

Análisis del caso *Marcello Viola v. Italia*: delitos excluidos de libertades anticipadas en perspectiva comparada.

Por Ayelén Carolina Rey

Introducción

El presente trabajo tiene como objeto analizar la sentencia *Marcello Viola v. Italia*¹ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y abordar las consideraciones y críticas del mencionado tribunal al sistema normativo italiano de ejecución penal, desde una perspectiva comparada con el argentino.

Para ello, comenzaremos por conceptualizar los regímenes progresivos en general, con sus principales características. A partir de allí, nace la crítica a los sistemas diferenciados en virtud de la naturaleza del delito cometido, en los cuales se excluye la posibilidad de obtener salidas anticipadas.

A su vez, para poder comprender esta problemática, se expondrán brevemente los puntos esenciales de ambos sistemas normativos, el italiano y el argentino. De este modo, concluido el análisis sobre el marco legislativo, se profundizará en los puntos de análisis que arroja el fallo del TEDH, vinculándolos a los sistemas italiano y argentino, a partir de ciertos criterios judiciales de tribunales superiores.

Para finalizar, se expondrá el estado de situación actual de la exclusión de liberaciones anticipadas en función de la naturaleza del delito cometido, así como también las implicancias reales que acarrearán estos regímenes diferenciados.

I. Breve resumen de los hechos del caso

El caso se origina a partir de la denuncia de Marcello Viola, ciudadano italiano, ante el TEDH, por la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos -art. 3²- por parte del Estado italiano.

El requirente había formado parte en las décadas de los '80 y '90 de un clan mafioso italiano implicado en la denominada "segunda ola de Taurianova", una suerte de guerra interna entre dos clanes de aquella región. En septiembre de 1999, después de varios procesos en su contra, fue condenado a pena perpetua y aislamiento diurno durante dos años por "asociación mafiosa" (art. 416 bis Código penal italiano) y por otros delitos como homicidios, secuestros y portación de armas. Todos ellos, agravados por haber

¹ TEDH. *Marcello Viola c. Italia*. (N° 77633/16). Estrasburgo, 13 de junio del 2019.

² CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES. (CEDH) Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Art. 3: Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes

sido cometidos en un contexto de tipo mafioso y por haber sido considerado líder de aquella organización.

Por consiguiente, entre los años 2000 y 2006 estuvo detenido en el marco del régimen previsto por el art. 41 bis de la ley 354³, que establece condiciones de detención diferenciales y considerablemente más gravosas que el sistema ordinario.

Ahora bien, el problema surge de la legislación interna italiana para este tipo de delitos, ya que sólo permitía que las personas condenadas en esos términos accedieran en algún momento a la libertad condicional si -y solo si- cooperaban con la justicia brindando información sobre el grupo mafioso al que se pertenecía. En tal sentido, debían proporcionar a las autoridades información decisiva y determinante para prevenir las consecuencias del delito y ayudar a corroborar ciertos hechos e identificar autores.

Además, con el requerimiento de cooperación, se busca verificar que quien lo haga haya roto vínculos con el grupo. En ese marco, el peticionario comunicó que no cooperaría debido al temor de sufrir las represalias propias de las prácticas mafiosas. Finalmente, pese a que en el año 2006 adquirió el derecho a una posible exención de la pena de cinco años por participar en un programa de rehabilitación, fue privado del beneficio por no cooperar con las autoridades judiciales. Todas las vías recursivas dentro del marco jurisdiccional de derecho interno fueron rechazadas.

II. Características principales de los regímenes de progresividad

Previo a adentrarnos en las problemáticas que ocasionan estos regímenes diferenciados en razón del tipo de delito cometido, es necesario recordar algunas pautas generales que deben poseer los regímenes de ejecución progresivos, que son justamente los que caracterizan tanto al sistema italiano como al argentino.

Los regímenes progresivos nacen como contraposición a los antiguos sistemas celulares filadélfico y auburniano, tomando como base el deseo de libertad de los reclusos como fuerza motora para encausar las conductas que los conducirán a ella. Esta nueva interpretación derivó en la idea de indeterminación de las penas privativas de libertad. De este modo, su duración dependerá de la conducta del penado en prisión y de su trabajo.⁴

Los requisitos fundamentales para que un sistema pueda considerarse progresivo están vinculados con la idea de que la disminución de la intensidad de la pena es consecuencia

³ Art. 41 bis de la LEY DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DE ITALIA N° 354/1975.

http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.%2026%20luglio%201975,%20n.%20354.pdf.

⁴ ALDERETE LOBO R. "Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina." en Publicaciones del Ministerio Público de la defensa. Secretaría de Capacitación y jurisprudencia. Buenos Aires. 2017. P. 13.

de la conducta y el comportamiento del interno. En consecuencia, los condenados atraviesan distintas etapas, desde el aislamiento celular hasta la libertad condicional.⁵

Entonces, podemos concluir que las notas distintivas de este tipo de regímenes son: la división de la pena temporal en fases o periodos; un sistema de avances y retrocesos a través de dichas fases o periodos de acuerdo al cumplimiento verificado y actualizado de las actividades propuestas; y, en tercer lugar, la posibilidad de libertad anticipada previa al agotamiento de la pena.⁶

En efecto, estas notas características son excluyentes. Si no se cumple con alguna de ellas el sistema no puede ser considerado progresivo.

Nuestra ley 24.660⁷ recepta expresamente el régimen progresivo. El art. 6 dispone que “el régimen penitenciario se basará en la progresividad”, mientras que el art. 12 dispone que “el régimen penitenciario aplicable al condenado, cualquiera fuere la pena impuesta, se caracterizará por su progresividad”.⁸

En consecuencia, si bien la ley continúa adoptando un régimen progresivo, la incorporación de este tipo de exclusiones que descartan la posibilidad de acceso a ciertos institutos liberatorios, priva a los condenados por aquellos delitos seleccionados de la principal característica del régimen: la libertad previa al agotamiento de la pena.

Esto, claro está, repercute en una serie de derechos constitucionales como los principios de igualdad y reinserción social. Veremos que justamente es en estos principios en los cuales se cimientan las críticas que el TEDH hizo a la regulación italiana, en el caso analizado.

III. Marco normativo italiano (art. 4 bis) y régimen diferenciado (art. 41 bis).

En primer lugar, cabe destacar que la Constitución Nacional italiana dispone en su art. 3 que las penas no deben ser inhumanas y que deben perseguir la reinserción social del condenado.

Por otra parte, el Código Penal de dicho país recepta también en su art. 176 la posibilidad de acceder a la libertad condicional a quienes son condenados a penas temporales, en

⁵ *Íbid.*

⁶ GARCÍA BASALO C. El régimen penitenciario argentino: antecedentes, Ley penitenciaria, aplicación Ediciones Librería del Jurista, 1975. En ALDERETE LOBO R. Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. 2017. P. 13-14.

⁷ LEY 24.660 DE EJECUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD (B.O. 8/7/1996).
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

⁸ ALDERETE LOBO R. “Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina.” en Publicaciones del Ministerio Público de la defensa. Secretaría de Capacitación y jurisprudencia. Buenos Aires. 2017. P 15.

los casos que la persona demuestre una conducta que denote su arrepentimiento. Incorpora también el requisito objetivo de haber cumplido treinta meses de la pena impuesta, o en todo caso, la mitad de la pena siempre que le queden al menos cinco años de pena.

No obstante, hay una distinción respecto a los condenados a cadena perpetua, quienes pueden obtenerla al cumplir al menos veintiséis años de prisión. La admisión a la libertad condicional está sujeta a la realización de obligaciones civiles derivadas de la infracción, a menos que ello sea de imposible cumplimiento.

Ahora bien, en el caso se da una situación excepcional derivada de la naturaleza del delito cometido. En primer lugar, la ley 354 del año 1975⁹ que regula la administración penitenciaria en Italia, tuvo una reforma ocurrida en el año 1992, que estableció un nuevo régimen para los casos de penas perpetuas.

Este régimen diferenciado nace a partir de las problemáticas que dicho país afrontó durante las décadas de los años '70 y '90 vinculado a hechos de violencia cometidos por clanes mafiosos, los cuales se trasladaron a las prisiones. Es decir, nace de una demanda social producto del intento estatal de desbaratar las mafias de aquel país y evitar motines o disturbios intramuros, los cuales sucedían constantemente durante el período llamado *anni di piombo* (los años de plomo).

Dicha reforma incorporó el art. 4 *bis* a partir del cual se prohíbe acceder a ciertos beneficios de acuerdo a la peligrosidad del detenido, si hubiese cometido determinados delitos que se encuentran expresamente enumerados. Además, se incorporó el art. 58 *ter* que establece que, en los casos de penas perpetuas por "*delitos mafiosos*", la ausencia de colaboración con la justicia imposibilita la obtención de los beneficios previstos en el sistema de ejecución, entre ellos la posibilidad de acceder a la libertad condicional. En otras palabras, el beneficio de libertad condicional estará supeditado a la colaboración del condenado con la justicia.

Por otra parte, la ley N° 354 prevé un tratamiento especial para quienes se encuentran detenidos por este tipo de delitos. Este régimen diferenciado es conocido como el 41 *bis* "*situaciones de emergencia*". El artículo permite a la administración penitenciaria suspender discrecionalmente ciertos derechos reconocidos por la misma ley por motivos de orden y seguridad pública. Además, dispone que el alojamiento de esa categoría de detenidos debe disponerse en prisiones diferenciadas de las previstas para los condenados por delitos ordinarios. El demandante estuvo detenido desde el año 2000 al 2006 bajo este régimen.

En particular, los derechos que se permiten suspender mediante aquel régimen diferenciado son, a modo de ejemplo, las visitas, la correspondencia, las salidas

⁹ LEY DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DE ITALIA N° 354.

http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.%2026%20luglio%201975,%20n.%20354.pdf

anticipadas e incluso el contacto con otras personas detenidas, ya que se trata de un sistema celular en el cual el contacto humano es prácticamente nulo.

La Corte Constitucional de Italia tuvo oportunidad de expedirse sobre este régimen diferenciado¹⁰ y sostuvo que el subordinar la libertad condicional u otro tipo de beneficios a la colaboración del condenado con la justicia es una política legislativa que garantiza y prioriza la prevención general y el bienestar social, en un contexto de “lucha contra las mafias”. Es decir, a partir de una supuesta situación de excepción implementan políticas que se contraponen a todos los principios constitucionales, derechos humanos y al sistema general de la propia ley 354.

A su vez, la Corte Constitucional italiana reconoció que la colaboración es considerada como un indicio positivo de desvinculación del clan mafioso y que ello implica un pronóstico positivo de resocialización. No obstante, consideró que la negativa a brindar información no constituye necesariamente una subsistencia del vínculo. Asimismo, reexaminó la constitucionalidad del artículo 4 bis¹¹. Recordó el informe explicativo de la ley de conversión del decreto-ley 306/1992, según el cual es únicamente mediante colaboración con la justicia que el condenado pueda demostrar la ruptura de sus vínculos con la organización criminal. Consideró que esta elección del legislador era compatible con la función rehabilitadora, con respecto a la expresión inequívoca de la voluntad de enmendarse por parte del condenado respecto a su pasado criminal. Por tanto, la Corte Constitucional consideró la actitud del condenado en el caso que nos ocupa como una "presunción legal" de la persistencia del vínculo delictivo y falta de enmienda.

Luego, en el año 2003¹² estableció que la disposición no prohíbe absoluta y definitivamente el acceso a la liberación condicional y, por lo tanto, no está en contradicción con el principio de reeducación prevista en el párrafo 3 del artículo 27 de la Constitución. En cuanto a las presunciones legales, como lo es el caso de no colaboración con la justicia, consideró que sólo afectan al principio de igualdad si son arbitrarias e irrazonables. Sostuvo además que, en estos casos, se debe dar al juez la potestad de evaluar los elementos del caso concreto a fin de que determine si la concesión de un beneficio está estrictamente vinculada al pronóstico razonable. Es decir, si resulta útil a los fines de reinserción del detenido.¹³

Finalmente, en el caso 149/2018, la Corte Constitucional Italiana reconoció que la aplicación automática de la denegatoria de beneficios en los casos de condenados a penas perpetuas, son contrarios a la progresividad del tratamiento y, en consecuencia, a la gradual reinserción social del condenado. Explicitó, además, que las disposiciones que prohíben absolutamente, durante un período tan extenso, el acceso a los beneficios

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 306/1993

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 273/2001

¹² CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 135/2003

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 436/1999, 255/2006, 189/2010.

penitenciarios para categorías específicas de condenados -teniendo que participar significativamente en el proceso de rehabilitación, y que no muestran signos de peligro social identificado por el legislador en sí mismo en el artículo 4 bis debido a la gravedad del delito para enviar una señal de prevención general a la masa de ciudadanos- eran contrarios a los principios constitucionales de proporcionalidad e individualización de la sentencia.

IV. Delitos excluidos de libertades anticipadas en Argentina. Divergencias entre nuestros principios constitucionales y la ley de ejecución penal. Art. 14 2° párr. del Código Penal y art. 56 bis de la ley 24.600

En primer lugar, al igual que sucede en Italia, nuestro bloque constitucional prevé como fin de la pena de prisión la reinserción social de los condenados (art. 5.6 CADH y art. 10.3 PIDCP).

Al igual que sucedió en Italia, nuestro país adoptó este tipo de reformas legislativas a partir de problemáticas sociales vinculadas con el delito. En el año 2004, se sancionó la ley 25.948, la cual excluyó de todas las libertades anticipadas a una importante cantidad de delitos graves que tuvieron como resultado la muerte de la víctima. Una década después, nuevamente ante una nueva exigencia de la sociedad de represión y prevención del delito, incrementado como producto de una nueva crisis económica, los legisladores decidieron aplacar dicha tensión social incorporando una enorme cantidad de nuevos tipos penales a los excluidos de libertades anticipadas.

Si bien es cierto que en Argentina no existe un régimen diferenciado según categoría de delitos tan estricto como sucede en Italia, considero que existe una gran similitud entre el régimen del 4 bis italiano y nuestro art. 14 2° párr. del Código Penal¹⁴ y 56 bis¹⁵ de la ley 24.660.

¹⁴ CÓDIGO PENAL ARGENTINO. ARTÍCULO 14: La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.

¹⁵ LEY 24.660 ARTICULO 56 bis: No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo

En definitiva, nuestro art. 56 bis establece la prohibición de los beneficios comprendidos en el período de prueba, como ser las salidas transitorias, y la libertad asistida a quienes hubieran cometido una serie taxativa de delitos. Mientras que el art. 14 2° párr. del Código Penal dispone que a quienes hubieren cometido aquellos delitos no se les concederá la libertad condicional. Es decir, se descarta a aquellos detenidos la posibilidad de acceder a un régimen de libertad permanente previa al agotamiento de la pena.¹⁶

El art. 14 2° párr. del Código Penal prohíbe a los reincidentes y a quienes hayan cometido alguno de los delitos seleccionados, a acceder a la libertad condicional. Ahora bien, si analizamos nuestra jurisprudencia nacional, veremos que tanto la Cámara de Casación Nacional como la Federal, se han expedido sobre la norma mencionada.

En primer lugar, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en la causa “Soto Trinidad”¹⁷ consideró inconstitucional el art. 56 bis de la ley 24.660, por considerar que dicha regla vulnera los principios constitucionales de los actos republicanos de gobierno, el fin específico convencionalmente declarado de la pena privativa de la libertad (la resocialización) y el consecuente sistema progresivo para la consecución del fin preventivo especial para aquel fin (arts. 1, 16, 28 y 75, inc. 22, CN; 24 CADH; y 14 PIDCyP)¹⁸.

Posteriormente, en el fallo “Mendez Mourelle”¹⁹ de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación, se señaló que la selección de ilícitos del legislador se contrapone al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental y en los artículos 24 del Pacto de San José de Costa Rica y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Por otra parte, advierten la incoherencia de discriminar entre penados por una u otra especie delictiva y las clarísimas disposiciones de la propia ley de ejecución que continúan disponiendo que el régimen penitenciario se basa en la

párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley.

¹⁶ ALDERETE LOBO, Rubén y GÓMEZ ROMERO, Martina, Artículos 54 a 56 comentados. “Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario a la Ley nro. 24.660 reformada por la Ley nro. 27.375”. Directores Mariana Salduna y Javier de la Fuente, Editores del Sur, Bs. As., 2019. P. 240.

¹⁷ CFCP. “Soto Trinidad” 675/2013. 20.12.2013.

¹⁸ Íbid. Cfr. punto III, voto del juez Hornos.

¹⁹ CNCC. “Mendez Mourelle, Maximiliano Sergio s/ legajo de ejecución penal” 25746/2006/TO1/3/CNC2, 1/6/2016.

progresividad y en el diseño de limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados (art. 6º), y que proscriben aquella discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado.

Asimismo, el fallo citado destaca que, si los autores de la ley han excluido de esa aspiración a los condenados por las especies delictivas elegidas, en base a una presunción que no admite prueba en contrario del carácter reluctante o refractario de los mismos de cara a esos objetivos, la inconsecuencia sería notoria. El propio espíritu de la ley se fundamenta en la posibilidad de que todo condenado, sometido a un tratamiento programado, individualizado y voluntario -como reza el artículo 5 de la ley 24.660- logre las metas que presiden la ejecución de las penas privativas de libertad. Y además, se transgrediría ineluctablemente el derecho convencional, recordado por la recurrente, de máxima jerarquía normativa.

La situación enmarcada por la Sala en el caso Mendez Mourelle es similar a la ocurrida con Marcello Viola. Veamos que en aquel caso la única presunción que se admitiría es la de colaborar brindando información a la justicia, lo que nada tiene que ver con un tratamiento resocializador.

Finalmente, en el precedente “Salinas”²⁰, al igual que lo hizo previamente la Corte Constitucional Italiana, la Casación afirmó que los argumentos centrales de este tipo de reformas están dados por la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Y, al mismo tiempo, por la peligrosidad que revelaban los autores de ciertos delitos, lo que obligaba a que cumplieran la totalidad de las penas impuestas sin posibilidad de gozar ninguna clase de egreso anticipado: para ellos, se prohibieron la libertad condicional, las salidas transitorias y la libertad asistida. Sin embargo, también criticó al cuerpo legislativo en virtud de que, si bien al tratar las reformas denostaron al régimen de ejecución y su efectividad resocializadora, ninguna reforma propusieron en tal sentido, sino que se limitaron a excluir de beneficios a cierto tipo de delitos.

En el caso, se sentenció que el rechazo a la concesión del régimen viola el derecho a la igualdad y la resocialización ya que lo privan de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta y por lo tanto resulta inconstitucional. Estaba claro que Salinas no sólo no recibió un tratamiento específico, sino que fue tratado como un interno común, al punto que inició todos los trámites necesarios para obtener la libertad condicional. Fue evaluado y examinado para ese fin, para que luego de varios años, se le dijera que su tratamiento penitenciario no incluía la posibilidad de gozar salidas anticipadas.

En todos los casos, ambas Cámaras de Casación -Nacional y Federal- declararon inconstitucionales a los arts. 14 CP y/o 56 bis de la ley 24.660, por comprender que las excepciones a las modalidades básicas de ejecución allí receptadas conculcan el

²⁰ CNCC. “Salinas” 381/2010/1/CNC1. 30/12/2016.

principio de resocialización de la ejecución de la pena por desatender el régimen de progresividad sobre el cual se basa (recogido en el art. 6 de la Ley n° 24.660).

V. Análisis de los fundamentos del fallo. Regímenes diferenciados y su directa afectación a garantías constitucionales y pactos internacionales. Excepciones a los beneficios del régimen progresivo. Condena a Italia.

Como hemos visto al comienzo, el demandante alegó violaciones a los arts. 3 y 8 de la CEDH, cometidas por el Estado Italiano. El TEDH observa que el régimen aplicable a la cadena perpetua es el resultado combinado de la aplicación del artículo 22 del código penal con los artículos 4 bis y 58 ter de la ley de administración penitenciaria. Estas disposiciones prevén un trato penitenciario diferenciado que tiene el efecto de evitar la concesión de libertad condicional y el acceso a otros beneficios penitenciarios y medidas alternativas a la detención, si la condición necesaria de colaboración con la justicia no se cumple.

A esta altura, cabe detenernos en lo desarrollado por el TEDH respecto del vínculo entre las penas perpetuas y la imposibilidad de acceder al beneficio de libertad condicional, y su consecuente afectación al régimen progresivo.

El TEDH comienza sus fundamentos recordando que el principio de reinserción se refleja en las normas internacionales y se encuentra reconocido en sus precedentes (cfr. párr. 108).

Parte de aquella premisa para contrastar el principio de reinserción social con la disposición cuestionada por el demandante, la cual solicita al condenado que demuestre de forma concreta -a través de su colaboración- que ha roto con el contexto criminal al que pertenece, entendiendo que ello también manifestaría el resultado positivo del proceso de resocialización. En otras palabras, el único modo mediante el cual el condenado podría hacer cesar la perpetuidad de la pena y obtener el beneficio de libertad condicional es mediante su cooperación con la justicia (cfr. párr. 106).

Es decir, el TEDH verifica que el Estado italiano impone una obligación en cabeza de los condenados que se contrapone con la obligación asumida por el estado de “resocializar”.

Posteriormente, observa que el sistema penitenciario italiano se fundamenta -al igual que el argentino- en el principio de progresividad del tratamiento de la persona condenada. Ello implica la participación activa en el programa de reeducación individual -en nuestro caso el llamado tratamiento- y el transcurso del tiempo, el cual puede producir efectos positivos en la persona condenada y, así, promover su plena reintegración en la sociedad.

A medida que evoluciona en prisión, y al admitir que lo hace, el sistema ofrece a los presos la posibilidad de beneficiarse de medidas progresivas (que van desde el trabajo

en el exterior hasta la libertad condicional) que lo acompañan en su “viaje hacia la salida”. (cfr. párr. 111-112).

Nuevamente observamos una total similitud con nuestro sistema, que también se caracteriza por su progresividad y las implicancias prácticas que conlleva el avance entre fases, con sus consecuentes beneficios.²¹

Una vez más, reitera el criterio sostenido en sus precedentes, recordando que en el caso *Harakchiev y Tolumov v. Bulgaria*²², reconoció que las autoridades nacionales deben dar a los presos condenados a cadena perpetua una posibilidad real de reintegrarse.

Por otra parte, si bien reconoce que la elección por un Estado de un régimen específico de justicia criminal, incluidos la revisión de las penas y las modalidades de libertades anticipadas, están en principio fuera del ámbito de supervisión del TEDH, ya que se corresponden con políticas criminales soberanas de los Estados, dichas políticas no deben violar los principios y derechos afirmados por el Convenio europeo.

En tal sentido, afirma que se debe garantizar a estos condenados la existencia de regímenes penitenciarios que sean compatibles con el objetivo de corrección y que les posibiliten avanzar hacia esta dirección. Sobre esta cuestión, el TEDH recuerda antecedentes en que esta obligación se había incumplido en los casos en que fue el régimen penitenciario o las condiciones de detención las que impidieron la corrección de los detenidos. Es decir, los casos en que el Estado no cumple su deber de otorgar los medios que permitan la resocialización del condenado.

Ahora bien, sobre el caso puntual entendió que, si bien era cierto que el régimen interno ofrecía a los condenados la opción de cooperar con las autoridades judiciales, duda sobre la libre naturaleza de esta elección y la necesidad o conveniencia de relacionar la falta de cooperación con el peligro del preso para la sociedad. La falta de cooperación no siempre puede considerarse como el resultado de una elección libre y deliberada, ni necesariamente refleja la continuación de los vínculos con la organización en cuestión. De esta manera, el TEDH pone en tela de juicio la obligatoriedad de la cooperación como modo de acceso al beneficio de libertad condicional.

A su vez, puso de manifiesto que el sistema penitenciario italiano ofrece una serie de oportunidades progresivas para contacto con la sociedad - trabajo extramuros, permiso de salidas, semilibertad, liberación condicional- cuyo propósito es promover el proceso de resocialización del detenido. No obstante, el Sr. Viola no se benefició de estas oportunidades de reintegración social progresiva, a pesar de que los informes de

²¹ LEY 24.660. ARTICULO 5º: El tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso. El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación.

²² TEDH. *Harakchiev y Tolumov v. Bulgaria*. 8 de julio del 2014. nos. 15018/11 - 61199/12.

observación de la prisión, presentados en apoyo de su solicitud de liberación condicional, informaron un desarrollo positivo en la personalidad de la persona.

El TEDH manifestó que la personalidad del individuo puede evolucionar durante la fase de ejecución de la sentencia, como la función de resocialización, que le permite revisar de forma crítica su iter criminis y reconstruir su personalidad.

Sin embargo, reconoció que conforme el sistema normativo italiano, la falta de colaboración con la justicia lleva a una presunción irrefutable de peligro, que tiene el efecto de privar al peticionario de cualquier posibilidad realista de liberación. Se arriesga a la imposibilidad de redimirse a sí mismo ya que haga lo que haga en prisión, su castigo permanece inmutable y no está sujeto a control. Lo mismo se traspolo a nuestro art. 56 bis de la ley 24.660 y al 14 2do párr. del CP, en tanto quienes se encuentran excluidos de los beneficios no cuentan con ningún incentivo que los acerque a la modificación de conducta pretendida.

A mayor abundamiento, el juez Sarabayrouse en el fallo “Salinas” formuló una apreciación similar. Expresó que en este tipo de casos debe contemplarse el *derecho a la esperanza*, que consiste en la posibilidad de que el condenado a partir de su esfuerzo pueda alcanzar algún tipo de beneficio dentro y fuera del establecimiento carcelario. Implica la posibilidad legal de contar con una liberación anticipada. Este derecho a la esperanza, fue pensado para los casos de prisión perpetua -como el caso de Marcello Viola- y las penas de muy larga duración.

Esto resulta aplicable para algunos de los delitos contemplados en los arts. 14 2do párr. del CP y 56 bis de la ley 24.660, por las escalas penales altas que prevén. Es que más allá de que los Estados pueden tomar medidas para proteger a sus ciudadanos (como buscó hacerlo el legislador argentino de 2004), e incluso establecer penas de duración indeterminada aceptadas en el sistema europeo, hay acuerdo en que una forma tal de privación de la libertad “...es absolutamente incompatible con el principio de resocialización y que representa una pena inhumana (contraria al art. 3 CEDH) si no se da al recluso un horizonte de liberación...”²³

Veamos que incluso el TEDH reconoce que los delitos por los cuales el peticionario fue condenado se referían a un fenómeno particularmente peligroso para la sociedad, -al igual que *supuestamente* lo son los que fueran incluidos en nuestro 56 bis-. Sin embargo, comprende que los esfuerzos para combatir este flagelo no pueden justificar una excepción a las disposiciones del artículo 3 del Convenio, la cual prohíbe de forma absoluta el trato inhumano o degradante.

Es fundamental precisar que el TEDH reconoció expresamente que la naturaleza de las infracciones es irrelevante en el contexto actual. La dignidad humana imposibilita privar a una persona de su libertad de manera coercitiva sin colaborar al mismo tiempo para

²³ CNCC. “Salinas” 381/2010/1/CNC1. 30/12/2016. P. 49/50.

su reinserción y sin que se le pueda dar la oportunidad de que recupere en algún momento su libertad. (cfr. párr. 136.)

Por consiguiente, la pena perpetua impuesta al demandante limita de forma excesiva la posibilidad de liberación de la persona en cuestión y la posibilidad de reexamen de su sentencia. Por lo tanto, concluye que no se han respetado los requisitos establecidos en el artículo 3 y condena al Estado italiano.

Fundamentalmente, porque tal como han reconocido nuestras Cámaras de Casación, la persona condenada tiene derecho a conocer qué debe hacer para que se examine su posible libertad y cuáles son las condiciones aplicables.

La condena impuesta obliga al Estado a reformar su régimen de pena perpetua, preferiblemente mediante la introducción de modificaciones legislativas con el fin de garantizar la posibilidad de revisión de la sentencia. En otras palabras, Italia fue condenada a modificar su ley de administración penitenciaria a fin de permitir a las autoridades determinar si, en el curso de su sentencia, la persona condenada ha cambiado y ha progresado hacia la rehabilitación, lo que le permite saber qué hacer para que se considere su liberación.

Por último, cabe referir que el régimen conocido como 41 *bis* al que el demandante fue sometido durante seis años fue seriamente criticado tanto por organismos internacionales, como por ONG's de derechos humanos. Incluso, el TEDH había condenado previamente a Italia en reiteradas oportunidades. Por ejemplo, en los casos *Asciutto v. Italia*²⁴ y *Enea v. Italia*²⁵ el Tribunal condenó al Estado por violar el derecho a la correspondencia sin censura.

VI. Reflexiones finales

Para concluir el presente trabajo, considero importante destacar que, como ha quedado demostrado, la problemática en torno a los regímenes de ejecución penal y su repercusión en la finalidad otorgada a la pena no es exclusiva de nuestro país, sino que ocupa a la gran mayoría de los Estados.

Pudimos observar que tanto Argentina como Italia pretendieron hacer frente a clamores punitivos de la sociedad vinculados a determinados ilícitos, simplemente prohibiendo el acceso a beneficios propios del sistema de ejecución, buscando la salida más simple, siempre con la excusa de la prevención general.

Esta idea de peligrosidad, que si bien no está expresa en nuestra ley, subyace a este tipo de modificaciones, se contrapone abiertamente con la idea de derecho penal de acto, y como hemos visto, con el principio constitucional de igualdad.

²⁴ TEDH. *Asciutto v. Italia* (no. 35795/02)

²⁵ TEDH. *Enea v. Italia* (no. 74912/01) 17 de septiembre del 2009.

Por otra parte, el TEDH ha realizado una fuerte crítica al régimen diferenciado del art. 41 bis de la ley 354, por entenderlo violatorio de derechos fundamentales de las personas. Sin embargo, diversos medios periodísticos masivos en nuestra región han halagado aquel sistema, e incluso, manifestaron que Argentina debiera adoptar legislativamente un régimen similar.²⁶

Finalmente, cabe destacar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación aún no se ha expedido sobre esta suerte de regímenes diferenciales por la naturaleza del delito cometido. Sería importante contar con un pronunciamiento del máximo tribunal nacional para evitar que estas desigualdades se continúen cometiendo y, a su vez, podría resultar eficiente a fin de contrarrestar reformas legislativas de ese estilo, que pretenden resolver conflictos sociales mediante simples reformas demagógicas que de nada sirven, más que para violar derechos fundamentales.

Bibliografía y jurisprudencia

1. TEDH. Marcello Viola c. Italia. (N° 77633/16). Estrasburgo, 13 de junio del 2019.
2. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma 1953.
3. ALDERETE LOBO R. Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. 2017.
4. LEY DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA DE ITALIA N° 354/1975. http://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/L.%2026%20luglio%201975,%20n.%20354.pdf
5. Corte constitucional italiana. 306/1993
6. Corte constitucional italiana. 273/2001
7. Corte constitucional italiana. 135/2003
8. Corte constitucional italiana. 436/1999, 255/2006, 189/2010.
9. Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad.
10. Código penal argentino
11. ALDERETE LOBO, Rubén y GÓMEZ ROMERO, Martina, Artículos 54 a 56 comentados. “Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario a la Ley nro. 24.660 reformada por la Ley nro. 27.375”. Directores Mariana Salduna y Javier de la Fuente, Editores del Sur, Bs. As., 2019. P. 223 a 268.

²⁶<https://www.infobae.com/opinion/2017/07/31/italia-y-su-regimen-carcelario/#:~:text=%C2%BFEn%20qu%C3%A9%20consiste%20este%20sistema,comunes%20de%20los%20otros%20detenidos.>



12. CFCP. “Soto Trinidad” 675/2013, del 20.12.2013 (jueces Hornos y Gemignani; disidencia del juez Borinsky)
13. CNCC. “Mendez Mourelle, Maximiliano Sergio s/ legajo de ejecución penal” 25746/2006/TO1/3/CNC2, 1/6/2016.
14. CNCC. “Salinas” 381/2010/1/CNC1. 30/12/2016
15. TEDH. Harakchiev y Tolumov v. Bulgaria. 8 de julio del 2014. nos. 15018/11 - 61199/12.
16. TEDH. Ascitutto v. Italia (no. 35795/02)
17. TEDH. Enea v. Italia (no. 74912/01) 17 de septiembre del 2009.
18. <https://www.infobae.com/opinion/2017/07/31/italia-y-su-regimen-carcelario/#:~:text=%C2%BFEn%20qu%C3%A9%20consiste%20este%20sistema,comunes%20de%20los%20otros%20detenidos.>
19. <http://www.antimafiadosmil.com/index.php/archivo-tematico/mafia-italiana/5569-dicho-y-hecho-los-41-bis-vuelven-a-casa>