

La pena de prisión. La prisión permanente revisable. Las penas alternativas.

[Capítulos I al IX]

"La crueldad de una cultura no se debe medir por la cantidad de crímenes que allí se cometen sino por el tipo de castigos que la sociedad impone a los sujetos."

Oscar Wilde.

ÍNDICE GENERAL.

I. Introducción.

II. Félix Romeo.

III. El nuevo Código penal español.

IV. La cadena perpetua.

V. El Estatuto de Roma.

VI. El Código penal argentino. Su reforma.

VII. Derecho penal del enemigo. Derecho penal simbólico.

VIII. La pena de prisión permanente revisable.

IX. El derecho comparado. Cadena perpetua y revisión.

X. ¿Cuál es la pena máxima de prisión divisible en Argentina?

XI. La Ley N° 24660. (Ley N° 26.813). Ejecución de la pena privativa de la libertad.

XII. Las penas alternativas en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina.

XIII. Conclusiones.

I. Introducción.

Desde que tengo uso de razón me inquietó “el castigo”, su absurdo, su imposición, ejecución e injusticia. En la escuela, el “bonete de burro” y “mirar contra la pared” me parecieron penas infamantes; también la penitencia que me imponían en casa. Y tantas otras veces me rebelé frente al orden y a la falta de proporcionalidad entre el error cometido y el escarmiento, pues, me impedía gozar de una libertad condicional tan efímera como disfrutable, que, ahora, en mi presente, siendo un viejo abogado, ya no soporto leer que si “me comporto” como me indican las leyes, lograré mi redención luego de haber penado dos tercios de mi dolor infinito o cumplida por más de quince años la sanción que me impusieron.

En las notas que siguen haré referencia a la pena de prisión, a la cadena perpetua, y a muchas otras vaguedades que quizás poco importen; sin embargo, deberá tener presente el lector que todo lo escrito a continuación es producto de la novedosa y decimonónica “*pena de prisión permanente revisable*” que el nuevo Código penal español instalará en su legislación en los próximos días. “Permanente”, ya de por sí, me parece una palabra absurda desde el momento que la vida no lo es; y “revisable” me provoca inmensas dudas ¿revisable por quién?

Haré un esfuerzo en estas más de cien páginas por demostrar que quien delinque no es un enemigo, sino sólo un pobre ser humano que no pudo ser abogado, médico o verdulero; como enseñó José Ortega y Gasset “*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo.*”. Y entonces, con absoluta convicción lo digo: “si no lo salvo a él [al delincuente] seré yo quien no se salve”.

Jamás he delinquido, más allá de una infracción de tránsito; y tampoco lo he hecho en pensamiento: nunca quise darle muerte a un semejante, ni robarle; no he estafado, falsificado documentos o encubierto a los ladrones; menos aún violado domicilios o mujeres. He sido, sospecho, un “buen padre de familia”. Quizás quien delinquiró también lo fue y, con una pena acorde a la infracción

cometida, vuelva a serlo. La piedad y el beneficio de la duda no se brindan como gracia, se ejercen.

Estos apuntes son extensos, razón por la cual los he dividido en dos partes: la primera que se presenta desde el Capítulo I al IX, y la segunda abarca desde el Capítulo X hasta el ensueño. Espero haber sido contundente.

II. Félix Romeo.

“El escritor Félix Romeo (Zaragoza, 1968) ha fallecido esta mañana de un paro cardíaco en Madrid. El que fuera director del programa cultural La Mandrágora, condenado por insumiso, y autor de una primera novela, Dibujos animados, que irrumpió con la misma fuerza explosiva de su inmensa personalidad, era un hombre inteligente y arrollador que nunca pasó inadvertido para nadie. La noticia de su muerte ha caído hoy como una bomba entre los que le conocieron y trataron y que veían en él a una de las mentes lúcidas de su generación.

Abrumadoramente culto, lector voraz, cinéfilo compulsivo, poeta, articulista, agitador cultural, actor ocasional y uno de los más brillantes ensayistas literarios de los últimos tiempos, Romeo publicó tres libros (Dibujos animados, Discotèque y Amarillo) pero dejó su fértil pensamiento en decenas de artículos, charlas y entrevistas en las que afloraba toda su energía y sabiduría.

Encarcelado durante casi un año por un delito de insumisión -fue condenado a 26 meses de cárcel, de los que la mayoría los cumplió en tercer grado [penitenciario], después de un juicio por negarse a hacer el servicio militar y al servicio social sustitutorio-, Fernando Trueba rodó un cortometraje inspirado en él para el largometraje Lumière et compagnie, que celebraba el nacimiento del cine y en el que participaron, entre otros, David Lynch, Spike Lee, Wim Wenders y Michael Haneke. La salida de Romeo de la cárcel fue la imagen con la que Trueba quiso plasmar su visión de la magia del nacimiento de cine. El rostro de Romeo, su inmensa ternura, le bastaron.” (Diario El País, España, 7 de octubre de 2011).

III. El nuevo Código Penal español.

1.

El 1º de julio de 2015 entrará en vigencia el nuevo Código Penal español (Ley Orgánica 1/2015, del 30 de marzo), que modifica la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, sin perjuicio de los grandes cambios que produjo la anterior reforma (LO 5/2010).

La nueva legislación instituye la denominada “*pena de prisión permanente revisable*”, y a la que los críticos, me incluyo, llamamos, sin eufemismos, “cadena perpetua”.

Como inicio al tema cabe señalar que esa pena será impuesta para los siguientes delitos: (art. 140) “asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie”; (art. 485.1) homicidio del Rey o del Príncipe heredero de la Corona; (art. 572.2) homicidio terrorista; (art. 605.1) homicidio en territorio español de un jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un tratado; (art. 607) homicidio, la agresión sexual o las lesiones graves en el marco de delitos de genocidio; y (art. 607bis) homicidio en el ámbito de los delitos de lesa humanidad.

Algo más que hay que saber: En el reino de España para poder acceder a la “libertad condicional” el penado debe ser calificado “en el tercer grado penitenciario” y lo que ha hecho la reforma, obviamente, más allá de instalar la referida “prisión permanente revisable”, es fijar una serie de “plazos y pautas” que hacen que esa pena, aparentemente no perpetua, se transforme en una prisión vitalicia; de allí sus críticas.

Los cambios al Código penal español ocurren en el artículo 36.1. a y b, que fija un tiempo de cumplimiento, mínimo, de 20 años, si se trata de un homicidio terrorista, o de quince años, en el resto de los casos. Además, en el artículo 70.4, se define a la prisión permanente revisable como pena superior en grado a la de prisión de veinte a treinta años.

Sin embargo no es así, y a medida que se avance en la lectura se verá que con el resto de los artículos los máximos de pena se elevan considerablemente, así como los plazos para arribar al tan deseado “tercer grado penitenciario” y, además, lo más crítico, es que el juzgador, de una manera bastante discrecional, puede no otorgarlo, lo que conlleva, sin dudas, una efectiva y real condena a perpetuidad; es decir, confinando al reo hasta su muerte.

En el artículo 76.1.e, se establece un régimen específico de suspensión de la ejecución y la libertad, disponiendo que el máximo de prisión de cumplimiento efectivo no podrá exceder de 20 años, salvo, mediante remisión a los arts. 92 y 78 bis cuando se trate de un condenado por varios delitos y uno de ellos tenga prevista la prisión permanente revisable.

Por su parte el nuevo artículo 78bis establece, en su inciso primero, el régimen de acceso al tercer grado para esos casos, fijando plazos mínimos de cumplimiento de 18, 20 y 22 años (respectivamente, para casos de imposición de una pena de prisión permanente revisable más penas que excedan de cinco años [18 años], supuestos de una pena de prisión permanente revisable más penas que sumen un total que exceda quince años [20 años] y casos correspondientes a dos o más delitos con prisión permanente revisable [22 años]; en su inciso segundo, determina las pautas para la suspensión de la ejecución del resto de la condena, estableciendo mínimos de cumplimiento de 25 y 30 años según los casos; y en su inciso tercero, fija un régimen más específico para los supuestos de delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales (24 y 32 años, respectivamente, para el tercer grado, y 28 y 35 años, para la suspensión de la ejecución del resto de la condena).

El artículo 92, inciso primero, establece los requisitos para acordar la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, fijando un mínimo de cumplimiento de 25 años, la necesidad de la clasificación en tercer grado, y exigiendo un pronóstico favorable de peligrosidad. Y su inciso segundo, para los casos de delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, ordena el cumplimiento de una serie de actos y conductas, altamente cuestionables; a mi criterio bastante alejados de todo parámetro constitucional y normas internacionales que protegen los derechos de los penados; por ejemplo, la obligación de haber “...*colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado...*”. Es decir, “casi” que se le impone una confesión al inicio de la investigación si luego quiere gozar de la suspensión de la ejecución del resto de la pena que, como se vio, para estos casos no procederá antes de haber transcurrido 28 y 35 años de prisión efectivamente cumplida. En síntesis, un disparate.

Previo a ingresar al análisis de la pena permanente revisable, haré referencia a su codificación. Como se vio supra, los cambios, en lo que aquí interesa, se suceden en los artículos 33, 35, 36, 70.4, 76.1, y 92, más los concretos delitos de la Parte Especial, e incorpora el artículo 78 bis. Véase.

Señala la reforma:

“Veinticuatro. Se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 33, que quedan redactados como sigue:

2. Son penas graves: a) La prisión permanente revisable (...)

Veinticinco. Se modifica el artículo 35, que queda redactado como sigue:

Son penas privativas de libertad la prisión permanente revisable (...)

Veintiséis. Se modifican los apartados 1 y 2 y se introduce un nuevo apartado 3 en el artículo 36, que queda redactado como sigue:

1. La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse:

a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código “[se refiere a los delitos de terrorismo -artículos 571 a 580-]

b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos.

2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:

a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

(...) El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.

3. En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad.

Treinta y tres. Se añade un apartado 4 al artículo 70 con la siguiente redacción:

4. La pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años.

Treinta y cinco. Se introduce una nueva letra e) en el apartado 1 y se modifica el apartado 2 del artículo 76, con la siguiente redacción:

e) Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, se estará a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

Treinta y ocho. Se introduce un nuevo artículo 78 bis, con la siguiente redacción:

1. Cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá del cumplimiento:

a) de un mínimo de dieciocho años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente

revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años.

b) de un mínimo de veinte años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años.

c) de un mínimo de veintidós años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

2. En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido:

a) Un mínimo de veinticinco años de prisión, en los supuestos a los que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Un mínimo de treinta años de prisión en el de la letra c) del apartado anterior.

3. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de veinticuatro años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y dos años de prisión en el de la letra c) del apartado primero.

En estos casos, la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de veintiocho años de prisión, en los supuestos a que se refieren las letras a) y b) del apartado primero, y de treinta y cinco años de prisión en el de la letra b) del apartado primero.

Cincuenta y uno. Se modifica el artículo 92, que queda redactado como sigue:

1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.

b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.

c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social. En el caso de que el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos. El tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.

2. Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, será además necesario que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de

repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

3. La suspensión de la ejecución tendrá una duración de cinco a diez años. El plazo de suspensión y libertad condicional se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Son aplicables las normas contenidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80 y en los artículos 83, 86, 87 y 91. El juez o tribunal, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83, y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas, o el alzamiento de las mismas. Asimismo, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

4. Extinguida la parte de la condena a que se refiere la letra a) del apartado 1 de este artículo o, en su caso, en el artículo 78 bis, el tribunal deberá verificar, al menos cada dos años, el cumplimiento del resto de requisitos de la libertad condicional. El tribunal resolverá también las peticiones de concesión de la libertad condicional del penado, pero podrá fijar un plazo de hasta un año dentro del cual, tras haber sido rechazada una petición, no se dará curso a sus nuevas solicitudes.

El nuevo Código español, publicado en el Boletín Oficial del Estado, el 31 de marzo de 2015, N° 77, Sección I, en su PREÁMBULO, punto II (págs. 27062/3) señala:

“La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable, que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad –asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad– en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos. La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado.

En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social. La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que

compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión. Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido). El Consejo de Estado ha tenido también oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las penas de duración indeterminada –pero revisables–, al informar con relación a la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el que está prevista la posible imposición de una pena de prisión permanente.”.

En el punto V (pág. 27065) se dice:

“La nueva regulación mantiene, sin modificaciones, los supuestos de concesión de libertad condicional de la legislación anterior. Se introducen, sin embargo, tres modificaciones de extraordinaria relevancia ... Y, finalmente, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el tribunal concede la libertad, fija un plazo de «suspensión» de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina –durante este período de suspensión– la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión. Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre veinticinco y treinta y cinco años de condena, el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición

podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes.”.

Por último en el punto X (pág. 27069) se informa:

“La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie. Se revisa la definición de asesinato (no agravado), que pasa a incluir los supuestos en los que se causa la muerte de otro para facilitar la comisión de otro delito o evitar su descubrimiento. Y se amplía el marco penal dentro del cual los tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de varias de las circunstancias que cualifican el asesinato. Estas mismas circunstancias, por coherencia, pasan a ser también circunstancias que cualifican el delito de homicidio. Al tiempo, se ha previsto también la agravación del homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad –cuando son víctimas de este delito en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas– con la finalidad, especialmente, de reforzar la protección de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.”.

2.

No ignoro que la lectura de los artículos “marea” un poco; por esa razón trataré de ser lo más claro posible en sintonía con lo que pretendo expresar en estas notas.

1. El Partido Popular de Mariano Rajoy prometió introducir modificaciones al Código penal, seguramente recordando que a consecuencia del atentado de Atocha, ocurrido el 11 de marzo del año 2004, con más de 1.500 heridos y en el que perdieron la vida 191 personas, su partido (Partido Popular -PP-) perdió las elecciones tres días después a manos del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). El nuevo Código ha sido aprobado, en enero pasado, por el Congreso de

los Diputados y en marzo por el Senado, con la mayoría absoluta del PP y el rechazo de la oposición.

Recordemos que, como fecha límite, el 20 de diciembre de este año 2015 se celebrarán en España las elecciones generales y que, recientemente, en el mes de mayo pasado, su partido se impuso en los comicios regionales por poco más de dos puntos sobre el PSOE a nivel nacional, con un significativo retroceso respecto de los resultados obtenidos hace cuatro años.

2. En consecuencia, no es más que el resultado de un derecho penal simbólico.

3. La pena de prisión permanente revisable es fiel exponente del denominado derecho penal del enemigo.

4. Es misión del derecho penal restaurar el orden quebrantado y proteger a la sociedad; sin embargo, no cumple su finalidad enviando al reo a la cárcel de por vida; y menos aún si tenemos en cuenta lo dispuesto por el artículo 25.2 de la Constitución española que determina: *“Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...”*.

5. En la cárcel de Guantánamo a los detenidos (llamados “combatientes enemigos ilegales” y no “prisioneros de guerra”) no se les aplica la Convención de Ginebra y, además, son retenidos indefinidamente sin juicio y sin presentar cargos contra ellos. Sin embargo, el Estatuto de Roma y este Código plantean una paradoja, pues, si bien serán juzgados por un tribunal, finalmente habrá de imponérseles una pena de prisión a perpetuidad, en el primer caso, de manera tan discrecional que no queda claro cuándo puede ser aplicada, y en el segundo, con infinitas trabas que hace casi imposible que pueda llegar el condenado a ser clasificado en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

6. Es un verdadero retroceso que sucede en el Derecho penal del siglo XXI y al que habrá que estar atentos para que no se ramifique como reguero de pólvora a otras latitudes.

7. El mundo evolucionó al eliminar de sus legislaciones la pena de muerte en todas sus formas (hoguera, horca, fusilamiento, decapitación, garrote, cámara de gas, silla eléctrica, etcétera), y también debería avanzar eliminando la prisión perpetua y, lo que es lo mismo, la pena de prisión permanente revisable.

8. Pero así como es más fácil mirar “la paja en el ojo ajeno que la viga en el propio”, también tengo mis críticas para con el Código Penal de la Nación Argentina, en el que aún se discute cuál es su pena máxima: 25 años, 37 años y seis meses, o 50 años de prisión, y que ha elevado de 20 a 35 años el tiempo de prisión efectiva a fin de obtener la libertad condicional para el caso de prisión perpetua. Similares reparos tengo para con el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Decreto N° 678/2012, aún sin trámite parlamentario) que fija una pena máxima de 30 años de prisión (que no comparto), y a estar a las explicaciones brindadas en la Exposición de Motivos, se hizo emulando al Estatuto de Roma que impone idéntico castigo; pero además continúa con el viejo adagio de permitir la libertad del infractor una vez cumplidos dos tercios de la condena. Aun así, y en honor a la verdad, debo admitir que instaura un régimen de penas alternativas sumamente interesantes, eliminando la condena de ejecución condicional y la libertad condicional. A estos puntos les dedicaré un capítulo aparte.

9. Un país con leyes hipócritas genera una sociedad y un pueblo con idénticas características.

IV. La cadena perpetua.

1.

La Partida VII, Título XXXI, Ley IV dispone “*Carcer enim ad contentos homines non ad puniedos haberit debit*”, es decir, “la cárcel debe ser para guardar los presos no para otro mal”.

Hasta el siglo XVI la cárcel se utilizaba para custodiar a los internos hasta el momento del juicio, pero poco a poco se empieza a considerar el encierro como

pena. Y un claro ejemplo de ello sucede en Inglaterra (1522), en Alemania (1558) y en Holanda (1595).

Fue Beccaria en “De los delitos y de las penas” (1764) quien elabora un novedoso sistema penal, señalando que la pena debe fundarse en los siguientes principios: racionalidad, legalidad, publicidad, igualdad, proporcionalidad de las sanciones y menor severidad.

Casi de manera concomitante, en 1777, John Howard en su obra “El estado de las prisiones de Inglaterra y Gales” describió el lamentable estado de las cárceles europeas, luego de haber visitado prisiones en Francia, España, Italia, Polonia, Rusia y Suecia, entre otras. Así es como indica que las cárceles deben ser higiénicas para evitar enfermedades; debiéndose separar a los condenados a penas más severas de los condenados a penas menores; en su caso, en celdas individuales y, finalmente, promoviendo el trabajo de los internos.

Ya avanzados en el tiempo pero retrocediendo en ideas, el nazismo impulsa la “escuela de Kiel” y se instala el concepto de un derecho penal de autor en lugar de un derecho penal del acto, lo que permite, con fundamento en la peligrosidad del sujeto, llevar a cabo las más aberrantes conductas y castigos contra un ser humano (por ejemplo, la castración y la lobotomía), no resultando ajeno el sistema penitenciario (concretamente, los campos de concentración), al punto de autorizarse los castigos corporales, más allá de la pena de muerte, y todo tipo de vejaciones lamentablemente por todos conocidas.

Y fue precisamente un alemán, Reinhart Maurach (1902-1976) quien inició un camino de cordura alertando acerca de que la pena debe tener como fin resocializar al interno.

Y el camino hacia una concepción de una pena más justa comienza a transitarse a partir del año 1973 cuando se publican las Reglas Mínimas del Consejo de Europa para el tratamiento de reclusos, y, luego, al año siguiente se dicta en Suecia la Ley penitenciaria que, definitivamente, instala el criterio de reinserción del penado, privilegiando los derechos inherentes de toda persona. Dicha ley será

el punto de partida para el resto de las legislaciones europeas como la alemana, española e italiana.

En la República Argentina rigió el Decreto-ley 412/58, ratificado por la Ley 14.467, hasta su derogación en el año 1996 con la sanción de la vigente Ley N° 24.660 “Ejecución de la pena privativa de libertad”, que establece en su artículo 1° *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. El régimen penitenciario deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada.”*. Luego fue modificada, sustancialmente, por la Ley N° 26.813.

2.

La pena de prisión perpetua rige en muchísimos países: Argentina, Venezuela, Perú, Colombia, Chile, Holanda, España, Reino Unido, Austria, Dinamarca, Finlandia, Suecia Alemania, Italia, Francia, Estonia, Canadá, Estados Unidos, Singapur, Tailandia, Japón, Indonesia, Pakistán, Ruanda, China, Filipinas y Australia. Y varios de esos países aceptan la libertad condicional luego de haber transcurrido un plazo de prisión efectiva que oscila entre los 15 y 25 años. En Argentina ese plazo se ha elevado de 20 años a 35 a consecuencia de la reforma del año 2004.

Si las Constituciones del mundo y los tratados y convenciones internacionales señalan que la pena tiene como finalidad la reinserción y la progresividad en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, es ilógico que el derecho interno mantenga la prisión perpetua y su revisión para obtener la libertad condicional más allá de los 15 años. La prisión vitalicia contradice los fines de la pena bajo cualquier teoría que se pretenda aplicar; sea la de prevención general positiva o la prevención especial positiva, sólo se adecua, en su caso, a la teoría de prevención general negativa, o sólo si se la concibe como retribucionista.

De manera sencilla diré que existen dos movimientos en cuanto al concepto de prisión. El abolicionismo que rechaza el encierro y el ius puniendi del Estado por entender que quien delinque lo hace por la situación marginal en que se encuentra a consecuencia de la desigualdad social (Michel Foucault) y el reduccionismo que, por el contrario, afirma que las cárceles son necesarias y reservadas para las personas sumamente peligrosas. Y considerando que la prisión debe operar como última ratio del poder estatal, proponen, en algunos casos, la imposición de penas alternativas.

En cuanto a las teorías acerca de la pena, me referiré a ellas de manera sencilla: Para las teorías absolutas la pena no es más que la que corresponda como justa por el daño causado; es decir, “ojo por ojo diente por diente”.

Para las teorías relativas la pena debe ser útil, y a partir de ese concepto se ramifica en la teoría de la prevención general y prevención especial.

La primera, también se divide en prevención general positiva, en la que encontramos a Günter Jakobs, pregona que el individuo que infringe la ley muestra de una manera peligrosa que la ley no estaría vigente, por lo que le corresponde al Estado condenarlo para dar muestra y ejemplo de que sí o está; y prevención general negativa que considera que el infractor debe ser condenado para intimidar a la sociedad desde que si comete idéntico hecho ilícito sufrirá idénticas consecuencias.

Y la misma división sucede con la prevención especial: la positiva que entiende que la pena sirve para resocializar y readaptar al reo con la finalidad de que no vuelva a delinquir; mientras que la negativa, así como en la teoría general negativa se intimida, pero es este caso no a la sociedad sino directamente al delincuente para que advierte que no le conviene delinquir o volver a delinquir pues esa conducta lo envía a prisión.

Por último, la teoría de la unión postula que la pena debe ser justa y útil y, por tanto, su finalidad es tanto retributiva como de prevención negativa, primero especial y luego general.

Aún sin quedar encasillados en una u otra teoría, queda claro que el Estado no puede castigar, utilizando a la pena de prisión como venganza, sino que su único fin es a reeducación del delincuente y del mejor modo posible con todas las herramientas a su alcance.

Y bajo este concepto nace otro de igual importancia que es la proporcionalidad de la pena, pues se impone al sólo efecto de lograr su readaptación social y rehabilitación personal.

El principio III de los “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección, adoptado por la CIDH en el año 2008, indica que: *“Toda persona tendrá derecho a la libertad personal y a ser protegida contra todo tipo de privación de libertad ilegal o arbitraria”*; y agrega que: *“Por regla general, la privación de libertad de una persona deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario”*.

En definitiva, una pena desproporcionada deviene irrazonable, es decir, injusta, además de inútil. Y es por esa razón que gran parte de la doctrina y muchas legislaciones consideran que una pena superior a quince años de prisión efectiva excede el plazo razonable para resocializar. A partir de ese concepto que, supongo, ya nadie discute seriamente, se comenzó a pensar e idear un sistema de progresividad sobre el tiempo de detención que sufra el recluso a fin de “iniciarlo” en su nuevo camino hacia su readaptación con el mundo exterior; ni más ni menos que obteniendo su liberación de manera anticipada; es decir, cumpliendo lo que le resta de condena en libertad. La mayoría de los sistemas penitenciarios se basan en la denominada “domesticación carcelaria” o se fundan en la conducta que llevó el interno en prisión, como una suerte de “premios y castigos” (régimen que no comparto en absoluto), y no con fundamento en el tiempo que lleva de condena. Y ello obedece a que no se piensa en la inutilidad de una pena de prisión excesiva sino, únicamente, con el criterio que quien cometió un delito mayor debe cumplir una pena mayor debido a su peligrosidad. A mi criterio, un razonamiento anacrónico, si verdad creemos en alguna de las teorías de prevención y no las teorías absolutas.

Si la pena supera los quince años de prisión efectiva resultará poco probable o imposible reincorporarlo a la sociedad, y entonces dejará de ser preventiva para convertirse, lamentablemente, en retributiva, pagando el delincuente con la cárcel su conducta disvaliosa, no advirtiendo la legislación que al momento de obtener su libertad el infractor no saldrá resocializado sino aún peor que cuando ingresó al presidio; es decir, con mayor perjuicio para la sociedad que lo encarceló.

Por esa razón se comenzó a esbozar la idea de la libertad condicional. Su origen nace en Europa a fines del siglo XIX. Se trataba de buscar alternativas a las penas privativas de libertad. Desde que Franz v. Liszt sostuvo que el *“sistema de la pena privativa de la libertad en nuestra legislación imperial es una gran mentira oficial”*, se comenzó a pensar de qué modo podría conseguirse la liberación del condenado sin eludir la ratio legis de la pena de prisión. v. Liszt en Alemania y la escuela positiva en Italia postularon una legitimación del derecho penal sobre la base de la prevención especial.

v. Liszt, en 1882, en su Marburger Universitäts programm consideró que debía renunciarse a las penas privativas de la libertad inferiores a seis semanas, así como a imponer penas cortas privativas de la libertad mediante la condena condicional.

Y estas nuevas ideas se plasmaron en el Anteproyecto alemán de 1909, cuyo artículo 26 introdujo la libertad condicional para las penas de larga duración cuando el condenado hubiera cumplido por lo menos “dos tercios” de la pena impuesta y al menos un año de la misma y cuyo artículo 38 consagró la suspensión condicional de la pena.

El Código italiano (1930), el Suizo (1937) y el Español (1914) también introdujeron los institutos de la condena de ejecución condicional y la libertad condicional.

Una salvedad: más adelante habré de referirme al “maldito” dos tercios que sirvió de base a innumerables legislaciones y que, como se verá infra, lo único que produjo en el tiempo fue un aumento en la pena de prisión de algunos delitos para

lograr que esos “dos tercios” cada vez fueran mayores en el cumplimiento del encarcelamiento efectivo.

Ferrajoli en su obra “Derecho y Razón”, Capítulo 7, “La Pena Cuándo y Cómo Castigar” enseña: *“Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse a corto plazo, a 10 años ... y que una norma constitucional debería sancionar un límite máximo; pongamos 10 años. Una reducción de este género supondría una atenuación no sólo cuantitativa sino también cualitativa de la pena, dado que la idea de retornar a la libertad después de un breve y no tan largo o acaso interminable período, haría sin duda más tolerable y menos alienante la reclusión ... la cadena perpetua puede ser sistemática aunque discrecionalmente reducida a 15 años ... en nombre de los valores de certeza, igualdad, legalidad, aparte del de humanidad de las penas...”*.

Y agrega: *“si entendimos que diez o quince años es el tiempo máximo de reclusión humanamente tolerable ... habremos de sostener que, este límite deberá establecerse por la ley, mediante la supresión de la cadena perpetua y la reducción proporcional de todas las demás penas privativas de libertad ... La libertad -como la vida- es en realidad es un derecho personalísimo inalienable e indisponible y, por consiguiente, ... su privación total debería quedar prohibida...”*.

A su turno, el artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé lo siguiente: *“Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”*.

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en su artículo 5° establece que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes.”*. Y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) dispone en su artículo 8° que *“La Ley sólo debe*

establecer penas estrictas y evidentemente necesarias...”. Pero, además, el artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, complementaria, del 24 de junio de 1793, señala que: “Principio de proporcionalidad (legalidad punitiva). La ley no debe imponer otras penas que aquéllas que son estricta y evidentemente necesarias; las penas deben ser proporcionales a los delitos y útiles a la sociedad.”.

En definitiva, no hay dudas en cuanto a que la prisión perpetua, insisto, entendida la pena bajo alguna de las teorías de la prevención, debe ser considerada como pena cruel y degradante, pues deteriora al individuo que advierte que el resto de sus días los pasará en la cárcel; y, además, debiendo sumársele a esta prisión vitalicia el hecho del estado calamitoso y de hacinamiento en que se encuentran las cárceles, al menos en América Latina.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Lori Berenson vs Perú” (25-11-2004), sostuvo: *“La Corte ha establecido, que el aislamiento prolongado e incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humanos ... el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.”.* Y, también que: *“...los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de éstos derechos de los detenidos.”.*

Con relación a la posibilidad de obtener la libertad condicional para penas de prisión perpetua, vale resaltar que el Código penal alemán dispone en su artículo 57: a. *“El Tribunal remitirá condicionalmente el cumplimiento del resto de una*

pena de privación perpetua de la libertad cuando: 1. Se hayan cumplido quince años de la pena.”.

Y como he referido al inicio, el “maléfico” dos tercios o dos terceras partes de cumplimiento efectivo que debe cumplir el recluso en prisión, sin establecerse de manera expresa, del modo en que sucede en Alemania, que la cadena perpetua debe revisarse, como máximo, a los 15 años, ha conseguido que las legislaciones del mundo, que pretenden mantener al condenado en la cárcel, eleven los montos máximos de sus penas considerablemente para conductas delictuales ya tipificadas en sus códigos, o creen figuras nuevas o agravantes que, sin dudas, de manera encubierta, obligan al reo a permanecer más tiempo en prisión hasta cumplir aquel dos tercios. En definitiva se ha instalado el cumplimiento de esas dos terceras partes para penas temporales de prisión divisibles pero aumentando los máximos de pena, y se han elevado considerablemente la cantidad de años que debe el reo permanecer en prisión para obtener la libertad condicional; por caso en Argentina y ahora en España, el tope es de 35 años.

Un verdadero disparate.

V. El Estatuto de Roma.

La Corte Penal Internacional fue creada por iniciativa de la ONU el 17 de julio de 1998 mediante el Estatuto de Roma, y su vigencia data del 1 de julio de 2002.

En la actualidad son 122 países los que han ratificado el Estatuto: 34 africanos, 18 de la región Asia Pacífico, 18 de Europa Oriental, 27 Latinoamericanos y del Caribe y 25 de Europa Occidental y otros Estados.

En el Reino de España se autorizó su ratificación por Ley Orgánica N° 6/2000 y fue ratificado el 19 de octubre del año 2000. Por su parte, en la República Argentina se aprobó mediante la Ley N° 25390 y se ratificó el 16 de enero de 2001; a su vez, la Ley N° 26.200 implementó el Estatuto de Roma y regula las relaciones de cooperación entre el Estado Argentino y la Corte Penal Internacional.

La Corte Penal Internacional, con sede en La Haya, se financia, principalmente, a través de los Estados miembros, pero también con aportes voluntarios; y es competente para enjuiciar a personas físicas por los crímenes más graves, de trascendencia para la comunidad internacional, como se verá infra, tales como los crímenes de guerra, genocidio, crímenes de lesa humanidad y el crimen de agresión. Cabe agregar que en la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma celebrada en Kampala (Uganda) en el año 2010, fueron adoptadas por consenso dos enmiendas que amplían la definición de los crímenes de guerra y tipifican el crimen de agresión, definiéndolo y estableciendo las condiciones de ejercicio de la jurisdicción de la Corte respecto del mismo. La nueva definición del crimen de agresión establece que una persona comete dicho crimen “cuando, estando en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado, planifica, prepara, inicia o realiza un acto de agresión que por sus características, gravedad y escala constituya una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.

En sus años de existencia, la Corte Penal Internacional no ha hecho demasiado; hasta la fecha ha dictado 26 órdenes de arresto y en la actualidad la Oficina del Fiscal desarrolla 8 investigaciones principales y 8 exámenes preliminares. 5 casos están en fase judicial y 2 en fase de apelación. Sin embargo, ha dictado un único fallo: el 10 de julio de 2012, la Corte dictó sentencia condenatoria, imponiendo a Thomas Lubanga una pena de 14 años de prisión por el reclutamiento y utilización de niños soldado en la región de Ituri (República Democrática del Congo) entre septiembre de 2002 y agosto de 2003. Aún no se encuentra firme.

Sentado ello, me referiré al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece en su artículo 5 cuáles son los crímenes de competencia de la Corte, e indica que “...se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto (...)

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;

- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

A su turno, el artículo 77 sostiene, acerca de las penas aplicables que: “1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Y su artículo 78 establece: “Imposición de la pena ... 3. Cuando una persona haya sido declarada culpable de más de un crimen, la Corte impondrá una pena para cada uno de ellos y una pena común en la que se especifique la duración total de la reclusión. La pena no será inferior a la más alta de cada una de las penas impuestas y no excederá de 30 años de reclusión o de una pena de reclusión a perpetuidad de conformidad con el párrafo 1 b) del artículo 77.”.

Se advierte fácilmente, el Estatuto de Roma no fija penas determinadas con mínimos y máximos para cada delito, como ocurre con la mayoría de las legislaciones penales de cada país. En definitiva, establece los tipos penales por un lado (artículos 6, 7, 8 y 70) y las penas generales aplicables por el otro (artículo 77), por lo que, sin dudas, transgrede el principio de legalidad de la pena que exige su determinación de manera cierta y precisa para cada delito en particular. Es que el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* impone que tanto el delito como la pena deben estar determinados por ley previa, escrita, estricta, y cierta, y de allí deriva, entre otros, el principio de la irretroactividad de la ley penal y el mandato de certeza. Sostener que el Estatuto de Roma cumple con esos principios es falaz, pues, aunque fija las penas será la Corte Penal Internacional que habrá de imponerlas de manera absolutamente discrecional; inclusive la reclusión a perpetuidad, sin más obstáculos que fundándola en “la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado”.

Y esas facultades casi ilimitadas que se le otorgaron a la Corte tienen su razón de ser porque si bien no se incluyó la pena de muerte, por entender que con ella algunos países podrían haber planteado sus reparos al momento de la firma y ratificación del Estatuto, si aquellos Estados no tienen prevista esa pena capital en su derecho interno, se le otorgó “a cambio” esa discrecionalidad.

De todos modos también las críticas sobre el Estatuto de Roma se fundan en la inclusión de la pena de reclusión a perpetuidad por resultar violatoria del Derecho internacional que podría considerarla “trato inhumano”, de conformidad con lo estatuido por la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984.

No debe olvidarse que el artículo 5, apartado 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que : “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”; y, el artículo 10, apartado 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación”.

En definitiva, no sólo aparece como excesiva la posibilidad de dejar en manos de la Corte la decisión sobre la determinación de la pena para cada caso, sino, además, que fije un plazo máximo de 30 años de prisión. Esa cantidad de años, en mi opinión, conforme lo indiqué supra, es excesiva, como lo es la establecida en nuestro Código Penal de la Nación Argentina y en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, elaborado por la Comisión, creada por Decreto N ° 678/2012, del 7 de mayo de 2012, pero a este tema le dedicaré un capítulo en particular.

Lo cierto es que el Estatuto de Roma fija una pena máxima de prisión de 30 años, y pese a que el Reino de España lo ha ratificado, su nuevo Código penal instaura penas superiores, como se vio, de 35 años, conforme lo estatuido en su artículo 78bis, inciso 3, in fine. Y, además, “imitando” su displicencia a los principios a los

que me he referido párrafos arriba (artículo 77 del Estatuto), ahora incluye la pena de prisión permanente revisable.

También resulta criticable lo dispuesto en el artículo 110 del Estatuto que dispone en sus punto 1 y 2 que el recluso no será puesto en libertad antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte; y que sólo ella podrá decidir la reducción de pena. Y su punto 3 establece que de todos modos el recluso debe haber cumplido “las dos terceras partes de la pena” o 25 años de prisión en caso de la cadena perpetua (sobre este aspecto habré de referirme en otro Capítulo).

En síntesis, pese a que en el mundo entero la legislación interna, así como la internacional, tratan de erradicar la pena de prisión perpetua, tanto el Estatuto de Roma como el nuevo Código penal español, la incluyen sin demasiadas explicaciones, y, aún peor, sin demasiadas precisiones, y con amplísimas facultades discrecionales para el juzgador.

VI. El Código penal argentino. Su reforma.

1.

En la República Argentina, en el año 1890 el Poder Ejecutivo comisionó a Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y Nicolás Matienzo para proyectar un nuevo Código Penal. Fue presentado al año siguiente, pero sólo obtuvo dictamen favorable en la Cámara de Diputados. Pero resulta interesante su mención en razón de que introdujo la condena condicional. Su importancia quedó evidenciada en que los trabajos posteriores con elaboraciones construidas sobre él, incluyen la reforma sancionada bajo el número de Ley N° 4189 que comenzó a regir en el año 1904 e instaló la libertad condicional. Posteriormente, se creó una nueva Comisión y así se forjó el proyecto de 1906 que tampoco tuvo despacho favorable pero sirvió como base (1917) para el nuevo proyecto a instancias del diputado Rodolfo Moreno (h), y luego de algunas “idas y vueltas” el 30 de septiembre de 1921 se sancionó la Ley N° 11.179. A partir de entonces se incorporan los

institutos de la libertad condicional (artículo 13) y la condena de ejecución condicional (artículo 26).

En el Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del 21 de agosto de 1917 (49a REUNIÓN - 31 SESIÓN ORDINARIA), en su página 46 se lee: *“Libertad condicional. La ley vigente atribuye al condenado, el derecho de pedir gracia cuando ha cumplido los dos tercios de la pena de presidio penitenciaría por tiempo determinado o cuando ha cumplido quince años en las condenas a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado. La condición de la gracia estriba en el hecho de haber dado muestras de una reforma positiva en el último tercio del tiempo o en los últimos ocho años, según el caso. En la práctica se ha entendido que la buena conducta del penado hace suponer la reforma positiva. El sistema dominante, tiene diversos inconvenientes. Desde luego, no se extiende nada más que a los condenados a presidio o penitenciaría, lo que trae una notoria injusticia, pues un condenado a tres años de prisión, por ejemplo, no puede solicitar la gracia y debe cumplir los tres años, y un autor de delito más grave y castigado por igual tiempo de penitenciaría, puede libertarse después de cumplir dos años. El término gracia está mal empleado, porque si fuera una gracia, no sería un derecho, y la ley a pesar de usar esa palabra supone el derecho diciendo que se tendrá el derecho a la gracia. La sociedad, cuando reduce una pena porque el condenado tuvo irreprochable conducta, lo supone regenerado y en condiciones de ser devuelto a la misma. Pero eso es sólo un supuesto, que puede ser desautorizado por los hechos. No debe, entonces, desprenderse de toda facultad quien otorga el beneficio. Debe, por el contrario, reservarse la posibilidad de revocar la libertad concedida, cuando el penado cometiere un nuevo delito o se sustrajere al contralor que supone la residencia. Aceptamos por todo esto, la terminología del proyecto y la institución tal como la reglamenta el mismo, estableciendo la libertad condicional para los penados que han cumplido determinada parte de su pena de encierro. Desde luego, para poder usar de la libertad condicional, es necesario que la condena sea a tiempo mayor de tres*

años, lo que no importa una incongruencia ni una contradicción con las observaciones hechas antes, desde el momento que para el condenado a menos tiempo cabe la condena condicional, la que sólo no procede para los reincidentes y para los sujetos a quienes no convenga aplicarla a juicio del tribunal.”.

Repasada la historia, el vigente Código Penal establece en su artículo 13 que podrá obtener la libertad por resolución judicial *"el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión, por tres años o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión"*.

Entonces “arrastramos” como una verdad absoluta que la libertad condicional habrá de adquirirse una vez cumplidos dos tercios de la condena, porque en el Código penal de 1904 así se dispuso, sin advertir, 111 años después, que el máximo para las penas de prisión divisible han aumentado considerablemente, con topes de hasta 40 años ó 50 años, y que, además, existe un hacinamiento carcelario que en modo alguno readapta ni resocializa y aún peor, cuando innumerables estudios han demostrado que el encarcelamiento por más de 15 años provoca una curva descendente en el condenado que lejos de reencausarlo lo pervierte. Sin embargo, todas las legislaciones siguen manteniendo el maléfico dos tercios; quizás, algún día dejemos de rendirle tanta pleitesía al derecho penal europeo, podamos cortar su cordón umbilical y legislemos penalmente para nuestros habitantes, nuestra idiosincrasia, nuestras infracciones, nuestra problemática, nuestras cárceles y su hacinamiento, nuestros derechos y nuestra férreas convicciones, Tal vez ese día nos animemos a pensar que probablemente en lugar de dos tercios, la mitad resulte mejor para víctimas y victimarios. El Anteproyecto del Código Penal de la Nación Argentina ha avanzado significativamente en este sentido eliminado la condena de ejecución condicional y la libertad condicional, proponiendo penas alternativas; sin embargo, para poder

acceder a ellas se mantienen los dos tercios para penas mayores de 10 diez años, es decir que si fue condenado a 30 años (pena máxima estipulada) recién podrá salir a los 20 años cuando como se ha visto más de 15 es un error; por esa razón una política criminal integral hubiera optado en su caso por una pena máxima de 30 pero con libertad a la mitad de su efectivo cumplimiento, es decir a los 15. Y así lo dispone la reforma para penas que no superen los 10 años, pero no para las mayores. Los autores del Anteproyecto no pudieron superar la historia, ya que fijaron como pena máxima los 30 años, en concordancia con el Estatuto de Roma.

Refiere el Anteproyecto en su artículo 21: “...1. *La pena de prisión consiste en la privación de la libertad ambulatoria del condenado, en establecimientos adecuados destinados al efecto. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de treinta años.*”.

E indica en su Exposición de Motivos: “*De la pena de prisión ... El primer inciso de este artículo expresa que la prisión es una pena que se limita a la libertad ambulatoria del condenado, lo que implica que no compromete otros derechos que no sean necesariamente inherentes o consecuencia inevitable de esa limitación o se hallen expresamente señalados como otras penas. Está generalmente admitido que no tiene sentido una pena menor de seis meses, pues su efecto sobre la conducta posterior del penado es por regla general negativo. En cuanto al máximo de la pena, se fija en treinta años, lo que equivale a la tradicional pena llamada perpetua, pues se podía solicitar la libertad condicional a los veinte años de cumplimiento en encierro o ... La denominación de perpetua, cuando nunca lo ha sido en sentido estricto, ha aparejado incluso problemas de responsabilidad del Estado en la jurisdicción internacional. Se vuelve a lo límites tradicionales de la pena de prisión, alterados por las reformas inconsultas sancionadas bajo la presión de una campaña mediática sin precedentes y que ha traído difíciles problemas, hasta hoy mal resueltos por la jurisprudencia. Cabe*

advertir que bien puede entenderse que en el presente se han recuperado esos límites por vía de una ley más benigna, que es la de implementación del Estatuto de Roma (ley 26.200, promulgada el 5 de enero de 2007), posterior a la reforma del artículo 55 del CP y a los otros de la parte especial, que en alguna interpretación judicial —aprovechando la ligereza del legislador— había dado lugar a otros cálculos de máximo ... cabe entender que la citada ley 26.200, al prever como pena del genocidio la de prisión de treinta años, ha impuesto un nuevo máximo, dado que es imposible imaginar un crimen de mayor contenido ilícito que éste ... Con esta disposición, pese a ser escueta, se eliminarían definitivamente todas las mencionadas dificultades de interpretación y se archivaría el resto de instituciones que son hoy anticuadas...”.

Y con relación a los “famosos” dos tercios para obtener la libertad condicional, conforme surge del artículo 110 del Estatuto de Roma (dispone que para que opere la reducción de la pena el recluso debe haber cumplido “las dos terceras partes de la pena” o 25 años de prisión en caso de la cadena perpetua), así como también de nuestro Código Penal de 1921 y sus antecesores, y del anteproyecto alemán de 1909, se siguió una “regla general” ya superada; sin embargo, en el citado Anteproyecto, su artículo 31 dispone: “Reemplazo de la pena de prisión ... 4. La pena de prisión mayor de diez años se podrá reemplazar después de cumplidos los dos tercios de su duración.”.

Y en su escueta Exposición de Motivos aclara que *“El inciso 4º trata de las penas graves, o sea, las mayores de diez años, donde la ‘regla general’ que se propone es la prohibición de reemplazo hasta el cumplimiento efectivo de los dos tercios en prisión.”* (el entrecomillado es propio).

Y cita como antecedentes, como se vio más arriba, para así proponer su “nueva” redacción, el Código de 1886, textualmente “derecho a pedir gracia para los condenados a presidio o penitenciaría por tiempo indeterminado, luego de quince años de condena si en los últimos ocho hubiesen dado pruebas de reforma positiva; para los condenados por tiempo determinado, después de las dos

terceras partes de su condena si durante la última tercera parte de ella hubiesen dado pruebas de una reforma positiva”; los Proyectos de 1906 y 1917 y, finalmente, en Código de 1921.

Un código “moderno” no puede fijar una pena de prisión de 30 años, o sí, pero lo que no se asocia a un derecho penal moderno o a una política criminal joven e innovadora, es el imperio de, con base en esos 30 años, cumplir dos terceras partes de la pena (es decir, 20 años) para poder obtener la libertad condicional o gozar de una pena alternativa a la prisión. No hay dudas de que los integrantes de la Comisión decidieron “someterse” a lo prescripto por el Estatuto de Roma que data del año 1998; sin haber comprendido que han pasado 17 años desde su rúbrica, casi como los dos tercios o las dos terceras partes que le exigen ahora al condenado para obtener su libertad.

Hay veces en que hay que dar un salto en la historia, y aunque más no sea de guapo, mostrar un nuevo camino hacia un derecho penal aún más humano, más allá de pensar en penas alternativas de prisión que también, como se vio, se pregonan desde antaño.

Gravísimo error.

2.

Mario Alberto Juliano Director de la Asociación Pensamiento Penal, habló con “Infojus Noticias” y explicó por qué la cadena perpetua es inconstitucional. El juez de la ciudad de Necochea cuestionó las últimas reformas al Código Penal que convierten en “indefinida” a la perpetua.

“En la Argentina hoy la prisión perpetua es una pena de muerte encubierta”, dijo Juliano. Hasta 2004 un preso podía obtener la libertad condicional después de cumplir 20 años preso, ahora tiene que esperar a cumplir 35 años detenido como mínimo. *“En el orden técnico la perpetuidad en la Argentina nunca había sido discutida porque incluía un agotamiento razonable. Hasta la incursión de Juan Carlos Blumberg en la política criminal, en el año 2004, que se logró la reforma*

del Código Penal y se extendió el período para poder aspirar a una libertad condicional en el caso de estar condenado a perpetua”.

El Dr. Mario Alberto Juliano, integrante del Tribunal en lo Criminal N° 1 de la ciudad de Necochea, provincia de Buenos Aires, el 13 de mayo de 2013, en la causa N° TC N° 4850-0039, seguida con Daniel Etcheverry y otros por homicidio calificado (artículo 80, inciso 6°, del Código penal), lesiones graves y robo, votó, y así se resolvió, la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua. Transcribo sus fundamentos:

“...El acusador solicitó que al momento de dictar sentencia se impusiera a los imputados la pena de prisión perpetua, de acuerdo a lo establecido por el artículo 80.6 del Código Penal. Debo discrepar en este caso con la colega que redactó el primer voto en cuanto a la viabilidad legal de su imposición y reiterar mi opinión adversa a la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, en general para todos los casos y en particular para el que llega a nuestro conocimiento. 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 las 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 ... El señor Agente Fiscal en su alegato de cierre ponderó la pena de prisión perpetua como una sanción acorde a los estándares constitucionales y convencionales. Básicamente sostuvo que al encontrarse prevista la posibilidad de libertad condicional del condenado a los treinta y cinco años de encierro, la pena es finita, y como tal, no es verdaderamente perpetua, lo que en definitiva es el principal argumento legitimador de esta clase de pena. Discrepo con este razonamiento. 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 aplicación de la pena al caso concreto no podrá hacerse prescindiendo de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, culpabilidad, prohibición de exceso y mínima suficiencia, que son los principios rectores que informan el mecanismo de individualización de la pena. Los imputados son sujetos marginados de la sociedad y se advierte que, sin que esto implique una justificación, el modo de dirimir conflictos que los ha llevado a estar imputados actualmente por homicidio, forma parte de su modelo de vida. Esta situación no sólo ha colaborado en el desenlace fatal del caso, sino que también se presenta como un claro indicador del modo en el que la sociedad se relaciona con los sujetos que se encuentran en

la periferia o fuera de la misma. El sujeto excluido sólo es tenido en consideración por el sistema cuando ha quebrantado la ley. Ni antes importó (programas de inclusión social), ni después importará (etapa de ejecución de la pena). Ignorar esas circunstancias reductoras de la esfera de culpabilidad implicaría actuar de modo irreflexivo a la hora de individualizar la pena aplicable, estandarizando la reacción punitiva frente al delito. Pero fundamentalmente, si se impusiese la pena de prisión perpetua a los señores Etcheverry (de 56 años de edad), Varela (de 40 años) y González (de 36 años), recién se encontrarían en condiciones de acceder a la libertad condicional, de reunir los requisitos previstos por el artículo 13, cuando cuenten con 91, 75 y 71 años de edad, respectivamente. La edad que tendrán los imputados cuando se encuentren ante la posibilidad (potencial e hipotética) de solicitar la libertad condicional, supera las expectativas de vida de nuestro país, que es de aproximadamente 75 años. Expectativa que habrá de verse notoriamente reducida por las condiciones de vida a que deberán verse sometidos en el sistema penitenciario, que no se caracteriza por garantizar estándares razonables de resguardo de las condiciones de alojamiento y preservación de la salud. Puntualmente, en el caso de Etcheverry, es evidente que la imposición de una pena de prisión perpetua, aún cuando pueda recuperar la libertad luego de 35 años de encierro, importa agotar su expectativa de vida en la cárcel, por lo que se trata de un equivalente a la pena de muerte, que ha sido expresamente derogada de nuestro ordenamiento jurídico (ley 26.394), pena que, como es sabido, no puede ser restablecida. 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. Llegada la hora de individualizar la pena aplicable al caso concreto, considero que debe tomarse en

consideración la escala prevista para el tipo penal básico (artículo 79), por tener una referencia directa con el caso en juzgamiento y contar con un margen de amplitud suficiente para valorar la sanción aplicable. Consecuentemente, propicio que al momento de dictar la sentencia se decrete la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua prevista por el artículo 80.6 del Código Penal y que se condene a los señores Varela y González a la pena de dieciséis años de prisión como coautores del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas y a Etcheverry a la pena de dieciséis años y seis meses como coautor del delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas en concurso real con el delito de lesiones culposas, penas que considero proporcionadas con la gravedad del hecho enjuiciado y con las condiciones personales de los acusados (artículos 18 y 19 de la Constitución nacional, 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).•Así lo voto por ser ello mi lógica, razonada y sincera convicción (arts. 375 inc. 2º y 373 del C.P.P.)”.

Su colega, el Dr. Ernesto Juliano votó en idéntico sentido.

Y se resolvió: “... I. **DECLARAR** la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua en el caso concreto, prevista para el delito de homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o más personas, estipulado en el artículo 80 inciso 6 del Código Penal ... (artículos 18 y 19 de la Constitución nacional, 5 y 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).”.

Cabe agregar que, finalmente, los tres acusados fueron condenados a la pena dieciséis años de prisión, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio calificado por haberse cometido con el concurso premeditado de dos o más personas (artículo 80, inciso 6, del Código Penal de la Nación Argentina).

Corolario: si se aplican las Convenciones y Pactos internaciones vigentes, más (hago propias las palabras del magistrado) la “lógica razonada y sincera

convicción”, debe abolirse la pena de prisión perpetua y, en su caso, su revisión debe ocurrir a los quince años como máximo.

VII. Derecho penal del enemigo. Derecho penal simbólico.

1.

El derecho penal del enemigo. Señalé en otra nota: “Günther Jakobs, reconocido catedrático alemán, entiende que el derecho penal del enemigo es un fenómeno que se da en todos los ordenamientos jurídicos de los países occidentales, y consiste en sancionar la conducta de un sujeto peligroso en una etapa muy anterior a un acto delictivo (ni siquiera con inicio de la ejecución) sin esperar una lesión posterior tardía al bien jurídico. Se sancionan la conducta y la "peligrosidad" del sujeto, y no sus actos. Por supuesto que, además, se restringen garantías constitucionales.

A su turno, contrario a esta postura, el prestigioso jurista español, Francisco Muñoz Conde señala que “El problema principal que plantea este derecho penal y procesal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del Estado de derecho, porque ¿dónde están las diferencias entre ciudadano y enemigo?, ¿quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?”. (“¿Hacia un derecho penal del enemigo?”; publicado en el Diario “El País” el 15 de enero de 2003). Obviamente el Dr. Eugenio Zaffaroni, también crítico de este modelo de derecho, lo considera propio de regímenes autoritarios, en sus palabras: “de un autoritarismo cool”, en tanto afirma que este tipo de política represiva es superficial, que atiende a la moda, y que se usa de manera distraída sin asumir una convicción profunda.”.

Y agregué que:

“La noción de sancionar al sujeto por su “peligrosidad”, data casi de tiempos inmemorables; por citar sólo algunos, Garófalo (1880), Ferri (1884), Grispigni (1920), y Florián (1929), mantuvieron ese pensamiento, es decir, castigar sin acto,

sin la comisión previa de un delito, simplemente con base en un juicio de valor arbitrario y subjetivo, violatorio, por cierto, de las garantías constitucionales mínimas que requiere cualquier proceso penal. En modo alguno puede pensarse a un individuo por lo que es; sin embargo el denominado derecho penal de autor lo justifica, en contraposición al derecho penal de acto. Habrá que estar alerta, porque aun habiendo pasado más de cien años, en la actualidad, en pleno siglo XXI, existen quienes pretenden reflatar esos rudimentarios conceptos; y muchos de nosotros sospechamos acerca de sus móviles y segundas intenciones. A mi entender, insistir en la “peligrosidad” del sujeto no es más que una infidelidad al principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), precisamente, porque este último supone, como requisito ineludible, la preexistencia de un accionar ilícito. Un derecho penal que estigmatiza, en este caso al "peligroso", es un derecho penal pervertido, antidemocrático, vejatorio de los derechos humanos, contrario al Estatuto de Roma (1998) y, fundamentalmente, anacrónico, es decir, incongruente al procurar presentar al derecho penal del enemigo como un avance, a consecuencia de una época violenta, cuando, en realidad, lo único que logran sus postulados es atrasar siglos en la concepción clásica del derecho penal y su génesis.”.

Voy a definir a Günter Jackobs, con sus propias palabras:

“-Si sólo se considera a un individuo como enemigo, eso no justifica la existencia de la tortura. El problema de la tortura es especialmente complejo, y no es algo que pueda exponer en forma exhaustiva en este momento. El problema sobre la tortura no se agota con la distinción entre ciudadano y enemigo, sino que los mayores problemas surgen cuando al sujeto le compete un deber jurídico para expresar una opinión en un determinado caso. Por ejemplo: cuando un cómplice de un delito se niega a declarar y de esa declaración depende la vida de alguien, se plantea la cuestión sobre si puede conminarse al sujeto de manera enérgica, dentro de ciertas garantías, a que cumpla con su deber. En Alemania hubo un caso de una persona que sabía dónde estaba secuestrado el hijo de un famoso

banquero. Un policía lo torturó para que confesara, y confesó. En consecuencia, el niño fue hallado, pero el policía fue condenado. ¿Qué puede pensarse de este resultado?”.

Parece olvidar el prestigioso jurista alemán las previsiones del III Convenio de Ginebra (1949) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, concretamente, su artículo 17 referido al interrogatorio del prisionero en cautiverio. En fin.

El derecho penal del enemigo nació a mediados de la década de los '80 como resultado de dos corrientes predominantes en el mundo: el derecho penal simbólico, es decir, legislar “para la tribuna” y el punitivismo, esto es, intimidar a la población incrementando las penas.

Como se vio, este “nuevo” derecho penal trata a los delincuentes como enemigos y de esa forma deben ser tratados frente a un derecho penal del ciudadano que goza de todas las garantías; y plantea la dicotomía social en donde los “buenos” son protegidos por el “sistema” frente a los “malos” que deben ser castigados sin piedad. Se los castiga por su “peligrosidad” futura, por meros actos preparatorios, menos se diferencia la tentativa del hecho consumado, y, en definitiva, se funda en el vetusto derecho penal de autor.

Los enemigos por estar excluidos de la sociedad no merecen su protección ni la aplicación del sistema jurídico vigente. Pero lo más grave, como ocurre con la pena de prisión permanente revisable es que se instala en la legislación, en los cimientos de un Estado de derecho y, poco a poco, avanza, de manera concomitante y cómplice con los medios de comunicación y sectores reaccionarios de la sociedad a los que les molesta por igual el delincuente y el mendigo, en pocas palabras; el pobre, el marginal, el loco, el diferente (a ellos), entre muchos otros.

Y entonces parecería que bajo la forma encubierta de protección al condenado, con todas las garantías que merece quien ha delinquido e impuesto la pena de prisión perpetua, con posibilidad cierta de obtener su libertad condicional, bajo el subterfugio de una pena “revisable” que, aparentemente, no contradice los

preceptos de la CIDH, se encadena de por vida al sujeto, pues, jamás logrará arribar al estado del tercer grado penitenciario.

Veamos algunos conceptos del derecho penal del enemigo que, al decir de Jakobs, se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, provoca un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, se castiga el hecho futuro: su peligrosidad y no el hecho pasado que es el delito cometido. Ni más ni menos que se criminalizan conductas que tienen lugar en un ámbito previo a la comisión de cualquier hecho delictivo, sea por pertenecer (o no) a una organización criminal y, quizás, hasta por su nacionalidad.

En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: precisamente porque se castiga su peligrosidad sin tener en cuenta la escala penal que rige para cada delito y, como se vio, sin distinción entre actos preparatorios, tentados o consumados, pues, en todos los casos rigen la misma especie y graduación de pena.

En tercer lugar, determinadas garantías procesales son menoscabadas e incluso suprimidas. Obviamente, no rige la presunción de inocencia, y menos aún las mínimas garantías en los que hace a los procedimientos legales para la obtención de la prueba, como así tampoco los plazos máximos para la detención policial y la prisión preventiva. Con referencia a la posibilidad de utilizar la tortura me he referido supra al citar al profesor alemán.

Pero, si no alcanzara con todas estas transgresiones, además, en lo que aquí interesa, se agravan las condiciones de detención, así como los regímenes y requisitos para calificar a los detenidos a fin de obtener la libertad condicional. Los beneficios carcelarios son inexistentes. Y todo ello sucede con la pena de prisión permanente revisable.

En definitiva, el derecho penal del enemigo no es, como algunos los denominan, un “derecho de excepción” y ni siquiera corresponde ser aplicado en casos de guerra; sin embargo avanza velozmente en el pensamiento de muchísimos

juristas, se instala en la doctrina y ahora se instaura en el nuevo Código penal español.

Finalizo este apartado con palabras de Francisco Muñoz Conde que, con maestría, en su obra “De nuevo sobre el derecho penal del enemigo”, señala:

“Pero permítaseme una pregunta: ¿Qué pasaría si después de convertirse este Derecho penal del enemigo en realidad habitual y corriente en nuestras democracias, siguen cometiéndose o incluso se incrementan las acciones terroristas y las respuestas también terroristas del Estado a las mismas? ¿Se reintroducirá la tortura como medio de investigación? ¿Se abrirán campos de concentración para los enemigos? ¿Se admitirá la detención policial, sin intervención judicial? ¿Se generalizará la aplicación de la pena de muerte y se encargarán de ello Tribunales militares de excepción?

(...) La tarea del jurista, del político y del intelectual en el Estado de Derecho, y de la sociedad en su conjunto es, pues, la definición y catalogación de unos derechos humanos fundamentales que no puedan ser vulnerados en ningún caso y bajo ninguna circunstancia ... Despreciar o ignorar estos controles o filtros, internos y/o internacionales, que como último bastión se pueden utilizar para sancionar esos abusos, es tanto como legitimarlos y dejar la puerta abierta a la ley del más fuerte, que declare como enemigo a todo el que, por las razones que sean, considere contrario a sus intereses, sea éste el judío, el musulmán, el serbio, el comunista, el tutsi, el chiita, el terrorista, o simplemente el vecino que discute la propiedad de un pedazo de tierra, o tiene una ideología o religión distintas, o pertenece a otra etnia, con distinto color de piel.”.

2.

El derecho penal simbólico. Según Jakobs quienes critican al derecho penal simbólico lo hacen sosteniendo que los políticos con el aumento de penas sólo persiguen un único objetivo: llevar un mensaje tranquilizador a la sociedad demostrando que el legislador está atento a los males que la aquejan y decidido a combatirlos.

Por supuesto que para él " en realidad el término derecho penal simbólico no hace referencia a un número bien definido de infracciones penales caracterizadas por su inaplicación por la falta de incidencia real en la solución en términos instrumentales, sino que identifica la especial importancia política otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas.”.

Pero no le asiste razón, porque *“Frente a esta valoración positiva de la función simbólica del Derecho Penal, surge una corriente crítica mayoritaria representada entre otros por Hassemer, Baratta, Melossi y Silva, quienes destacan como problema fundamental que se viene produciendo últimamente un predominio de los efectos simbólicos en las leyes, por lo que no cumplen su función instrumental de protección de bienes jurídicos a través de la prevención, pues se limita a una función retórica o simbólica que en la mente de los políticos equivale a haber hecho algo y en los ciudadanos la sensación de tener bajo control el problema. De esta forma de acuerdo, la legislación simbólica se manifiesta en la creación de tipos nuevos o aumento de penas existentes, cuando los anteriores eran suficientes o cuando los nuevos no ofrecen perspectivas sustanciales de mejora o se traslada al Código Penal una norma ya existente en la legislación especial -o viceversa diríamos nosotros- solo por el mayor efecto retórico que tiene.”* (Función Simbólica del Derecho Penal y Delitos Relativos a la Manipulación Genética, en Cerezo, Mir & Serrano. A (Comp.) Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, España, 2001, Lerko Print S.A.).

Como se ve, el endurecimiento de las penas, la introducción de nuevas conductas criminales y la inflexibilidad de las pautas para obtener la libertad condicional, provocadas “a tontas y a locas” no producen otra cosa que un inmenso desfasaje en el ordenamiento punitivo de un país. Y lo que lo hace simbólico es que su normativa jamás responde de modo eficiente o de manera efectiva frente a lo que se pretende combatir, ni más ni menos, porque sus leyes no evolucionan hacia un mejor derecho penal o procesal penal, sino que, por el contrario, retroceden. La

conmoción pública, la sed de venganza no se apacigua con la imposición de tres, siete o veinte cadenas perpetuas acumulables, en su caso, porque el reo o integrante de una organización criminal no se amilana frente a la existencia de una pena más severa.

Lo cierto es que la sensación de inseguridad que reina en el mundo sin dudas es manipulada a través de los diarios, la radio y la televisión, y no siempre se condice con la realidad, sino más bien con ciertos intereses oscuros que pretenden generar temor en la sociedad con la finalidad de que sea ésta la que le reclame a sus gobernantes la tipificación de nuevos delitos y severidad en sus penas. Y frente a este “populismo punitivo” reaccionan los gobiernos y sus legisladores proponiendo la incriminación de las conductas que les son exigidas, en búsqueda de votantes para los futuros comicios. De tal suerte que con fundamento en una inseguridad se sancionan leyes que se saben inocuas para dar solución a la problemática global; en síntesis, se engaña a todos los habitantes de una nación.

El derecho penal simbólico, por caso, en nuestro país, las “*leyes Blumberg*” no ha servido absolutamente para nada. En definitiva, no es más que un “derecho” oportunista que se aparta de los fines tradicionales de la pena, pues, la desvirtúa desde el momento mismo que aumenta su quantum sólo para satisfacer los reclamos de la sociedad pero perdiendo de vista que no es a ella a quien va dirigida la sanción sino al que delinque. La criminalización de nuevas conductas sin conocer las causas que motivaron su nacimiento, sin entender su génesis, y sin comprender qué razones llevan a los medios de comunicación a instalar “minuto a minuto” noticias horrendas de hechos aberrantes, jamás logrará reducir a la delincuencia; salvo como se vio más arriba, que este derecho penal simbólico esté “atado” al derecho penal de enemigo. Así lo creo, porque cada vez resulta más marcada la percepción de que existen ciudadanos y enemigos.

Pero hay más, porque cuando un gobierno no se hace eco de ese reclamo mediático y entonces no es cómplice de un derecho penal simbólico, son los

sectores más reaccionarios los que alzan la voz para manifestarse contrarios a las ideas garantistas o laxas que no comulgan con mayor represión o severidad en la penas. Es decir, a veces los políticos “tramposos” engañan a su pueblo legislando con dureza, y otras tantas son genuinos en su concepción acerca de un derecho penal acorde con principios y garantías constitucionales reconocidas también internacionalmente. Estos últimos, saben con certeza que dictar leyes con fines espurios y eminentemente electoralistas no es el mejor modo para conducir un país sino, simplemente, como ilustra la expresión española “pan para hoy hambre para mañana”; un beneficio a corto plazo que nada deja para el futuro, ni siquiera se piensa en él.

Con excelente criterio Alessandro Baratta sostiene que lamentablemente debe concluirse que la intervención del derecho penal se convierte cada vez más en un mero instrumento político, que provoca que el Estado produzca leyes inútiles pues no son respuestas reales y apropiadas para el problema; concretamente, “...*el uso alternativo del Derecho Penal, significará usar el Derecho como instrumento por una rigurosa limitación política y técnica de lo que una vez parecía una útil función pero hoy aparece cada vez más como la violencia inútil de las penas.*” (“Funciones Instrumentales y Simbólicas del Derecho Penal, Lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico, en Revista Guatemalteca de Ciencias Penales y Justicia Penal y Sociedad, 1994, p. 91).

Así entonces, en España el derecho penal simbólico quedará plasmado a partir del 1° de julio próximo cuando comience a regir su nuevo Código penal, no olvidando, como se vio casi al inicio, que antes del 20 de diciembre de este año 2015 deberán celebrarse las elecciones generales; del mismo modo que durante el mandato del Presidente José María Aznar, mediante la Ley Orgánica 7/2003, del 30 de junio, “medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, su facción política (PP) logró aumentar la pena máxima de prisión de 30 a 40 años. Aznar explicó a este respecto que el Gobierno ha decidido dos medidas: una primera, de cumplimiento íntegro de las condenas, y la segunda, de

modificación del Código Penal, en virtud de la cual pasará de 30 a 40 años la pena para los terroristas. *"Y quiero decir que van a cumplir 40 años de condena. Si son condenados a 40, cumplirán 40."* Al igual que ahora sucede, esas modificaciones sancionadas en junio del año 2003 lo fueron pocos meses antes de las elecciones generales que tuvieron lugar en marzo del 2004.

Para finalizar el capítulo, cito lo señalado por la Comisión en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina (Decreto N° 678/2012) en su Exposición de Motivos (pág. 46). Véase.

"En casi todo el mundo, las llamadas campañas de ley y orden (law and order, Gesetz und Ordnung) del siglo pasado han sido reemplazadas por un juego político permanente, observándose una clara tendencia a fomentar la represión selectiva por parte de los sectores conservadores de la política y, a decir verdad, también por los sectores progresistas ante la amenaza de perder votos. Ejemplos de esta naturaleza lo han dado el laborismo inglés, el socialismo italiano, la socialdemocracia alemana y el propio partido demócrata norteamericano. Esta dramática situación ha hecho que hoy, en casi todo el mundo, las apuestas a mayor represión y las respectivas respuestas en el mismo sentido, todas con fines electoralistas y clientelistas coyunturales -aunque algunas con ultraintenciones muy peligrosas-, abran un panorama en que la dignidad de la persona y los límites al poder punitivo del estado de derecho se hallan en constante riesgo, cuando no abiertamente lesionados, con bastante indiferencia de los organismos internacionales, en manos de los representantes de esos mismos estados y que, permanentemente, se ocupan de proponer o imponer tratados que obligan a la tipificación, muchas veces de conductas que están ya conminadas, introduciendo más confusión en las legislaciones nacionales."

VIII. La pena de prisión permanente revisable.

El 21 de julio de 1909 el Transvaal dictó la Ley N° 38 que fue el paso más audaz dado en la época en materia de sentencias de carácter indeterminado para el

delincuente habitual que comete cierta clase de delitos, violación, salteamiento, agresiones graves, incendio, fraude, robo, fabricación de moneda falsa, extorsión, rapto, inmoralidad, comercio ilegal de oro en bruto, otros atentados contra las personas, etcétera. La ley no concibe penas de duración determinada, ni siquiera penas con un máximo y un mínimo. El término de su condena depende en absoluto de él y de lo que resuelva a su respecto la comisión de personas que la ley establece. Es una innovación difícil de comprender para comienzos del siglo XX pero no tan descabellada a la luz de los tiempos que corren. Sin dudas violenta los principios fundamentales en que se asientan la libertad individual y la vida de las sociedades contemporáneas. He aquí su texto: *"Cualquier individuo que haya sido condenado en la colonia o fuera de ella en dos o más ocasiones, sea antes o después que entre en vigencia la presente ley, por alguno de los delitos mencionados especialmente en documento anexo a ésta y que lo es nuevamente en la colonia por alguno de aquellos delitos, será declarado criminal habitual por el juez presidente del tribunal supremo ante el cual comparezca el culpable. El criminal habitual será condenado a reclusión que se cumplirá con trabajos forzados por el tiempo durante el cual el gobernador lo considere y juzgue oportuno..."*.

Si se analiza la reforma española en relación a este marco de referencia, no hay dudas de que la pena de prisión permanente revisable se acerca, en mucho, con aquella Ley N° 38, debido a su indefinición y discrecionalidad a la hora de ser revisada.

Por caso, en Alemania si bien existe la pena de prisión perpetua se revisa a los 15 años, no habiendo presos en sus cárceles con más años de detención que los referidos. En Irlanda la revisión opera a los 7 años y es grave el sistema italiano porque se produce a los 26. En la Argentina, conforme se verá luego, la libertad condicional se concede recién a los 35 años de prisión, pese a un sistema de semilibertades que, sinceramente, deja mucho que desear.

Lo cierto es que una pena de prisión con unos mínimos de cumplimiento de condena tan extensos, no se ajustan con los principios fundamentales de un Estado de Derecho, ni con la Declaración Internacional de los Derechos Humanos. A mi criterio, la pena de prisión permanente revisable es un retroceso a nivel mundial, altamente peligroso como antecedente, olvidando el respeto a la dignidad humana y la prohibición de imponer penas inhumanas y tratos degradantes. La revisión periódica que establece el Código penal español no es más que una ficción, violatorio del principio de proporcionalidad y de la finalidad de la pena que es la búsqueda de la reinserción del condenado. Máxime teniendo en cuenta que su indeterminación se enfrenta al principio básico de seguridad jurídica, no respetando el principio de legalidad, transformándola en una verdadera prisión perpetua. No puede el individuo no conocer con certeza y de antemano cuál será la pena efectiva de prisión que habrá de corresponderle si viola una norma.

La pena de prisión indeterminada es inhumana y degradante ya que hace prácticamente imposible la reinserción social de los presos. Pese a que el Derecho comparado y la jurisprudencia del TEDH avalan la legitimidad de la cadena perpetua sujeta a un régimen de revisión, la regulación propuesta limita excesivamente la futura puesta en libertad del reo. Hasta un mínimo de 25 años – 30 ó 35 en delitos muy graves– deberá permanecer en prisión el condenado antes de concederle el magistrado la suspensión de la ejecución de la pena, abriendo paso entonces a un periodo de entre 5 y 10 años más en libertad condicional (donde se pueden imponer obligaciones y prestaciones) antes de la remisión definitiva. La medida responde claramente a un uso simbólico del derecho penal, cuya justificación en la alarma social que producen ciertos hechos repulsivos es discutible.

Así pues, el Código penal retoma la prisión perpetua a través de la prisión permanente revisable que había sido derogada en la dictadura del General Primo de Rivera al aprobar el Código de 1928, razón por la cual se considera que una

vez que entre en vigencia el 1° de julio de 2015, será el régimen penal más severo de toda Europa occidental, en lo que hace a la duración de la pena de prisión.

Su denominación de “permanente revisable” no puede esconder su propósito de perpetuidad, es decir, para cualquier ser humano que no “goza” de la inmortalidad, es una pena de prisión vitalicia; para ser claros, sólo dos penas se vinculan con el fin de la existencia: la pena de muerte y la pena perpetua hasta la muerte. Y este último es el caso de la pena de prisión permanente revisable extraordinaria y difícil de superar que, a estar a lo que dispone su Código en materia de revisión, para adquirir el tercer grado penitenciario, alcanzan para pronóstico las palabras de Manuel Cancio Meliá (catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid), quien entendió que *“es más fácil que un camello pase por el ojo de la aguja a que el condenado obtenga el tan ansiado tercer grado.”*

Debe quedar absolutamente claro que con la pena de prisión permanente revisable, así como, en Argentina, la posibilidad de obtener la libertad condicional (en casos de prisión perpetua), luego de transcurridos 35 años de encierro, se renuncia a la reinserción y a la educación del penado. Más de tres décadas de encierro no resiste argumento alguno, y tampoco lo resiste ni el más moderno modelo penitenciario de la ejecución de la pena, toda vez que la clasificación penitenciaria en grados y en períodos jamás puede concebirse con un cumplimiento mínimo de 15 años de prisión efectiva antes de poder ver el sol aunque más no sea por unos pocos días para que el reo comience su reeducación y reinserción en la sociedad.

Es de toda lógica suponer que una persona que sufre un encierro penitenciario de más de 15 años, la destrucción como ser social, relacional y emocional es una realidad. Lo que se critica, además de su indeterminación, es el momento en que comienza su revisión, pues es tan alejado en el tiempo que durante los más de 15

años que deberá pasar en prisión efectiva, no hay modo de que el condenado vislumbre un horizonte de libertad.

Es tan extenso el plazo para poder arribar al tercer grado que esa estancia prolongada en la cárcel provocará efectos devastadores en la psiquis del sujeto que de manera contraria a lo que busca, el delincuente saldrá de prisión aún peor que al momento de su ingreso.

Hay dos cuestiones insólitas que merecen un párrafo:

Según el artículo 78bis del Código penal español podrá obtenerse la progresión a tercer grado, para así iniciar su camino final hacia la libertad condicional, una vez cumplido un mínimo de 32 años para quienes integren organizaciones criminales y terroristas.

Quiere decirse entonces que aquí se plasma el denominado derecho penal del enemigo, pues, se agravan los requisitos para obtener el ansiado tercer grado, en función, únicamente, de la condición de sujeto, en el caso, integrar aquellas organizaciones.

Y aún peor resulta si se tiene en cuenta que cuando, concretamente, cometieren “asesinatos en el seno de una organización criminal ... y asesinatos reiterados o cometidos en serie”; (art. 485.1) u homicidio terrorista”, nunca podrán obtener la libertad condicional, conforme lo indica el punto 3.c. del citado artículo 78bis, sin antes haber cumplido 35 años de prisión efectiva.

Sostener que el terrorista, con independencia de la finalidad de la pena, recién podrá adquirir el tercer grado a los 32 años de encierro, pues, a partir de entonces estará “más o menos” reeducado”, es una burla a todo el andamiaje del sistema de ejecución de penas.

A su turno, el artículo 92 del Código Penal español establece que se sólo podrán obtener la libertad condicional luego de 35 años, como se vio, quien haya cometido asesinatos en el seno de una organización criminal, asesinatos reiterados o cometidos en serie u homicidio terrorista”, siempre y cuando, además, conforme lo indica su inciso 2, el penado “...haya colaborado

activamente con las autoridades ... , bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas...”.

Es decir, haber confesado su participación en el hecho, pues, no se entiende otro modo de “colaborar” si lo que se pretende es la identificación, captura y procesamiento del resto de la organización criminal o terrorista.

Y así, sin más, España vuelve a la pena de cadena perpetua que apareció regulada por primera vez en el Código penal de 1848, que además establecía que los reos debían ser encadenados en parejas por medio de grilletes en los pies y realizar diversos trabajos forzados. Y si bien la pena de muerte fue reintroducida por la legislación franquista, no ocurrió lo mismo con la cadena perpetua, en razón de que la Constitución de 1978 la abolió definitivamente, habiendo fijado el Código penal de 1995 una pena máxima de prisión de 20 años. Sin embargo, casi diez años después (2004) el gobierno de José María Aznar elevó el máximo de las condenas a 40 años.

Volviendo al asunto, cabe destacar que no sólo el PSOE se opuso a esta pena de prisión permanente revisable, sino que también lo hicieron alrededor de 60 catedráticos de Derecho Penal de 33 universidades públicas como la Complutense de Madrid o la Autónoma de Barcelona, calificando a la reforma de “inhumana”.

En este aspecto, Joaquín Bosch, integrante de la Asociación de Jueces para la Democracia, consideró que *“esta reforma no está justificada porque tiene dudosa constitucionalidad”*. En igual sentido Marcelino Sexmero recalca que las penas de prisión *“están reorientadas a la reinserción de los presos en la sociedad y eso es incompatible con la prisión permanente”*.

Según el Ejecutivo, la aplicación de la prisión permanente revisable *“ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas sentencias*

tras su aplicación en los países de nuestro entorno, en las que ha determinado que la posibilidad de revisión de la condena satisface el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos". A mi criterio, parece mentira que tribunales y cortes internacionales se conformen con tan poco a la hora de proteger los derechos básicos de los encarcelados, pues, si la legislación permite la "revisión" su ecuanimidad está cubierta, claro que sin detenerse un segundo para entender qué revisión se propone, en qué plazos, de qué modo, etcétera. La nueva legislación español es macabra, así como las argumentaciones brindadas sobre el particular por el excelentísimo TEDH. Esa es la verdad, pues, si la pena permanente revisable se fijara en cien años, el mismísimo Tribunal Europa seguramente sostendría que también es constitucional, precisamente, porque es "revisable en un siglo, pese a que, en el orden interno, las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, como establece el artículo 25.2 de la Constitución española. Y, por tanto, esta cadena perpetua camuflada no puede ser admitida, menos aún en el orden internacional.

Concretamente, el TEDH ha admitido la compatibilidad de sentencias de condena a encierro por tiempo indeterminado con la respectiva Convención Europea sólo bajo la premisa de que se asegure debidamente el control judicial de las condiciones para la liberación y de que haya existido un examen de la situación del afectado. Así, en el caso "Van Droogenbroek", al analizar una norma belga cuyo objetivo declarado era "proteger a la sociedad en contra del peligro que representan los reincidentes y delincuentes habituales", el TEDH admitió que se realizaran pronósticos de peligrosidad, pero destacó que, en todo caso, el logro de los objetivos pretendidos por la norma exigía que se tomaran en consideración circunstancias que, por su naturaleza, difieren de un caso a otro y son susceptibles de modificarse. Se dijo allí: *"Tendencia persistente al crimen' y peligro para la sociedad" son conceptos esencialmente relativos y presuponen monitorear la evolución de la personalidad y el comportamiento del delincuente a*

fin de adecuar su situación a cambios favorables o desfavorables en su situación.”.

En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial se ha pronunciado del siguiente modo: *“...a juicio de este Consejo resulta cuanto menos dudoso que una privación de libertad potencialmente perpetua sea conciliable, en un ámbito estrictamente interno, con la reinserción contemplada en el artículo 25.2 de la Constitución. Las penas privativas de libertad de carácter temporal no excluyen el reingreso del penado al entorno social, por muy extensa que sea su duración - salvo por el fallecimiento de este último- pues en el peor de los escenarios posibles, es decir cuando el penado no obtenga beneficios que supongan un acortamiento de la condena, al menos alcanzaría la libertad finalizada la duración de la pena fijada en sentencia, o dicho con otras palabras, se reinsertaría en la sociedad una vez finiquitada la sanción impuesta, lo cual no tendría lugar cuando se le aplicara la Prisión Permanente Revisable”.*

En definitiva, como se ha indicado más arriba, el nuevo artículo 92 del Código español exige para la revisión que el penado haya cumplido veinticinco años de condena, en el mejor de los casos, y lo mantiene bajo un régimen de vigilancia por un período entre cinco y diez años más, pudiendo revocar su libertad cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada. En síntesis, otra vez la peligrosidad del sujeto y el derecho penal de enemigo persiguiéndolo en las sombras.

No hay dudas que el gobierno de España, avizorando las elecciones generales que habrán de producirse antes de fines del año 2015, y con fundamento en un derecho penal simbólico, decidió instalar la pena de prisión permanente revisable y luego “elegir” a qué delitos habría de aplicarla. En el derecho anglosajón se denomina “populismo punitivo”.

El Consejo General de la Abogacía Española (órgano representativo, coordinador y ejecutivo de los 83 Colegios de Abogados de España) ha formulado la siguiente declaración:

“El cumplimiento de una condena privativa de libertad superior a 15 años produce efectos físicos y psíquicos irreversibles en las personas, por lo que nadie debería superar dicho límite de cumplimiento de sus penas.”. Y agrega: “Este informe, no pretende ser ni exhaustivo ni académico, sino simplemente, constatar que la declaración a que se refiere no es una afirmación gratuita, sino fruto de la experiencia de los profesionales que llevamos, en algunos casos, más de 25 años en contacto directo con las personas que se encuentran privadas de libertad por imposición de condenas privativas de libertad. La afirmación de que la privación de libertad continuada por más de 15 años produce efectos físicos y psíquicos irreversibles, la podemos encontrar en diversos autores...”..

Y comienza sus citas:

- José Antonio Martín Pallín, magistrado emérito del Tribunal Supremo. En un artículo titulado “Derecho aplicado al enemigo terrorista”, y como propuesta de modificación entorno a los artículos 76 y 78 del C.P., afirma: El fundamento para proponer la supresión de un cumplimiento efectivo tan largo se encuentra en el respeto por los principios de humanidad, prohibición de exceso, proporcionalidad y favorecimiento de la reinserción social ... en el apartado III de la Propuesta - dedicado a las penas privativas de libertad- se refieren específicamente a esta cuestión las reglas 1 (inconstitucionalidad de la prisión perpetua y la prisión de larga duración) y 2 (máximo de 15 años de duración del cumplimiento efectivo como límite óptimo).
- En las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cáceres ... En la segunda mesa redonda: Las consecuencias jurídicas del delito. Necesidades de reforma (integrada por D. Fernando Navarro Cardoso, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de las Palmas; D. Hernán Hormazabal Malaree,

catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Girona; y, D. Juan María Terradillos Basoco, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz), se concretó, entre otras propuestas de modificación de la legislación penal: fijar en quince años la duración máxima, y en seis meses la duración mínima de la pena de prisión, atendiendo a la prevención especial.

- En el II Encuentro Europeo de Juristas y Pastoral Penitenciaria, celebrado en Viena, entre sus conclusiones aprobó: Considerar que el período de internamiento de los reclusos no debe ir más allá de los 15 años, porque el deterioro que la cárcel produce a los presos hace prácticamente imposible su reinserción social,

- Carmen López Peregrin, profesora de Derecho Penal de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla, señaló que: el límite máximo de pena vigente en el anterior Código penal para casos de acumulación de penas (30 años) había sido ya criticado desde la doctrina por excesivo. Así, por ejemplo, consideraba Cid Moliné que el principio de efectividad -según el cual una sanción penal sólo está justificada si la violencia que evita es superior a la que causa y si, además, se verifica que entre dos sanciones que producen semejante evitación de la violencia, se prefiere la que menor violencia supone- resultaba vulnerado por el límite de 30 años (vigente también en el Código franquista). Y ello porque, en su opinión, resulta muy difícil argumentar que una vez superados 10 ó como máximo 15 años de prisión, los excesos de condena puedan incrementar su capacidad preventiva. “Desde mi punto de vista –dice este autor- los individuos cuyos comportamientos no resulten intimidados por condenas de tal entidad, tampoco lo son por condenas mayores”. Al margen de que penas de prisión de 30 años o superiores tienen un nulo efecto resocializador.

- Julián C. Ríos Martín, profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas, manifiesta: Desde la experiencia de personas que llevan años trabajando con personas presas, se afirma que cuando una persona sufre un encierro penitenciario de más de 15 años, la destrucción como ser social,

relacional y emocional es una realidad. En principio la extensión temporal de la penas se fija en función de la gravedad de las conductas delictivas, pero habría que reflexionar sobre la oportunidad de una revisión de tal extensión temporal desde el punto de vista de las consecuencias de la cárcel en la eficacia resocializadora de la misma.

- José Luis Segovia Bernabé, Jurísta-Criminólogo, Sacerdote, profesor de exclusión social de la Universidad Pontificia de Salamanca, afirma: Como tiene recogido nuestro Tribunal Supremo (p.e. STS 16.04.98) existe un consenso generalizado entre los especialistas que mantiene que un tiempo de reclusión ininterrumpido superior a los 15 años provoca en la mayor parte de los sujetos consecuencias de orden psíquico y social que hacen incierta y, en ocasiones, imposible su reintegración a la vida social. A pesar de que nuestro ordenamiento jurídico proscriba la cadena perpetua –en los países de nuestro entorno que la tienen no suelen superarse los 15-20 años de prisión efectiva-, nuestra legislación posibilita que varios cientos de personas presas estén condenados “a pulso” a penas que superan los 20, 25 y 30 años que establece como límite el Código. “Causa sonrojo aprobar liquidaciones en las que se afirma sin posibilidad de refundiciones, que la extinción por cumplimiento, tendrá lugar en el 2045. No es extraño comprobar liquidaciones donde se establece la extinción de condena en un término superior a los 50 años”.

- Jesús Valverde Molina, en su libro titulado “La cárcel y sus consecuencias”, tras un pormenorizado análisis de la incidencia de la privación de libertad en las personas, indicando por franjas de años dichas consecuencias, termina afirmando que a partir de los 15 años la reinserción social es prácticamente imposible.

Y finaliza el Informe:

“Muchísimas opiniones y artículos, tanto jurídicos como psicológicos, hablan de las penas de larga duración; y aunque no utilizan la referencia a 15 años, sí manifiestan que los actuales límites, entre ellos el de 20 años, es desaconsejable al no permitir la reinserción posterior del penado.”.

IX. El derecho comparado. Cadena perpetua y revisión.

En el Reino Unido la pena máxima es la cadena perpetua que obliga al infractor a permanecer en la cárcel durante por lo menos veinte años.

En Alemania, después de los atentados del 11 de septiembre en E.E.U.U., el Gobierno federal adoptó un paquete de medidas antiterroristas, conocidas como Otto-Katalog que entrarían en vigor el 1° de enero de 2002: cadena perpetua en casos como asesinato o genocidio, revisable a los 15 años de prisión. Para evitar que en casos de gravedad el condenado pueda gozar de beneficios penitenciarios y salir antes de la cárcel, existe un régimen especial de confinamiento permanente cuando se considera que el reo constituye un peligro para la sociedad. Este régimen incluso se pueden aplicar años después de dictada la sentencia, con la condición de que dos dictámenes independientes confirmen su peligrosidad.

En Francia la ley contempla la cadena perpetua revisable a los 15 años de encarcelamiento, sin embargo en casos recientes de terrorismo la cadena perpetua no se ha revisado a los 15 años. En febrero de 2008, Nicolás Sarkozy aprobó la “Ley de retención de seguridad”, que permite a los jueces mantener en prisión a aquellas personas que pese a haber cumplido su condena sean juzgadas como “peligrosas”. El atentado será castigado con treinta años de detención criminal y, en algunos casos, las penas se elevan a perpetuidad.

En Italia, el artículo 27 párrafo 3° de la Constitución de 1947 dispone que “las penas no pueden consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”. Sin embargo, el Código Penal vigente mantiene la pena de prisión perpetua (ergastolo). Su artículo 22 define la pena de prisión perpetua del siguiente modo: “La pena de ergastolo es perpetua, y es cumplida en uno de los establecimientos destinados a ello, con la obligación de trabajar y aislamiento nocturno. Su revisión ocurre a los 26 años pero llega a ser indefinida para aquellos que se niegan a colaborar con la ley.

En Portugal el máximo de la pena de prisión es de 25 años y no puede ser superado en ningún caso. Desde antaño ha abolido la pena de muerte.

En Bélgica la pena máxima es la cadena perpetua, con pena de reclusión de 30 años pero, por buena conducta, el reo puede ser puesto en libertad después de 10 años si se trata de su primera condena, y después de 14 años en caso de ser reincidente. Aparte de la pena máxima, el culpable puede quedar "a disposición del Gobierno" durante diez años después de cumplir la pena, lo que significa que durante este período el Poder Ejecutivo puede decidir si debe permanecer encarcelado.

En Austria, en el Código Penal la definición del delito de "asociación terrorista" está castigado con penas de hasta 15 años de reclusión; pero existe previsión especial por "delitos de terrorismo" (art. 278 c), que permite aumentar en la mitad las sanciones en lo que se refiere a los delitos ordinarios realizados en apoyo del terrorismo. Obviamente, como en otras legislaciones europeas, se prevé la reducción de pena para el caso de colaboración con la autoridad judicial.

En Rusia, el Código Penal prevé la pena de muerte como medida excepcional para cinco delitos muy graves: asesinato, intento de homicidio de un cargo público, intento de homicidio de un policía, fiscal o juez y genocidio. La norma está establecida en una ley (2006) por fuera del Código Penal. Cabe agregar que la realización de una explosión, incendio, amenazas, u otras acciones de intimidación a la población, con el fin de influir en la toma de una decisión de las autoridades u organizaciones internacionales, es castigado con una pena de prisión de ocho a quince años. Y si esas acciones son cometidas por un grupo y ocasionan la muerte o daños materiales importantes, se castiga con pena privativa de la libertad por un período de diez a veinte años.

En Noruega las penas no pueden exceder de 20 años. Sin embargo, existe la figura legal de arresto preventivo, que permite que la encarcelación sea renovada por períodos de cinco años si es considerado un peligro para la sociedad.

En China una nueva ley (2011) define a los terroristas como aquellos que “organizan, traman y realizan actos terroristas, así como quienes son miembros de grupos terroristas”; y define los actos terroristas como las actividades “destinadas a inducir el miedo público o coaccionar a los órganos del Estado a través de la violencia, el sabotaje, las amenazas u otras tácticas”.

Las penas principales se distinguen en cinco clases: 1. control por funcionarios por entre tres meses y dos años; 2. detención entre quince días y seis meses con posibilidades de salida uno o dos días por mes; 3. prisión entre seis meses y quince años; 4. prisión perpetua; y 5). muerte.

Pero la pena de muerte, puede conmutarse por prisión perpetua, que a su vez también puede ser conmutada por prisión no superior a veinte años.

En Singapur rige la pena de muerte y sólo son castigados con prisión perpetua delitos menores como la tenencia de una mínima cantidad de estupefacientes o robos menores. Es Singapur el país cuyas leyes son las más severas del mundo.

En Chile existen dos instituciones relacionadas con la prisión perpetua: 1. La prisión perpetua con cumplimiento efectivo por 20 años y 2. La pena de presidio perpetuo, que luego de haberse abolido la pena de muerte (2001) fija un plazo de 40 años de prisión sin que pueda el interno gozar de ningún beneficio. Esta última se aplica para los casos de atentado contra la seguridad exterior de la República seguida de guerra, secuestro seguido de muerte o violación, homicidio de un fiscal del Ministerio Público o defensor penal público en razón del ejercicio de sus funciones, violación seguida de muerte, parricidio y robo seguido de violación u homicidio.

En Perú, la cadena perpetua está dispuesta en su Código Penal en el artículo 29 que dispone: "La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años." Pero para el caso de cadena perpetua sólo será revisable luego de haber transcurrido 35 años.

En Venezuela no existe la prisión perpetua y su pena máxima es de 30 años.

En los Estados Unidos de América la pena de muerte rige en 29 estados y serán castigados con ella los adultos mentalmente competentes condenados por homicidios agravados.

Algo más acerca del “primer mundo”: hasta el año 2012 rigió la prisión perpetua para menores de edad. Se estima que existen en la actualidad 3.000 menores confinados y 2.500 más que ahora gozan de la mayoría de edad. Amnistía Internacional instó a Estados Unidos a ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño sin reservas ni otras condiciones restrictivas e implemente plenamente su prohibición de imponer cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional a menores, incluidos los casos de personas ya condenadas.

Sin embargo, la Corte Suprema de E.E.U.U. estableció que para menores de edad, una sentencia de cadena perpetua sin libertad condicional viola las salvaguardas de la Constitución contra castigos “cruels e inusuales”, conforme la Octava Enmienda.

En el caso “Roper v. Simmons”, 543 U.S. 551 (2005) se decidió que no puede aplicarse la pena de muerte a menores; en el precedente “Graham v. Florida”, 560 U.S. 48 (2010) que, salvo para el homicidio, no corresponde la prisión perpetua a menores sin posibilidad de ser revisada y con posibilidades de obtener la libertad condicional. Finalmente en dos casos fallados en conjunto “Miller vs. Alabama (N° 10.946) y “Jackson vs. Hobbs” (N° 10.9647) -567 US_(2012), se resolvió que tampoco procede la prisión perpetua a menores aún para los supuestos de homicidios.

Como se ve, la legislación mundial es variada en cuanto a la cadena perpetua y a su plazo de revisión; pero lo que ha quedado al descubierto es que en casi todos los países se han endurecido las penas por actos terroristas luego del atentado a las “torres gemelas” ocurrido en el año 2001. Y como nada es casualidad, tampoco aparece como inocente la proliferación de adeptos en pos de un derecho penal del enemigo. Y la Argentina no ha sido ajena, si recordamos que nuestro Código Penal endureció sus penas con excesivo rigor con las antojadizamente llamadas

“leyes Bloomberg”; por caso la histórica pena de 20 años de prisión para lograr la libertad condicional que fue elevada a 35, más la sumatoria de hasta 50 años de prisión en caso de concurso real. Y pese al inmenso dolor que siento como padre por la muerte de su hijo, no puedo dejar de recordar que alguna vez dijo: “...[yo] pienso que aquí debería haber un voto calificado. Que la gente debería votar según su grado de educación y ese voto vale dos o tres.”.

Fin Parte 1.