26/5/2011.

signo opuesto, el crecimiento puede volverse más relevante y sostenido (período 2016-2019). En algunas ocasiones, incluso, las reformas vienen a cristalizar un clima de época que les precede, al igual que el crecimiento en la tasa de encarcelamiento (período 1996-2003). Todas estas interrelaciones entre el campo penal, social, económico y político necesitan de una mayor profundización a futuro.

Observamos también que algunas reformas pueden resultar sumamente regresivas, aunque con un impacto cuantitativamente menor. La prohibición de libertad condicional para algunos pocos delitos conminados con prisión perpetua y el aumento del máximo de pena hasta cincuenta años de prisión (leyes nº 25.892 y 25.928, en 2004) parecen haber provocado un impacto en el volumen de presos mucho menor que la nueva ley de flagrancia o la reforma de 2017. Su principal efecto, tal vez, resulte en lo inmediato más simbólico y declarativo, cristalizando un clima de época y permitiendo a las autoridades nacionales mostrarse más duros frente al delito. Es que algunas reformas demuestran efectos inmediatos, como la ley de flagrancia, y otras consecuencias mediatas, como la Ley Petri en la prohibición de libertades anticipadas a condenas de cuatro, cinco o seis años de prisión. Un tercer grupo, como la imposición de condenas de hasta cincuenta años o la prohibición de libertades anticipadas en penas largas y perpetuas, parecen impactar cuantitativamente con muchos años de demora.

Señalamos finalmente que para poder avanzar en el análisis de estas interrelaciones entre crecimiento del encarcelamiento y reformas legales y recepciones judiciales regresivas necesitamos mejores estadísticas penitenciarias y mejores esfuerzos de trabajo con las estadísticas disponibles. Un mejor desarrollo de las estadísticas oficiales permitiría ver el movimiento más específico dentro de ciertas variables, como por ejemplo la evolución del tiempo de encierro sufrido por personas condenadas por robo con arma desde las diversas reformas penales y de ejecución penal que han impactado en ese tipo de delito. También nos permitiría observar al interior de categorías hoy imposibles de desagregar, como los homicidios calificados, conociendo qué número de esas condenas son consecuencia de homicidios *criminis causa* o femicidios e identificando para cada sentencia a prisión perpetua cual es el régimen de progresividad de la pena que le corresponde. Sin embargo, incluso con la información producida actualmente por el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) es posible hacer usos más profundos y productivos que el que aquí hemos intentado exploratoriamente. Un análisis más pormenorizado, por caso, nos permitiría trabajar en la comparación interjurisdiccional, observando los impactos de las leyes procesales, de ejecución penal y hábitos judiciales locales e identificando diferentes movimientos en cada provincia pese a una legislación penal común.

BIBLIOGRAFÍA

Alderete Lobo R. 2017. *Reforma de la ley 24.660. El Fin del Derecho de Ejecución Penal en Argentina*, publicado en *El debido proceso penal* Tomo Nº 5 Dirección Ángela Ledesma, Coordinación Mauro Lopardo. Editorial Hammurabi.

Beccaria, C. 2004. *De los Delitos y de las Penas*. Losada.

Bentham, J. 1823 (2004). *Tratados de Legislación Civil y Penal*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Brandáriz, J. 2016. Gran Recesión y cambio de ciclo del expansionismo penitenciario. En G. Anitua, & R. Gual, *Privación de la libertad: Una violenta práctica punitiva* (págs. 157-180). Didot.

Brandáriz, J. 2021. Beyond the austerity-driven hypothesis: Political economic theses on penalty and the recent prison population decline. *European Journal of Criminology*, 349-367.

Brandáriz, J., & Sozzo, M. 2021. Penal changes, crises, and the political economy of punishment. *European Journal of Criminology*, 325- 331.

Buigo, G. 2020. Dilaciones indebidas en la instancia casatoria de los procesos sumarios de flagrancia. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 73-87.

Calzado, M., & Van Den Dooren, S. 2016. ¿Leyes Blumberg? Reclamos sociales de seguridad y reformas penales. *Revista Delito y Sociedad*, 1(27), 97-113.

Cassani, D. 2023. Radiografía de un discurso histórico, selectivo y excluyente. En R. Gual, *La Prisión en el Siglo XXI: diagnósticos, debates y propuestas* (págs. 119- 139). Editores del Sur.

Castro Feijoó, L. 2023. El procedimiento de flagrancia en el ámbito de la justicia nacional en lo criminal y correccional y su abordaje desde la defensa pública. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 1-42.

Darke, S., & Garces, C. 2017. Surviving in the new mass carceral zone. *Prison Service Journal*, 229, 2-9.

Dirección Nacional de Política Criminal (DNPC). 2021. *Informe SNEEP 2021*. DNPC- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Figari R. E. & Herrera H. D. 2017. *Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley Nº 27.375 (B.O: 28/07/2017)*

Obtenido de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/46009-analisis-critico-sobre-reformas-ley-ejecucion-pena-privativa-libertad-introducidas>

Gual, R. 2018. Cambiemos la progresividad de la pena: La contrarreforma conservadora. *Revista Bordes*, 1(4), 209-218.

Gual, R. 2020. Para curar, nada peor que la prisión. Condenas de ejecución condicional y tratamientos intramuros ante consumos problemáticos. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 25, 81-98.

Gutiérrez, M. 2010. Prácticas, discursos, funciones, disfunciones. Herramientas para entrenar la mirada crítica sobre el sistema penal. *Revista Pensamiento Penal*. Obtenido de <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/21719-practicas-discursos-func>

Nicolás, M., & Verde, C. 2018. Más que un perfume: algunas cuestiones problemáticas en el procedimiento previsto por la ley 27.272. *Estudios sobre Jurisprudencia*, 57-124.

Pereyra, D. 2023. El ocaso del principio resocializador. Las consecuencias del art. 56 bis de la Ley 24.660. En R. Gual, *La Prisión en el Siglo XXI: diagnósticos, debates y propuestas* (págs. 167-183). Editores del Sur.

Sozzo, M. 2021. Inequality, welfare and punishment. Comparative notes between the Global North and South. *European Journal of Criminology*, 368- 393.