

El ergastolo ‘ostativo’ en el derecho italiano y en la jurisprudencia europea: experiencias comparadas con América Latina

The life sentence without parole in Italian law and in European jurisprudence: experiences compared to Latin America

Mario Caterini¹

Università della Calabria (Italia)
mario.caterini@unical.it

Mario E. Maldonado Smith²

Universidade Internacional de la Rioja (Espanha)
mario.maldonado@unir.net

Resumen

El presente ensayo analiza el ergastolo o cadena perpetua dentro de la legislación italiana, señalando sus diversas contradicciones con principios constitucionales, en especial: la función reeducativa de la pena, la proporcionalidad y la prohibición de tratos crueles e inhumanos. A la par, se realiza un esbozo de la jurisprudencia constitucional italiana y europea que, sobre el tema se ha pronunciado. En conclusión, se afirma que la cadena perpetua es una sanción ilegítima en cualquier forma. A lo largo del ensayo, también se realizan comentarios y comparaciones con la legislación y jurisprudencia de Argentina, Brasil y México a fin de analizar semejanzas y diferencias.

Palavras-chave: ergastolo, cadena perpetua, reeducación, reinserción, ostatividad, reducibilidad de la pena.

¹ Profesor de Derecho Penal y Director del “Instituto de Estudios Penales ‘Alimena’” en la Università della Calabria. Dipartimento di Culture, Educazione e Società. Via Pietro Bucci, Edificio Cubo 18/B, piano 5, CEP 87036, Arcavacata di Rende, CS, Italia.

² Profesor de Derecho Penal Económico en la Universidad Internacional de la Rioja y Asesor parlamentario en el Congreso de la Unión de México. Universidad Internacional de la Rioja. Facultad de Derecho. Av. de la Paz, 137, CEP 26006, La Rioja, España.

Abstract

This paper analyses the ergastolo, or life sentence, in Italian legislation, pointing out its several contradictions with regard to constitutional principles. This with especial regard to the rehabilitative function of punishment, the principle of proportion and the prohibition of cruel and inhuman treatment. Furthermore, constitutional and European jurisprudence on the subject is outlined. In conclusion, it is affirmed that life imprisonment is an illegitimate penalty in any form. Throughout the essay, we also made comments and comparisons with the laws and jurisprudence of Argentina, Brazil and Mexico in order to analyze similarities and differences.

Keywords: life sentence, rehabilitation, reintegration, life without parole, reducibility of sentence.

*Нет ничего проще, чем осудить злодея
и нет ничего сложнее, чем понять его.
ФЕДОР М. ДОСТОЕВСКИЙ³*

¿Por qué castigar? Desde Europa...

En la legislación italiana el tema del castigo nos remite a numerosos principios constitucionales: la inviolabilidad de la libertad personal, la igualdad, la dignidad, la legalidad y la proporción, además de la prescripción fundamental del art. 27, co. 3, de la Constitución italiana, «la norma penal constitucional más disruptiva» (Palazzo y Viganò, 2018, p. 30), coexistiendo en ella la necesidad de la “reeducación” del condenado y de la “humanización” de la pena. Además, la Constitución proporciona indicadores, incluso más amplios de los que pueden obtenerse del art. 27, a través de diversas disposiciones, no necesariamente penales, y mediante el sistema de principios del ordenamiento estatal en general (Dolcini, 2019c, p. 5).

El Constituyente italiano, al momento de determinar la función de la pena osciló entre una función retributiva o preventiva. Antes de analizarlo, conviene realizar algunas consideraciones. Las teorías más completas sobre la pena se desarrollaron desde finales del siglo XVII e inicios del XVIII (Moccia, 1992, p. 39 ss). La teoría absoluta de la pena de Kant – la ley penal era un imperativo categórico y la retribución el criterio de imposición (Kant, 1970, p. 164 ss.; cfr. Moccia, 1992, p. 41 ss.; Tafani, 2000, p. 55 ss.) –, marcó un retroceso respecto al pensamiento de la ilustración; sin embargo, fueron los instrumentos del “criticismo” los que permitieron la superación de ésta idea, a través de la elaboración de “teorías relativas de la pena”. Anselm Feuerbach y Karl Grolman (Feuerbach, 1973, p. 39 ss.; Grolman, 1970, p. 44 ss.), penalistas de extracción kantiana, desarrollaron una concepción “general-preventiva” de la pena y una idea más completa de la prevención especial (Moccia, 1992, p. 47 ss.). Pero solo con Franz v. Liszt, a finales del '800, la intimidación y la neutralización individual estarían acompañados de una real idea de resocialización (Liszt, 1962, p. 61 ss.).

³ Dostoevskij: “Nada es más fácil que denunciar al malhechor; nada es más difícil que entenderlo”.

Una gran novedad en materia penal fue la aspiración reeducativa de la sanción penal consagrada en la Constitución italiana de 1948. El Constituyente superó la disputa entre la escuela clásica y la positiva del derecho penal (Musco, 1978, p. 43 ss., Pelissero, 2008, p. 2 ss.) llegando a una formulación normativa que lograba un equilibrio. Así, la Constitución negaba al Estado el uso de la pena como un elemento disuasorio indiscriminado que no persiguiera otros fines más que la convivencia civil (Dolcini, 2019c, p. 17). Hoy día, sin embargo, la función de la pena sigue siendo una cuestión compleja y de actualidad (Moccia, 2000, p. 10).

Con el paso del tiempo, en el ordenamiento jurídico italiano, se consolidó un enfoque “sincretista” basado en la idea de la multifuncionalidad de la pena. Se trató de una propuesta “dialéctica” que pretendía armonizar los fines de prevención general dirigidos a la defensa subsidiaria de los bienes jurídicos y la resocialización, así como el principio de culpabilidad (Mongillo, 2009, p. 179). Precisamente, éste enfoque fue largamente adoptado por la Corte Constitucional (Dolcini, 2019c, p. 20).

Hoy día, el enfoque multifuncional de la pena puede considerarse superado en tanto se reconoce al principio de la reeducación como elemento central del sistema penal (Fiandaca, 2006, p. 131 ss., Pulitanò, 2017, p. 48 ss., Ruotolo, 2002, p. 34 ss.). La pena es ontológicamente aflictiva y preventiva, sin embargo, no puede discutirse que su propósito principal atribuido *de jure* por la Constitución italiana es la resocialización. Por ende, los efectos aflictivos y preventivos no pueden comprometer *tout court* el finalismo reeducativo. Se trata de un camino complejo, si se piensa en la parábola descendente del ideal reeducativo derivado del *excursus* histórico sobre su efectividad (Mongillo, 2009, p. 182) y que puede apreciarse en el actual fracaso en la implementación de la idea de re-socialización de la persona condenada, lo que, no obstante, no permite una verificación de la bondad de las tesis opuestas (Hassemer, 2009, p. 67-68). No podemos caer en la tentación de limitarnos a superponer al plano del “deber ser” las meras constataciones fácticas de nuestra realidad social (Radbruch, 1992, § 2, p. 13).

Cesare Beccaria (1981, p. 65-66), señalaba que a fin de que la pena no resultase mera violencia debía ser la mínima posible, es decir, aquella absolutamente necesaria para defender el “depósito de la salud pública”, superado lo cual resultaba ser “tiránica” e “injusta por naturaleza”. La pena, en esta perspectiva, cumple dos criterios fundamentales: el de proporcionalidad y el de minimizar el uso estatal de la violencia.

La situación en las cárceles italianas transforma las importantes reformas aprobadas en la materia – desde la ley “Gozzini” n. 354/1975, hasta el nuevo Reglamento Penitenciario de conformidad con el Decreto Presidencial n. 230/2000 – en una promesa en gran medida no mantenida. No se puede argumentar que estas reformas – aunque han traído beneficios –, hayan tenido el efecto de una prisión que restituya a la sociedad ciudadanos integrados y dirigidos al respeto de las leyes. Las condiciones de vida penitenciaria deberían reproducir tanto como sea posible las de la vida en una sociedad libre, dejando espacio para que el detenido tome decisiones sobre su comportamiento (Dolcini, 2019c, p. 26).

En definitiva, los propósitos que la pena puede perseguir legítimamente en el ordenamiento italiano deben identificarse en la integración social, entendida como re-socialización o no posterior “desocialización” del condenado, fruto de una interpretación sistemática que coloca en relación el principio de la finalidad reeducativa de la pena, sancionado por el art. 27, co. 3 de la Constitución, con otras normas constitucionales, como los artículos 2, 3, co. 1, 19, 21 de la misma Constitución italiana, que reconocen la autonomía y la dignidad del individuo, de acuerdo con los dictados del estado de derecho, y los artículos 3, co. 2, 4 y 34 Const., que expresan la perspectiva solidaria típica del Estado social (Moccia, 1992, p. 104). De ahí, entonces, una exigencia de flexibilidad de la pena: el legislador está llamado a

proporcionar instituciones que alienten a los condenados a realizar un camino de reeducación, dando al mismo tiempo al juez la oportunidad de hacer valoraciones sobre sus progresos (Pelissero, 2018, p. 339 ss.).

... a América Latina

En cuanto al contexto latinoamericano, en especial tratándose de Argentina, Brasil y México, es sabido que en ellos se continúa con la tradición continental europea del derecho penal, influidos, sobre todo, por las ideas alemanas, italianas y españolas respecto de la pena y su función (Zaffaroni, 1998, p. 196 ss.). Esta situación puede advertirse, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) la cual, reconoce en su art. 4, el derecho a la vida y dispone medidas dirigidas a la abolición de la pena de muerte en los Estados que aún la mantienen. Además, dispone en su art. 5, que la pena de prisión tendrá como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (Pinto, 2009, p. 10 ss.).

Con base en estas directrices convencionales, se dispone en las Américas de un régimen general en torno al cual la pena y el sistema penitenciario se estructura (o debería de hacerlo). No obstante, como bien es sabido, éstos directivas convencionales no se aplican por igual, tan sólo véase el caso de los Estados Unidos de América en lo que hace a la continuidad aplicativa de la pena de muerte y, de igual modo, lo que ocurre en diversos países latinoamericanos en relación a la cadena perpetua. Podemos afirmar que aún existen sombras y luces en lo que respecta a las sanciones y al tratamiento penitenciario. Los problemas experimentados en Italia en relación a los abusos carcelarios, la sobrepoblación de las cárceles, el uso abusivo e indiscriminado de la prisión preventiva, así como las condiciones de vida al interior de los centros penitenciarios no son muy diversas a lo que se presenta en el continente americano e, incluso, podríamos considerarlas hasta cierto punto más optimistas en su comparación (se vea el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2011).

De acuerdo con datos de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), más del 40% de la población carcelaria de la región se ubica en la hipótesis de detención preventiva, es decir, personas privadas de su libertad sin que exista certeza real respecto de su responsabilidad en la comisión de un delito, en espera de seguir su proceso penal correspondiente. Además, en algunos países la tasa de hacinamiento es superior al 300% de la capacidad de los centros penitenciarios. Los individuos privados de su libertad se encuentran expuestos a enfermedades, motines, fugas, violencia, tortura y malos tratos, consumo de drogas, homicidios y al autogobierno imperante en diversas cárceles (OEA, 2020). Los datos evidencian una tendencia regional al empleo de la pena privativa de la libertad para contener la criminalidad, antes bien que el empleo de medidas alternativas como la libertad condicional, arresto domiciliario o libertad penitenciaria que podrían contribuir a reducir las graves deficiencias existentes al interior de los centros penitenciarios. Como puede verse, también en las Américas se evidencia la presencia de una promesa no mantenida entre lo que nuestra CADH y lo que las Constituciones disponen con la que efectivamente ocurre en la realidad.

Retomando el eje de nuestra investigación, concretamente en lo que hace a la función reeducativa de la pena, además de estar prevista en la CADH, ésta se encuentra explicitada en diversas Constituciones o bien, puede inferirse de ellas. En el caso de la Constitución mexicana, la finalidad de reinserción social de la pena se dispone expresamente en el art. 18 Const., segundo párrafo, en el cual se indica que, el sistema penitenciario se organizará sobre

la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción social del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir (Espinoza Torres, 2012, p. 2; Labardini, 2019, p. 126).

Argentina y Brasil, por su parte, presentan una situación particular. En el caso de Argentina, su Constitución, si bien ampliamente reformada en 1994, sigue siendo la de 1853 manteniendo una estructura de la época y no señalando expresamente la finalidad reeducativa de la pena pero sí instando a que el tratamiento penitenciario no deben causar males innecesarios a los reos (art. 18). De esta previsión puede ya inferirse que el sistema penitenciario debe estructurarse conforme al respeto inherente a la condición humana de todo individuo. No obstante, la función reeducativa de la pena sí se encuentra prevista constitucionalmente pero por vía indirecta a través del art. 75, inc. 22, Const., que dispone la jerarquía constitucional de diversos tratados en materia de derechos humanos (que conforman el bloque de constitucionalidad), entre ellos el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes y, la propia CADH (Curotto, 2012, p. 9). La CADH, como hemos expresado, dispone en su art. 6, la finalidad esencial de la pena que es: la readaptación social de los condenados. Similar disposición puede encontrarse en el art. 10.3 del PIDCP.

En el caso de Brasil, su Constitución tampoco expresa directamente la función reeducativa de la pena pero se desprende de la larga tradición constitucional que aboga tanto por la prohibición de la pena de muerte como de la prisión perpetua, ello puede constarse en la Constitución de 1934 (art. 113, inciso XXIV), de 1937 (art. 122, inciso XIII), de 1946 (art. 141), de 1967 (art. 150 parágrafo 11), de 1969 (art. 153, parágrafo 11) y la actual de 1988 en la que, precisamente, el artículo 5, inciso XLVII, dispone que en el sistema jurídico del Brasil no existirán las penas perpetuas (Viggiano, 2000, p. 48-50).

La actual disposición constitucional del Brasil, incluso, ha sido reforzada por el Constituyente a tal grado que es considerada una cláusula pétrea, es decir, no susceptible de modificación, ni si quiera a través de una reforma constitucional, en términos del art. 60, parágrafo 4, inciso IV de la Constitución Brasileña (Bitencourt, 2000, p. 41 ss.), lo cual revela ya la importancia fundamental que se da a la necesidad de establecer penas determinadas en la comisión de los delitos.

La prohibición constitucional de la pena de prisión perpetua viene justificada bajo la consideración de que la pena debe orientarse a la resocialización del individuo, de acuerdo con el art. 10.3 del PIDCP, así como el 5.6 de la CADH. Además, la tradición jurídica brasileña considera que la prisión perpetua es una sanción deshumana y degradante que no se dirige a la reinserción social de la persona, además, separa al condenado de la sociedad retirándole toda esperanza de recuperar su derecho fundamental a la libertad, lo estigmatiza le niega toda posibilidad de superar su estado de marginalización (Rocha da Silva, y Pereira Lino, 2012, p. 119; Bruno, 1978, p. 60).

A nivel legislativo, sin embargo, Argentina, Brasil y México reconocen en sus respectivas legislaciones la función reeducativa de la pena (art. 1 Ley de Ejecución Penal de Brasil, art. 1 Ley de Ejecución Penal de Argentina y art. 27 del Código Penal Federal, de México).

La pena 'hasta la muerte' en Italia

En el sistema italiano no existe más la pena de muerte, pero existe una pena "hasta la muerte" (Musumeci y Pugiotto, 2016, p. 65), que se refiere claramente a la cadena perpetua –

ergastolo en la terminología italiana – y a las disciplinas conexas con el régimen de la llamada “prisión dura” de conformidad con el art. 41 bis ord. penit., y las formas del conocido “ergastolo ostativo” (Pugliotto, 2016, p. 128). Por ello, además de las dificultades y obstáculos que de hecho han surgido, también algunas previsiones legislativas – como los que acabamos de mencionar – pueden contradecir la finalidad reeducativa de la pena.

El ergastolo sigue siendo un tema muy discutido, que provoca reacciones sociales contrastantes y despierta la sensibilidad de los juristas. A lo largo de las décadas, la Corte Constitucional italiana ha mantenido una actitud prudente sobre su legitimidad, para algunos de excesiva *self-restraint* (Luciani, 2018, p. 7), con pronunciamientos que se han erosionado gradualmente, pero que no han eliminado la prohibición de la “pena indefinida” (Risicato, 2015, p. 1244). De hecho, si de un lado la Carta fundamental prohíbe expresamente solo la pena de muerte, por otro lado, la idea de los Constituyentes ciertamente no era la de una sanción contraria al propósito reeducativo y con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

De un *excursus* esencial de la jurisprudencia constitucional se desprende que el Juez consideró por primera vez que la cadena perpetua no era ilegítima porque el reo podía ser liberado después de haber cumplido parte de la condena (Corte Cost. it. 22 nov. 1974, n. 264, nota de Torrebruno, 1974, p. 33 ss.), lo que permitía a los ergastolanos el disfrute de beneficios, en especial la reducción de la sentencia, y eventualmente la libertad condicional (Sent. 21 sett. 1983, n. 274). A la luz de esto, la cadena perpetua podría parecer una sanción casi simbólica con respecto a la falta de su plena efectividad, caracterizada por una especie de contradicción y ambigüedad de fondo, en el sentido de que es legítima solo en la medida en que no lo es de por vida, demostrándose, al contrario, que una reclusión perpetua es inconstitucional (Risicato, 2015, p. 1245 ss.).

La legislación, sin embargo, cambió a principios de los años ‘90 tras el resurgimiento del crimen organizado y la conocida “stagione stragista”. Una disciplina de “emergencia” (Moccia, 2000) que, sin poder entrar en detalles aquí, ha introducido y remodelado con el tiempo diferentes regímenes de ergastolo por el efecto combinado de los nuevos arts. 4 bis y 58 ter de la Ley 354/1975. Sistemas que, en general, se distinguen de acuerdo con la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, incluida la posibilidad, después de un largo período de tiempo, de recuperar algunas formas de libertad. En caso de ergastolo por delitos de delincuencia organizada, terrorismo o subversión, las condiciones para acceder a estos beneficios son: 1) la adquisición de elementos que excluyen la actualidad de los vínculos del reo con el crimen organizado, terrorismo o subversivo; 2) la colaboración con la justicia de conformidad con el art. 58 ter ord. penit., en ausencia de lo cual, a excepción de la hipótesis de que esto sea imposible o inútil (Dolcini, 2019, p. 96 ss.; Dell’Andro, 2019, p. 955 ss.), la reclusión es a vida y, en general, acompañado del régimen de la conocida como “prisión dura”, de conformidad con el art. 41 bis de la ley 354/1975 (Della Bella, 2012; Ardita, 2007).

A los ergastolanos ostativos (en Italia 1.255 de 1.790, el 70% de los condenados a cadena perpetua)⁴ no se les permite planificar su existencia para los años posteriores a su detención, en cuanto ésta es una fase que jamás se realizará. Su vida está marcada, día tras día, por la conciencia de que lo que están viviendo, es decir, su vida en el circuito penitenciario, será su existencia hasta la muerte y esto, independientemente de su comportamiento en prisión. Una condición psicológicamente terrible, que induce al sujeto a considerar y luego tomar el camino de la colaboración con el Estado, que, sin embargo, de esta manera, difícilmente puede

⁴ Datos oficiales del Departamento de la Administración Penitenciaria del Ministerio de la Justicia, actualizado al 4 de septiembre de 2019.

entenderse como una elección libre sino más bien como una especie de chantaje. La simple colaboración representa la posibilidad de acceder a beneficios penitenciarios, a medidas de expiación fuera de los muros de la prisión. En el sistema del art. 4 *bis* ord. penit., por lo tanto, el mero curso de un largo período de tiempo quizás acompañado también por la adhesión al camino reeducativo, es una condición considerada insuficiente ya que a esto se debe agregar la colaboración que se constituye como requisito para superar la presunción de peligrosidad. Ésta situación parece más un «pretexto y un “artificio formal” para evitar la problemática y la “dureza” de una afirmación del tipo “si no confiesas no sales”» (Flick, 2017, p. 1507).

El ergastolo, por lo tanto, a partir de los años '90 en su expresión “ostativa” ya no es meramente “nominal” y su efectividad está vinculada a un propósito puramente instrumental: la colaboración y la adquisición de información útil para comprometer la libertad de otros, en conflicto latente con el principio de *nemo tenetur se detegere* y el derecho al silencio (Grevi, 1998, p. 1129 ss.; Pulitanò, 1999, p. 1271 ss.). Así comienza a destacarse la distancia que puede existir entre esta forma de cadena perpetua, la finalidad reeducativa de la pena y su sentido de humanidad, a *fortiori* con referencia al régimen de la “prisión dura”. En este tipo de pena a vida el objetivo de la integración social se “despoja” y la pena es mera aflicción, castigo, donde las garantías del reo vienen sacrificadas en pos de las necesidades político-represivas cada vez más prevalentes, donde la persona puede ser utilizada para obtener resultados extraños a aquellos que la pena debería tener de acuerdo con la Constitución. Y, de hecho, si con la sanción penal se debe ofrecer al delincuente la posibilidad de orientar su propia existencia, esto además «no puede significar la búsqueda de una adaptación forzada hacia estándares de comportamiento heterónomos, ni, por lo tanto, justificar el intento de manipulaciones indebidas de la personalidad, con el objetivo de realizar un cambio real externo de la identidad individual. Más bien, con todas las garantías del Estado social de derecho, se debe tender a favorecer una integración efectiva del sujeto mediante la realización de un programa de (re)inserción basado en la formación social, en la emancipación individual, que pasa a través de la realización de formas eficaces de apoyo cultural» (Moccia, 1992, p. 104).

Esto significa que el objetivo de reprimir las formas más graves de delincuencia a través de la colaboración “coactiva” de los detenidos, no parece justificar el instrumento del ergastolo ostativo disfrazado como un instrumento de prevención y, en cambio, caracterizado por una mera aflicción instrumental para la colaboración (Pugliotto, 2013b, p. 193 ss.). Por tanto, la idea de la reeducación o, mejor, de la reintegración social, debería reflexionar sobre la prohibición de la “pena indefinida”, aunque con diferentes modulaciones, pero que al menos brinden la posibilidad de recuperar la libertad bajo ciertas condiciones y después de haber descontado un período adecuado de reclusión.

Yendo más allá de la finalidad reeducativa, el ergastolo ostativo parece colocarse también en fricción con el marco constitucional italiano referente a la prohibición de tratamientos contrarios al sentido de humanidad, a que se refiere el art. 27, co. 3. Como ya se mencionó, la persona y su dignidad son colocadas por el Constituyente en una posición preeminente con respecto a las posibles exigencias estatales de prevención. Sin mencionar las concretas condiciones carcelarias – como el hacinamiento, cuya escasa “humanidad” se amplifica por la duración ilimitada de la pena –, el ergastolo plantea problemas de legitimidad incluso con respecto a aquellos que no quieren o no pueden ser reeducados, pues quita al ergastolano la dignidad de todo ser humano (Risicato, 2015, p. 1254).

Es evidente, por lo tanto, que el ergastolo ostativo en sí mismo se contrapone desde múltiples perfiles con la Constitución italiana. El contraste con los arts., 3, 25 y 27 es latente: el ergastolo ostativo no es una pena determinada y causa un grado indefinido de sufrimiento

como instrumento de presión investigativa; no es una pena reeducativa con una perspectiva de integración social, sino eliminatoria del consorcio social porque se basa en una presunción absoluta de peligro de las personas que no colaboran, y que no se puede superar; no es una pena proporcional, sino fija en su indeterminación temporal que impide cualquier evaluación de congruencia cuantitativa con respecto al injusto cometido (Bianchi, 2015, p. 3822).

... y en América Latina

Como si fueran dos caras de la misma moneda, dos procesos históricos lejanos pero, al mismo tiempo interrelacionados, la situación no ha sido muy diversa en el Contexto latinoamericano. Influidos por los grandes progresos en materia de derechos humanos derivados de la Segunda Guerra Mundial y de los procesos internacionales que culminaron en tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los ordenamientos latinoamericanos fueron reconociendo derechos fundamentales en sus ordenamientos (Pisarello, 2007, p. 37). Sin embargo, la década de los años 70 y 80 trajeron también consigo la lucha contra el comunismo y los movimientos “subversivos” que, en manos de dictadores, se reflejaron en disposiciones híper-punitivas para garantizar el “orden democrático”. Más aún, tras estas décadas la tendencia de “permanente emergencia” fue trasladada a la lucha contra el crimen organizado, el narcotráfico y la delincuencia común. Mediante una política institucional de “cero tolerancia” a la delincuencia fue, y continua desplegándose, un perfil estatal centrado en la creación de innumerables tipos penales acompañado de altas sanciones punitivas, con objetivos claramente publicitarios antes que de efectivo combate a la criminalidad (Zaffaroni, 1990, p. 18 ss.)

Éste contexto permite explicar por qué en México y Argentina, la prisión perpetua se encuentra prevista institucionalmente y defendida tanto por las instancias gubernamentales como por amplios sectores de la población (Quiroga Lavié, 2009, p. 441 ss.). En Argentina, el Código Penal de la Nación, en sus artículos 6, 9 y 13, prevé la prisión perpetua (Curotto, 2012), destinada a delitos como: homicidio agravado (art. 80 c.p.), delitos contra la integridad sexual seguidos de la muerte de la víctima (art. 124 c.p.), secuestro con posterior muerte dolosa de la víctima (art. 142 bis y 170 c.p.), delitos contra la seguridad de la nación (art. 215 y 227 c.p.); espionaje y sabotaje al servicio de una potencia extranjera (art. 2 ley 13.985); extracción ilegal de órganos y tejidos humanos vivos (art. 30 Ley 24.193); desaparición forzada de personas, seguida de la muerte de la víctima (art. 143 *ter* c.p.); genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (art. 8, 9 y 10 Ley 26.200).

En el país austral, en principio, la pena perpetua podía ser revisable tras 20 años de condena efectiva. Sin embargo, a partir del año 2004 y tras el conocido caso de *Axel Blumberg* (Alagia, 2014, p. 103), siempre inmerso dentro del contexto de la *perenne emergencia*, el régimen punitivo/penitenciario se vio fuertemente exacerbado conduciendo a mayores penas y mayores limitaciones en el acceso a beneficios penitenciarios, tan es así que el límite para acceder a la libertad condicional paso de esos teóricos 20 años a los 35, tal y como se prevé hoy día en el Código Penal.

Por si fuera poco, en la actualidad Argentina no dispone de un régimen normativo uniforme aplicable a la institución de la cadena perpetua por lo que es posible distinguir diversas categorías de la misma dependiendo del acceso o no a determinados beneficios. Así, pueden distinguirse cinco categorías: 1. Prisión perpetua con posibilidad de acceder a la libertad condicional (art. 13 c.p.); 2. Prisión perpetua sin posibilidad de acceder a la libertad condicional pero con posibilidad de acceder a la libertad asistida (art. 54 Ley 24.660); 3.

Prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional, ejecución de la pena agravada y sin posibilidad de libertad asistida (art. 56 bis Ley 24.660); 4. Penas temporales de prisión con límite máximo de 50 años (art. 55 c.p.), y; 5. Reclusión accesoria por tiempo indeterminado (Gobbi, 2014, p. 1 ss.; Curotto, 2012, p. 21-22). En cada caso concreto, el régimen aplicable no es una tarea sencilla, incluso para los propios juzgadores pues los límites normativos entre un beneficio y otro (o su prohibición) no están claramente precisados. Las instituciones como la libertad condicional, la asistida u otros beneficios penitenciarios pueden o no aplicarse dependiendo del tipo de delito cometido y de ciertas características, como lo es la reincidencia. Curiosamente, muchos de los tipos penales para los que se prohíben esos beneficios son, en su mayoría, los sancionados con pena perpetua por lo que, el acceso a los mismos resulta más una quimera que una realidad.

En México, la prisión perpetua también existe pero se presenta de una forma encubierta. Mientras algunos Estados federados no dudan en señalar explícitamente en sus ordenamientos jurídicos la presencia de ésta pena: Puebla, Quintana Roo, Veracruz y Chihuahua (Espinoza Torres, 2012, p. 7), en el caso de la federación se le disfraza mediante la previsión de sanciones que sobrepasan por mucho el límite racional de vida de las personas. Así, en ciertos casos, podemos encontrarnos con sentencias que por diversos delitos (acumulables) alcanzan una pena de 100, 200 o 300 años de prisión. O bien, delitos singulares sancionados con un especial rigor, como lo es el caso del secuestro, cuyo límite máximo en el tipo base se establece en 80 años, con la posibilidad de incrementarse a 100 en determinados supuestos y hasta los 140 años si el secuestro concluye con la privación de la vida de la persona secuestrada, tal como lo dispone el art. 11 de la Ley General en materia de secuestro (CNDH, 2016, p. 16 ss.). En este supuesto, es posible advertir una especie de coincidencia con la legislación italiana pues en determinados casos, la legislación mexicana prevé el acceso a determinados beneficios penitenciarios, incluyendo la libertad condicional, siempre que se colabore con la justicia en la búsqueda y captura de otros miembros de la delincuencia organizada o bandas delicadas al secuestro (art. 19, citada Ley, 35 Bis y 43 de la Ley federal contra la delincuencia organizada).

Sin embargo, en caso de silencio de parte del prisionero, se mantiene la prohibición de acceso a los diversos beneficios penitenciarios así como a cualquier otro instrumento que eventualmente pudiera conducir a la persona a recobrar su libertad, haciendo del individuo un simple instrumento al servicio de la política criminal del Estado y al principio de la reeducación social nada más que una mentira pues, a pesar de ser un principio constitucional y el objetivo central del sistema penitenciario, en los hechos, viene cercenado porque la negativa a cooperar se traduce en la prohibición de acceso al proceso de reinserción social sustentado en los beneficios penitenciarios.

El caso de hiper-punición del sistema jurídico mexicano también encuentra explicación en ese proceso de *permanente emergencia* fomentado desde la política y la opinión pública. Éste proceso, sin embargo, sólo es reciente, demostrándose en el pasado una tendencia garantista en relación a la prisión vitalicia. Desde el año 1931, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó la inconstitucionalidad de la pena de prisión vitalicia, (XXXI SJF 348, 5ª ep, sent. 21 enero 1931; Labardini, 2019, p. 127). Incluso, en 2001, con una sentencia ampliamente progresista determinó la inconstitucionalidad de la extradición a un país en donde se previera la pena perpetua por considerar que dicha pena resultaba inhumana, cruel, excesiva y ajena al principio de readaptación social del delincuente (Tesis 127/2001, XIV, SJF, 9ª ep. Sent 2 octubre 2001). Sin embargo, en 2006, y ya en el contexto de la lucha contra el crimen organizado/narcotráfico, este criterio fue modificado (1/2006, XXIII, SJF, 9ª ep. 6 febrero 2006) defendiéndose la compatibilidad de la prisión vitalicia con el art. 22 Const., ya

que, en el razonamiento de la SCJN, aunque la prisión perpetua inhibe la libertad motora del individuo, no tiene por objeto causar en su cuerpo sufrimiento o dolor. Además, precisó que, si bien es cierto, la finalidad esencial de la pena es la reinserción social, tampoco es la única pues también debe defenderse el restablecimiento del orden social (1/2006, XXIII, SJF, 9ª ep. 6 febrero 2006; Espinoza Torres, 2012, p. 5 ss.; Labardini, 2009, p. 2011).

La cadena perpetua en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El problema que surge es uno de los más clásicos, a saber, el de equilibrar las necesidades de seguridad del Estado con la protección de los derechos de las personas, en particular los de las personas detenidas. Si no faltan en la legislación precisas referencias normativas sobre la relación entre las exigencias de seguridad y el respeto a la dignidad de la persona (Spangher, 2019, p. 1568), no hay duda de que la prisión representa el lugar donde, tanto desde un punto de vista material como jurídico, la persona sufre limitaciones severas de sus propias facultades, teniendo que obedecer órdenes de hacer, no hacer, soportar y respetar. Todo esto es parte de la lógica de garantizar el orden y la seguridad en la institución penitenciaria (Fiorentin, 2019, p. 1597).

El sistema penitenciario italiano, por otra parte, tiene oscuros recovecos, desconocidos para la vasta opinión pública y cada vez más oscurecidos por esa actitud “centrada en la prisión” del llamado populismo penal que gravita integralmente la respuesta sancionadora alrededor de la detención, promoviendo formas cada vez más orientadas a la totalización (Pugiotto, 2013, p. 88). Estos incluyen, precisamente, el ergastolo ostativo y su distinción con respecto a las funciones legítimas que pueden asignarse a la pena que hoy día pertenece a un debate que va más allá de la esfera nacional.

Desde hace algún tiempo, el TEDH ha reconocido, en principio, que una pena perpetua incluso para un adulto es incompatible con el art. 3 de la Convención cuando es *de jure* o *de facto* no reducible, es decir, si la legislación nacional no permite formas de liberación condicional o anticipada tras la verificación de la no persistencia de los motivos penales que justifican la detención (TEDH, Kafkakis c. Cipre; Viganò, 2013). Sin embargo, en esta primera jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo ha preferido un enfoque formalista, podría decirse que ilusorio, en detrimento de una garantía sustancial que se encuentra en un real derecho a la liberación o, por lo menos, a su reexamen, en tanto ha considerado que la mera esperanza de la gracia era suficiente, *de facto* existente en la constatación que el Jefe de Estado la haya otorgado previamente, aunque de una manera muy parsimoniosa.

Una evolución se produjo entre 2012 y 2013, con el caso Vinter c. Reino Unido (TEDH, Vinter c. Reino Unido). La Sala destacó varios perfiles problemáticos del ergastolo en referencia al art. 3 de la CEDH, en particular si es claramente desproporcionado, si la prisión perpetua no está justificada por ninguna finalidad legítima de la pena, si la sanción es *de jure* y *de facto* no reducible. En conclusión, según la Sala, en el caso de un ergastolo “real” sin la posibilidad de libertad condicional (ya sea discrecional porque es aplicado por el juez después de una evaluación de las circunstancias del caso, ya sea obligatorio porque se aplica automáticamente), la pena puede ser *ex post* claramente desproporcionada, en ausencia de un mecanismo de revisión que impida su continuación cuando ya no esté respaldado por ninguna justificación legítima. De acuerdo con esta configuración, por lo tanto, en el momento de la aplicación judicial de la pena no habría una condición legitimadora para la cadena perpetua vinculada a su reducibilidad, sino que ésta surgiría solo en una etapa posterior de la ejecución

penal cuando el delincuente demuestre que la perpetuación del encarcelamiento ya no tiene justificación legítima (Viganò, 2013).

La Gran Sala, en el mismo caso Vinter, yendo más allá, trató de concretar el llamado derecho a la esperanza de los ergastolanos anticipando el juicio sobre la reducibilidad de la pena desde la fase *ex post* de la ejecución penal hasta la fase *ex ante* de la aplicación de la sanción. Según la Gran Sala, se entiende que la evaluación de la persistencia de razones legítimas de detención debe realizarse *ex post* durante la fase de ejecución, sin embargo, el ergastolo entra en conflicto con la CEDH si la persona condenada se ve privada de la posibilidad de conocer *ab initio* cuándo, cómo y qué debe hacer para obtener la liberación condicional. En esencia, el Estado debe garantizar el conocimiento previo de las condiciones y los tiempos para recuperar al menos parcialmente la libertad. Por otro lado, según la Gran Cámara, no hay violación del art. 3 de la CEDH si un detenido de facto permanece restringido de por vida porque es peligroso para el resultado de la revisión (§ 108).

En esta jurisprudencia se evidencia que incluso el ergastolo debe poseer una finalidad reeducativa, excluyendo en consecuencia la legitimidad de una pena sin la posibilidad de liberación, ya que socavaría la posibilidad de reintegración social y dañaría la dignidad humana. Sin embargo, la misma jurisprudencia dejó sombras en el sentido de que, entre otras cosas, el mismo concepto de reducibilidad del ergastolo y de las garantías sustanciales y procesales relacionadas con la evaluación, permaneció vago y quedó a una excesiva discreción de los Estados (Zagrebel'sky, 2019, p. 15). Y, de hecho, la pregunta que plantea el ergastolo "real" en la legislación italiana es si es legítimo hacer esta sanción no reducible, es decir, obstaculizar la concesión de beneficios por exigencias de investigación relacionadas con la falta de colaboración con la justicia.

El caso del ergastolo italiano también se presentó ante el TEDH a través del caso Viola, un condenado que siempre se proclamó inocente, tanto que nunca colaboró (TEDH, Viola c. Italia). En esta ocasión, el juez de Estrasburgo consideró que el mecanismo normativo ideado en Italia para evitar la concesión de la libertad condicional a los ergastolanos, constituía una pena irreductible *de facto* en tanto que, a quien no colabora se le limita excesivamente la posibilidad de liberación y la posibilidad una revisión de su condena (§ 137). El TEDH, aún admitiendo que el Estado pueda exigir la demostración de "disociación" del ambiente criminal, declaró que la cadena perpetua lesiona la tutela de la dignidad humana porque impide al juez la revalorización individualizada de los posibles progresos realizados por el reo que lo lleven al objetivo de la reintegración social (§ 143). En esencia, el valor de la dignidad humana a que se refiere el art. 3 de la CEDH se ve comprometido si se priva a "una persona de libertad, sin trabajar al mismo tiempo en su reintegración y sin ofrecer la posibilidad de recuperar esta libertad algún día" (§ 113).

Al entrar en un poco más de detalle en la sentencia Viola, el juez alsaciano, por un lado, encontró que la legislación italiana no excluye absolutamente el horizonte de libertad, por otro lado, sin embargo, consideró que *de facto* resulta demasiado restrictiva la condición para acceder a ella: la colaboración útil exigible (§ 110). Esto porque, en opinión del Tribunal Europeo, la presunción absoluta de peligrosidad y la falta de arrepentimiento vinculada únicamente a la falta de colaboración no es lógicamente correcta, ya que, por un lado, la elección no colaborativa puede depender de factores no relacionados con la adhesión persistente a los "valores criminales" (§ 118) y, por otro lado, la decisión de colaborar con la justicia puede obedecer a razones oportunistas libres de una disociación auténtica (§ 119). En conclusión, el TEDH continuó a no oponerse en manera absoluta al ergastolo (§ 144), sino solo contra aquel que impide una *prospect of release* o *possibility of review*, es decir, una evaluación completa y personalizada del comportamiento del detenido – cuya personalidad no

permanece congelada al momento del delito (§ 125) –, incluso de la persona que no colabora y que a pesar de esto puede haber comenzado a adherirse a las reglas de la vida social (Dolcini, 2019b, p. 925; Pelissero, 2019).

... y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En ámbito Latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), con sede en San José de Costa Rica, ha también tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la cadena perpetua, sin embargo, únicamente en lo que respecto a la Argentina y a la aplicabilidad de tal sanción a los menores de edad. En el caso “Mendoza y otros vs. Argentina” (Elhart, 2014, p. 1-3; Argenti y Blanco, 2015, p. 248) la Corte Interamericana señaló que, si bien la CADH no hace referencia a la prisión perpetua, no obstante, el art. 5.6 de la misma dispone que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados. Con base en ello, continuó argumentando la Corte, la prisión perpetua, por su propia naturaleza, no es capaz de cumplir con la finalidad de la reintegración social pues opera meramente en un sentido retributivo quedando anuladas todas las perspectivas de resocialización (párr. 165-166) y, en consecuencia, contraviene la CADH. De igual modo, la Corte determinó que la prisión perpetua violenta el art. 5.2 de la CADH en lo que atiende a la prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes en tanto ésta pena no guarda relación con el principio de proporcionalidad ya que siendo extremadamente invasiva en el individuo provoca en él un alto impacto físico y psicológico constituyendo tratos crueles e inhumanos (párr. 174-183).

Los argumentos dados por la CoIDH, debemos contextualizar, se dirigen expresamente a los menores de 18 años pues, la cuestión planteada en la sentencia se refiere precisamente a menores de edad que habían sido condenados a la pena perpetua en la Argentina. Sin embargo, habría que plantearse si todos y cada uno de los cuestionamientos que la CoIDH ha efectuado no podrían bien extenderse a todos los prisioneros condenados a ésta pena, sean niños, adolescentes o adultos. Entendemos claramente que, en tratándose del interés superior del menor se requiere una tutela reforzada pero, en el caso de los mayores de edad, las consideraciones argumentativas pueden ser claramente las mismas. Desafortunadamente, la CoIDH no ha manifestado una clara oposición a la cadena perpetua, en tanto que la CADH no la prohíbe y, a la par, no han sido planteados casos en esta materia ante el máximo tribunal americano.

A pesar de no haberse pronunciado aun expresamente sobre el instituto de la pena perpetua, homologado como pena “hasta la muerte”, existen argumentos para considerar que en algún futuro podría plantearse ante el máximo tribunal americano de derechos humanos una cuestión relativa al mismo y que concluyera con la declaración de inconventionalidad de la misma. Estos vaticinios parten de las consideraciones que la CoIDH ha ya realizado en relación con la pena de muerte, el principio de progresividad y la función de readaptación social de la pena.

La CADH dispone en su artículo 4 que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que nadie puede ser privado arbitrariamente de la misma. Además, prevé que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, estando prohibido extender su aplicación a los delitos a los que no se aplique actualmente. Finalmente, indica que los Estados se abstendrán de restablecer la pena de muerte cuando ya la hayan abolido.

De estas consideraciones, se desprende que aunque la CADH no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, sí dispone de un principio progresista dirigido a su futura abolición (Caso Hilaire, Constantine y Benjamin, párr. 99; Caso Boyce y otros Vs. Barbados, párr. 52; Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados, párr. 49).

La tendencia asumida por los países liberales fundados en el respeto a los derechos inalienables del ser humano se dirige precisamente a prohibir la aplicación de la pena de muerte, ello en razón de la dignidad inherente que existe en todo ser humano y, además, porque se asume que la pena (siempre en un Estado fundado en el respeto a los derechos humanos) debe dirigirse no ya a una simple retribución por el mal ocasionado sino a reinserir a quien delinque dentro del ámbito social.

En el caso Pacheco Teruel vs. Honduras la Corte precisó que el Estado vulnera el principio de la readaptación social de la pena cuando infringe restricciones injustificadas o desproporcionadas que eviten a las personas privadas de la libertad poder realizar el recorrido dispuesto para su reinserción social, así por ejemplo, la prohibición de realizar actividades productivas (de trabajo) al interior del centro penitenciario se traduce en una violación de tal principio (párr. 60 y 69). Más aún, en el caso Vélez Loor vs. Panamá, la Corte indicó que todo el sistema penitenciario debe estructurarse a fin de propender a la “finalidad esencial” de las penas privativas de libertad que no es otra que, “la reforma y readaptación social de los condenados” (párr. 208).

En el caso López y otros vs. Argentina, la Corte recalcó que los Estados no pueden esgrimir argumentos con los cuales intenten justificar las nefastas condiciones en las que se encuentren los condenados al interior de los centros penitenciarios pues los Estados asumen una posición especial de garante al ejercer un fuerte control o dominio sobre las personas sujetas a su custodia. De ahí que el Estado debe estructurar su sistema penitenciario para cumplir con la finalidad esencial de la readaptación social del condenado (párr. 90 y 118).

Siendo la pena perpetua una manifestación de la misma pena de muerte, los argumentos anteriores pueden aplicarse cabalmente. En efecto, si se dispone como un principio cardinal del sistema interamericano de derechos humanos la abolición progresiva de la pena de muerte y, la finalidad central de la pena consistente en la readaptación social del delincuente, no puede sino aceptarse que la prisión permanente debe también progresivamente ser abolida a fin de que la pena cumpla con su función de reinserir socialmente al delincuente.

El ergastolo 'ostativo' en la jurisprudencia constitucional italiana más reciente

Las implicaciones del caso Viola no han tardado en manifestarse incluso en la jurisprudencia constitucional italiana (Brucale, 2019, p. 49 ss.; De Cesare, 2019, p. 83 ss.). La Consulta, en realidad, desde hacía mucho tiempo había examinado la constitucionalidad del llamado “doble binario sancionador”, tanto en referencia a su presunto carácter discriminatorio como en relación a la función reeducativa de la pena. Las conclusiones a las que llegó el juez de constitucionalidad habían ya mitigado algunas asperezas “ostativas” rechazando el principio según el cual, por un lado, la presunción de mayor peligrosidad social deducida de ciertos hechos criminales no debe tener un carácter absoluto basado en rígidos automatismos y, por otro lado, el mayor rigor derivado de la discriminación sancionadora no debe interrumpir el proceso de rehabilitación en ausencia de ulteriores comportamientos culpables del detenido (Corte cost., 28 julio 1994, n. 357).

Tras la sentencia del TEDH en el caso Viola, en el que se planteó «un problema estructural del sistema italiano», la Corte Constitucional recientemente, con una sentencia innovadora pero no inesperada, se encontró expresándose una vez más sobre algunos aspectos del “doble binario” (Corte cost., 4 dicembre 2019, n. 253), con probables influencias resultantes de la necesidad de armonización de la sentencia de Estrasburgo y de una opinión pública cada vez más condicionada por obsesiones de seguridad, en algunos casos acentuadas por la clase política (Talini, 2019, p. 738 ss.).

Con este fallo, la Corte italiana declaró la ilegitimidad constitucional – por violación a los arts. 3 y 27, co. 3, Const. – del art. 4 *bis*, co. 1, ley 354/1975, en la parte que no prevé que a los detenidos por delitos de asociación de tipo mafioso o por otros delitos relacionados, se les pueda conceder “permisos de premio” incluso en ausencia de colaboración con la justicia de conformidad con el art. 58 *ter* de la misma ley (Bernardi, 2020). La sentencia tiende a valorizar la finalidad reeducativa de la pena, que presupone una evaluación no automática sino individualizada a los beneficios penitenciarios. De lo contrario, según la Consulta, «la opción represiva termina relegando a las sombras el perfil reeducativo, en contraste con los principios de proporcionalidad e individualización de la pena». En esta sentencia – a diferencia de la jurisprudencia más antigua en la que prevalecía una visión netamente multifuncional de la pena –, se fortalece la centralidad del finalismo reeducativo con respecto a otros posibles efectos *de facto* (prevención, disuasión, defensa social) cuyo logro no puede comprometer el propósito último de la sanción penal que es la reeducación, consagrada expresamente en la Constitución.

La Corte Constitucional italiana, con una sentencia aditiva y de efecto sustitutivo (Talini, 2019, p. 732), superó el mecanismo automático que impedía al juez de supervisión cualquier valoración en concreto sobre la peligrosidad del condenado no colaborador. Señaló que, no es la presunción en sí misma lo que es constitucionalmente ilegítimo, ya que no es irracional deducir que el condenado que no colabora mantiene vivos los lazos con la organización criminal. Esto, sin embargo, siempre y cuando la presunción permanezca dentro de los límites de lo no absoluto, sino de la relatividad y, por lo tanto, de la posibilidad de superar la presunción mediante una prueba contraria. Dentro de estos límites, en opinión de la Corte, la solución es compatible con los objetivos de prevención especial y con los imperativos de re-socialización inherentes a la pena.

Para proporcionar la prueba contraria, además, la sentencia señala que no basta la “buena conducta” en prisión o la adhesión a un camino de reeducación y ni siquiera una simple declaración de disociación. La superación de la presunción relativa de peligrosidad debe justificarse con elementos específicos capaces de demostrar la desaparición del vínculo criminal y la valoración concreta de este cambio debe realizarse sobre la base de un parámetro probatorio particularmente alto, de evidencia reforzada para determinar la inexistencia de una condición negativa (Talini, 2019, p. 737). No es sorprendente que, tomando una orientación ya generalizada en la jurisprudencia de legitimidad (Cass. pen., sez. I, 27 giugno 2019, n. 36057), la Corte Constitucional italiana señalara que la superación de la presunción de peligrosidad del detenido que no colabora puede basarse solo en la específica alegación de elementos tales que permitan excluir tanto la actualidad de relaciones con el crimen organizado como con el peligro de una reinstauración. De esto se deduce, entre otras cosas, que de conformidad con el art. 41 *bis*, el detenido no tendrá oportunidad de obtener permisos premio en tanto que tal régimen de “prisión dura” de por sí presupone normativamente la actualidad de la relación con la asociación criminal (Pugiotto, 2020, p. 8 ss.).

De este modo, se presenta claramente la dificultad de conceder el permiso premio a un condenado por delitos de asociación mafiosa ya que dependerá en gran medida de la información adquirida. Para el magistrado de vigilancia serán relevantes los informes de la autoridad penitenciaria y la información obtenida por el comité de orden y seguridad pública. Además, de conformidad con el párrafo 3 *bis* del art. 4 *bis* ord. penit., los permisos premio no pueden concederse «cuando el Procurador Nacional contra la Mafia o el Procurador de Distrito comuniquen, por iniciativa o por recomendación del comité provincial para el orden público y la seguridad, la actualidad de vínculos con el crimen organizado». Para tales casos, la Consulta ha especificado que al condenado incumbe «no solo la carga de presentar los elementos a favor, sino también la de proporcionar evidencia de apoyo real». Podemos hablar de una *probatio* [casi] *diabólica*, ya que en tales situaciones la concesión del permiso premio resulta prácticamente imposible, excepto quizás en la hipótesis en la que la valoración del procurador es genérica y se limita a la mera falta de elementos positivos (Ruotolo, 2019).

La naturaleza diabólica de la prueba es inherente a su naturaleza negativa, a *fortiori* se apunta a demostrar la inexistencia de un hecho no actual, sino hipotético, es decir, el [peligro de] restablecer conexiones con el crimen organizado (Dolcini, 2019, p. 96 ss.). Por lo tanto, a pesar del pasaje motivacional en el que la Corte Constitucional italiana declara el principio según el cual es legítimo recompensar al preso que colabora, mientras que es inadmisibles castigarlo aún más por no cooperar sobre la base de una presunción *iuris et de iure* (Pulitanò, 2019, p. 157), el valor práctico de esta importante apertura intelectual de la Consulta puede ser invalidada por el peso probatorio impuesto al acusado para superar la presunción de peligro que, si bien es relativa, sigue siendo una presunción que de alguna manera puede considerarse semi-absoluta (Ruotolo, 2019, § 6).

La misma Consulta, además, especificó que el caso de análisis no concierne *per se* al ergastolo ostativo, porque no afecta la preclusión de la liberación condicional del ergastolano que no colabora y que ya ha cumplido veintiséis años efectivos de prisión, teniendo en cambio la decisión de objetar solo los condenados por delitos ostativos que no pueden acceder a los permisos premios a menos de una útil colaboración (Nuzzo, 2019). La sentencia italiana, por lo tanto, no se refiere a los condenados al ergastolo ostativo, sino a cualquiera que haya sufrido una condena por uno de los delitos incluidos en la lista del art. 4 *bis*, co. 1, ord. pen. Esto no significa, por otra parte, que los principios expresados en la reciente sentencia de la Corte constitucional, en armonía con los proclamados por el Tribunal Europeo, no deban tener también importantes repercusiones sobre el ergastolo ostativo (Pugiotto, 2020, p. 2). En efecto, no es posible que el *dictum* pueda extenderse en vía interpretativa a la institución de la liberación condicional, aunque esto resulta presumible sobre la base de la *ratio decidendi* de la Consulta que nos permite imaginar, en ausencia de intervención legislativa, futuras sentencias que caducarán la absolutidad de la presunción, incluso con respecto a otras medidas alternativas a la detención, incluida la libertad condicional (Pugiotto, 2020, p. 17). Primeramente, sin embargo, debería ser el legislador quien interviniera siguiendo la ruta trazada por la Consulta introduciendo al menos un mecanismo similar de presunción no absoluta, incluso para acceder al beneficio de la libertad condicional. Solución que evitaría encontrarse con otra declaración de ilegitimidad que no es muy difícil de predecir (Ruotolo, 2019, § 6).

Por lo tanto, la opción parlamentaria sería la deseable, pero también parece la más ilusoria si uno tiene en cuenta las tendencias legislativas actuales de “simbolismo securitario” cada vez más marcadas por una visión totalizadora (Sgubbi, 2019) de una populista defensa social promovida más allá de los confines establecidos por los principios fundamentales del sistema penal. Razonando de este modo, a los vínculos constitucionales y convencionales que

limitan el poder punitivo estatal, se corre el riesgo de anteponer indemostrables supuestos sociológicos presentados como verdad factual incontrovertible (Pugiotto, 2019, p. 11). El ergastolo ostativo, por lo tanto, ha “ido a la ciudad”⁵, a Estrasburgo, capital del moderno “imperio” europeo, y ha regresado a sus “fronteras” (Ciulla, 2011), en esa Roma que una vez fue *caput mundi* por su civilización jurídica y que hoy está confiada a un legislador, esperemos no demasiado animado por instintos impulsivos “provinciales”.

... y en jurisdicciones nacionales latinoamericanas

Por su parte, en el contexto latinoamericano analizado, la prisión perpetua ha sido también objeto de diversos cuestionamientos en virtud de su evidente contradicción con disposiciones constitucionales como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el principio de proporcionalidad de la pena y la función reeducativa de la misma (Espinoza Torres, 2012, p. 2; Labardini, 2019, p. 126).

En ámbito jurisdiccional, los cuestionamientos también han encontrado eco en diversos jueces con perspectivas liberales/garantistas. En el caso de México, como hemos señalado, desde 1931 la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la prisión vitalicia constituía una pena inusitada prohibida expresamente por la Constitución (XXXI SJF 348, 5ª ep, sent. 21 enero 1931; Labardini, 2019, p. 127). En 2001, la SCJN resolviendo una contradicción de tesis, determinó que la extradición a un país en el que se previera la pena de prisión perpetua vulneraba los derechos fundamentales del individuo en tanto que tal sanción contravenía el art. 22 Const., al ser inusitada, es decir, no disponer de un límite determinado más que el de la vida de la persona, lo cual constituye una sanción cruel, infamante, inhumana, excesiva y contraria a la finalidad esencial de la pena establecida en el art. 18 Const. (127/2001, XIV, SJF, 9ª ep. Sent 2 octubre 2001; Labardini 2019, p. 131).

Sin embargo, y ya en el contexto de la lucha contra el crimen organizado, este criterio fue modificado en 2006 (1/2006, XXIII, SJF, 9ª ep. 6 febrero 2006; Labardini 2019, p. 131) defendiéndose la compatibilidad de la prisión vitalicia con el art. 22 Const. De acuerdo con el razonamiento de la SCJN, lo “inusitado” se limita al dolor o alteración física, así como a lo excesivo en relación con el delito cometido. De acuerdo con la SCJN, la prisión vitalicia no se ubica en ninguno de éstos supuestos pues, por una parte, no tiene por objeto causar dolor o alteración física, únicamente se limita a la libertad “locomotora” del individuo. Con respecto a lo excesivo, señaló que no existe ningún parámetro objetivo para determinar con certeza la proporcionalidad exacta con respecto al delito cometido y, además, que la Constitución no es clara al señalar que la pena tiene como único objetivo la readaptación social del sentenciado (1/2006, XXIII, SJF, 9ª ep. 6 febrero 2006; Espinoza Torres, 2012, p. 5; Labardini, 2009, p. 2011).

La línea jurisprudencial derivada de la interpretación de la SCJN resulta obligatoria para todos los tribunales mexicanos por lo que actualmente el criterio que se sigue respecto de la prisión vitalicia es el de su constitucionalidad. Sin embargo, fuera del ámbito judicial, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) ha dejado en claro que las penas de prisión vitalicia violentan la dignidad del ser humano, el principio de la reeducación social y la prohibición de tortura, penas crueles, inhumanas o degradantes. La CNDH se ha pronunciado por un sistema penal en el que: se prohíban sanciones por encima de la esperanza de vida de las personas; se elimine el criterio de la acumulación sucesiva de penas; se garantice el acceso

⁵ Cita tomada del film de Paolo Virzì, *Caterina va in città*, del 2003.

a formas anticipadas de libertad; se disponga una deflación punitiva en el sistema penal y; se instaurare un sistema de prisión revisable en sentencias superiores a los 30 años (CNDH, 2019). Por desgracia, las preocupaciones del *ombudsman nacional* poco eco han tenido en la legislación y política criminal mexicana.

En el caso Argentino, los resultados parecen orientarse en una dirección progresista. La prisión perpetua ha sido progresivamente erosionada por la SCJN y otros tribunales. En 2005, la CSJN en el caso "Maldonado" (Fallo 328:4343, de 7 de diciembre de 2015) determinó la inconstitucionalidad de la prisión perpetua aplicada a menores de edad, con fundamento en el principio de reinserción social de la pena y el interés superior del menor. Sin embargo, en este caso, justificó la prisión perpetua de los mayores de edad con base en el principio de estricta legalidad al que deben sujetarse los jueces en el cumplimiento de su deber. En suma, la prisión perpetua para los mayores de edad, constituye una decisión de política criminal asumida por el legislador y que al juez corresponde respetar (Dughetti, 2019).

En el caso "Gramajo" (Fallo 324:2153, de 5 de septiembre de 2006), la CSJN declaró la inconstitucionalidad de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 c.p.) señalando que ésta no era una medida de seguridad sino una pena y que no podía sustentarse bajo la peligrosidad de la persona. Dicha figura, constituía en los hechos una medida de seguridad típica del derecho penal del enemigo fundada en la eventual peligrosidad del sujeto que justificaba su reclusión por tiempo indeterminado. La Corte, mediante este fallo determinó que en los hechos la reclusión accesoria se erigía como una sanción penal incompatible con los principios constitucionales de la culpabilidad, la proporcionalidad de la pena, la legalidad, el derecho penal del acto y la prohibición de imponer penas crueles, inhumanas y degradantes (Curotto, 2012, pp. 7 ss.; Argenti y Blanco, 2015, p. 247).

Siguiente ésta tendencia progresista, en el caso "Estévez", (fallo 333:866, sentencia de 8 de junio de 2010), el juez Zaffaroni cuestionó la legitimidad de la pena perpetua en tanto contradecía claramente el principio reeducativo de la pena y, en los hechos, se equiparaba a la pena de muerte. Zaffaroni, en esta sentencia afirmó que, en un sistema republicano la pena siempre debe tener un límite temporal por lo que no es admisible una consecuencia jurídica que inhabilita durante toda su vida a una persona "de aceptarse lo contrario, la ley estaría creando una *capitis deminutio* o la muerte civil, con la consecuencia que de ello daría lugar a una categoría de ciudadanos degradados, marcados a perpetuidad, estigmatizados de por vida, para los cuales la posibilidad de rehabilitarse civilmente sería imposible [...] no es posible entender qué posibilidad de readaptación social puede tener una persona si en la mayoría de los casos al término de la pena ya no será persona por efecto de la muerte o, incluso en los excepcionales casos en que tal evento no se produzca, se reincorporará a la vida libre cuando haya superado la etapa laboral, además de cargar con la incapacidad del deterioro inocuizante de semejante institucionalización" (Considerando 7 y 33 del voto particular de Zaffaroni, se vea también Rodríguez Yagüe, 2016, p. 97).

En 2013, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en el caso "Soto Trinidad", causa 675/2013, del 20 de diciembre de 2013, determinó la ilegitimidad del art. 56 bis de la Ley 24.660 al vulnerar los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad republicana, la finalidad reeducativa de la pena y el sistema progresivo de readaptación social. La Sala señaló que al art. 56 bis de la Ley 24.660, al prohibir las salidas transitorias y el régimen de semilibertad a los condenados a pena perpetua vulneraba los principios constitucionales de igualdad ante la ley, razonabilidad republicana, la finalidad reeducativa de la pena y el sistema progresivo de readaptación social. Concretamente, precisó que el art. 56 bis se fundaba en una lógica de tipo de autor en la que, sólo con base en el delito cometido, se

negaba el acceso a la persona condenada a beneficios previstos por la propia normativa penal y ello contrariaba la finalidad reeducativa de la pena (Argenti y Blanco, 2015, p. 250).

En el caso brasileño, también se han presentado novedades en cuanto a la prisión perpetua. Si bien es cierto hemos señalado que, es la propia Constitución la que prohíbe la imposición de penas vitalicias por considerarlas tratamientos crueles, inhumanos y degradantes (Rocha da Silva, y Pereira Lino, 2012, p. 119; Bruno, 1978, p. 60) no obstante, existen dos supuestos en donde se han planteado posibilidades de admitir la prisión perpetua: la competencia de la Corte Penal Internacional y los procesos de extradición.

En lo que hace a la Corte Penal Internacional, como se sabe, el Estatuto de la misma prevé la posibilidad de aplicar la pena de prisión perpetua (art 77 Estatuto) y, los Estados que son parte del Estatuto no pueden invocar la inmunidad de jurisdicción (art. 27). Brasil es parte de dicho Estatuto y, en correspondencia, tratándose de crímenes competencia de la Corte Penal Internacional y, siendo requerido por aquella, debería de proceder a la entrega de tales sujetos a fin de que sean juzgados por la Corte, incluso, con la pena perpetua (Rocha da Silva, y Pereira Lino, 2012 p. 120 ss.).

En el caso de la extradición, en pasado fueron autorizados procesos como el de Russell Wyne y Franz Stangl Labardini, (De Freitas Oliveira, 2014 p. 39) que terminaron con la imposición de la pena perpetua a los condenados. Los razonamientos jurisprudenciales habían estado apoyados en la confusa redacción del art. 75 del Código Penal Brasileño y el art. 91 del "Estatuto de los extranjeros", en especial éste último, que no prohíbe la imposición de sanciones perpetuas y que ha llevado a la jurisprudencia a validar aquellos casos en donde es posible conmutar la pena de muerte por una condena privativa de libertad a perpetuidad (Moraes, 2002, p. 123).

No obstante, en tiempo reciente el Supremo Tribunal Federal ha revirado esta posibilidad señalando que la extradición debe ser prohibida cuando la legislación del Estado requirente prevé la posibilidad de aplicar la pena de muerte o la prisión perpetua, ya que ambas se encuentran prohibidas por la Constitución del Brasil. Solamente podrá autorizarse la extradición si se realiza un compromiso diplomático de conmutar cualquiera de tales penas por la pena máxima de prisión prevista en el Brasil, que es, 30 años (STF, 17.02.2011).

Un caso de gran interés que refleja éste cambio de parecer de la justicia Brasileña es el de Cesare Battisti, condenado en Italia al ergastolo en 1993, por crímenes ocurridos en los años 70's. Tras diversas peripecias en México y Francia, finalmente llegó al Brasil en 2004 donde se refugió e incluso conto con el respaldo político del Presidente Lula Da Silva. Frente a diversas solicitudes de extradición, la justicia brasileña incluso se pronunció en favor de su entrega (2009) pero, más tarde reuló (2011) por intermediación del Presidente Da Silva.

De acuerdo con la primera sentencia del Tribunal Supremo del Brasil (STF, 18.11.2009) si bien es cierto que la Constitución brasileña prohíbe la pena de prisión perpetua y, en consecuencia, la extradición no debe permitirse cuando exista la posibilidad de sentenciar a una persona a dicha condena, el Tribunal, no obstante, consideró que los cargos imputados a Battisti preveían una sanción de no más de 30 años que es equivalente a la pena máxima prevista por la legislación penal brasileña, en consecuencia, se manifestó por su extradición dejando, sin embargo, la última palabra al Presidente de la República quien rechazó el pedido de extradición argumentando peligro de persecución política y discriminación (Cossiri y Di Cosimo, 2012, p. 344).

Ante los constantes reclamos del gobierno italiano, nuevamente el Supremo Tribunal del Brasil se pronunció en 2011 (STF, 08.06.2011) señalando en ésta ocasión que la decisión del Presidente de Brasil era una decisión soberana que no podía ser desafiada por un gobierno extranjero e, incluso, se declaró la libertad de Battisti evidenciándose, además de una disputa

legal, una cuestión de índole política entre los gobiernos italiano y brasileño que amenazaba con llevar el caso ante la Corte Internacional de Justicia (Cossiri y Di Cosimo, 2012, p. 357). Como es sabido, los cambios políticos sucedidos en el Brasil tras el gobierno de Lula Da Silva y Dilma Rousseff que llevaron a Michel Temer y finalmente a Jair Bolsonaro a la presidencia también se proyectaron en la justicia brasileña que cambió de parecer en el caso Battisti y que amenazaba con hacer efectiva su extradición, razón por la cual éste prefirió salir del Brasil y, como es sabido, finalmente capturado en Bolivia a comienzos de 2019.

Reflexiones finales sobre la ilegitimidad de la cadena perpetua en Italia

La filosofía de la pena ha demostrado que no existe un canon ontológico capaz de informar en modo empíricamente proporcional la sanción con el delito, ya que estas dos entidades son profundamente heterogéneas hasta el punto de impedir ya a nivel legislativo la existencia de un criterio puramente objetivo e inalterable de cuantificación penal (Hart, 1981, p. 188 ss.; Ferrajoli, 2004, p. 395 ss.; Caterini, 2012, p. 49 ss.). Por tanto, la indicación abstracta de la pena está siempre ligada a una valoración “política” del legislador (Foucault, 1976, p. 59). La posibilidad de censurar una pena porque se considera desproporcionada, generalmente está vinculada a una evaluación comparativa con otro tipo penal homogéneo, en cuanto a estructura y bien protegido, pero castigado con menos severidad (Donini, 2013, p. 1162 ss.; Manes, 2013, p. 104 ss.; Insolera, 2012, p. 313 ss.). Más recientemente, y aplicando criterios hermenéuticos de interpretación favorable (v. Caterini, 2020), la Corte constitucional italiana ha abierto un nuevo enfoque en términos de evaluar la proporcionalidad de la pena abstracta (C. cost., 10 de noviembre 2016, n. 236; C. cost., 5 de diciembre 2018, n. 22; C. cost., 7 de diciembre 2018, n. 233; C. cost., 8 de marzo 2019, n. 40) liberándose del esquema triádico tradicional del juicio de razonabilidad (Manes, 2016, p. 2105 ss.; Viganò, 2017, p. 61 ss.), admitiendo así la posibilidad de censurar la pena prevista para un delito también porque es demasiado severa en términos absolutos – independientemente del *tertium comparationis* – en la medida en que sea capaz de comprometer los derechos fundamentales del condenado de manera excesiva con respecto a los fines perseguibles mediante el tipo penal.

Además, se ha evidenciado en el sistema italiano el imprescindible vínculo entre el propósito reeducativo de la pena y la necesidad de una relación proporcional entre la sanción y el injusto penal a lo largo de todo el camino punitivo: desde la previsión abstracta de parte del legislador, la imposición de la sentencia por el juez y la ejecución penitenciaria (Corte cost., it., 2 luglio 1990, n. 313, nota de Fiandaca). Esto significa que el propósito de la reintegración social del delincuente debe tenerse en cuenta no solo en la fase ejecutiva o, a lo sumo, en la aplicación judicial – como se pensó alguna vez –, sino también en el nivel de la previsión normativa abstracta, ya que una conminación desproporcionada por exceso – funcional a exigencias puramente retributivo-represivas o de mera prevención general – compromete *ab origine* la posibilidad de reeducar a los condenados que sentirán la pena como una prevaricación injusta, sin perjuicio del proceso de readquisición de los valores del ordenamiento (Fiandaca, 2006, p. 131 ss.; Pulitanò, 2016, p. 647 ss.).

Por ello, se advierte una manifiesta contradicción en la citada jurisprudencia constitucional que ha “salvado” la sanción del ergastolo ordinario, subordinando la legitimidad de la pena abstracta “a vida” a la condición de que, en concreto, ésta no pueda realizarse. Si el castigo perenne contrasta con el art. 27 de la Constitución italiana, como lo afirma de alguna manera la Consulta, debería serlo ya en el nivel de previsión abstracta,

independientemente de la circunstancia que, en algunos casos existan mecanismos normativos que readmiten en concreto al infractor a algunas formas de libertad (Flick, 2017 p. 1506; Risicato, 2015, p. 1244). Esto se debe precisamente a que, como la jurisprudencia constitucional más tarde afirmó (Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313), la tendencia a la reeducación no es referible solo a la fase ejecutiva, sino que es una cualidad ontológica de la pena que la debería caracterizar desde la abstracta disposición normativa hasta la fase judicial de determinación cuantitativa, mientras que una pena fija y perenne hace difícilmente practicable aquella individualización teleológicamente orientada a la reintegración social.

Se ha observado que la perpetuidad del ergastolo propio porque es “potencial” permitiría proclamar en línea de principio su compatibilidad constitucional, dando lugar sin embargo a una especie de paradoja, ya que sería la misma reeducación la que, en lugar de decretar la ilegitimidad, salvaría al ergastolo (Palazzo, 2019 p. 6). La perpetuidad *de facto* resultante de la imposibilidad concreta del resultado reeducativo, sería, por lo tanto, un “costo aceptable” precisamente por la estructura reeducativa del ergastolo. Consecuentemente, siguiendo el razonamiento hecho tanto por la jurisprudencia constitucional como por la europea, el ergastolo sería legítimo en la medida en que el propósito reeducativo que lo caracteriza haría cesar la perpetuidad en pos del posible logro de resultados positivos de resocialización. Sin embargo, aun siguiendo esta lógica, la misma presupone que, al menos en la fase ejecutiva, al reo se le ofrezca un válido y eficaz programa de integración social, mientras que es bastante obvio que las condiciones típicas del ergastolo impiden acceder a las herramientas de tratamiento progresivo, colocando en peligro los resultados reeducativos y consolidando la perpetuidad. Parece un círculo vicioso donde las premisas abstractas se contradicen con la realidad normativa y concreta.

El “pacto” constitucional fundado en la reeducación debe de ser cumplido primeramente por el Estado privilegiando instrumentos más compatibles con el camino de la integración social. Sin embargo, los datos estadísticos comparativos parecen demostrar lo contrario. Ya se ha dicho que, para el 70% de los condenados a cadena perpetua en Italia es prácticamente imposible obtener la libertad condicional, salvo por los eventuales efectos de la jurisprudencia antes mencionada. En el resto del mundo, sin embargo, si algunos Estados (15%) han abolido la cadena perpetua, en el 70% de los Estados restantes, se permite el acceso a la libertad condicional, mientras que alrededor del 80% de los ergastolanos tiene esa posibilidad, en Italia sólo el 30% (Galiani, 2019, p. 114). La situación italiana, por lo tanto, se invierte con una pena a vida que, en el equilibrio entre peligrosidad y reeducación, favorece claramente a la primera, contradiciendo la finalidad de integración social inherente al mencionado “pacto” constitucional. En resumen: si el Estado no cumple su obligación constitucional con herramientas progresivas realmente útiles para la reeducación y, por lo tanto, para la remoción de la peligrosidad social, ¿puede entonces exigirle al reo el cumplimiento de su resocialización y encarcelarlo de por vida porque no está reeducado?

La pregunta, en muchos sentidos retórica, evidencia que la perpetuidad, aún solo eventual, pero real en muchos casos, cuestiona la legitimidad del ergastolo italiano que difícilmente puede admitirse como un “costo aceptable” en aquellos casos donde la perpetuidad eventual se convierte en real. Y esto se aplica tanto al ostativo como al ergastolo ordinario. Se ha evidenciado que la disciplina, aunque diferente entre las dos formas de ergastolo, no es tal que permita justificar un peso diferente en términos de [in]constitucionalidad del [solo] ergastolo ostativo. Si es cierto que, en este caso la superación de la perpetuidad potencial es más difícil con una mayor comprensión de la finalidad reeducativa, es igualmente cierto que se trata de una distinción cuantitativa y no ontológica, permaneciendo, sin embargo, la predicada legitimidad del ergastolo en Italia, tanto ordinario

como ostativo, ligada siempre a la naturaleza solo eventual de la efectiva perpetuidad de la prisión (Palazzo, 2019, p. 5).

Legitimar el ergastolo sobre la base de la eventualidad de su perpetuidad *de facto* significa limitar el objetivo de la reeducación a la fase ejecutiva de la pena. Esto, además de contrastar con la jurisprudencia constitucional italiana, transforma subrepticamente al ergastolo en una especie de medida de seguridad anómala de duración indefinida basada en la supuesta persistencia de la peligrosidad del reo (Galiani y Pugliotto, 2017, p. 50). Tomando el ejemplo más llamativo, el ergastolo ostativo, en esencia este mecanismo normativo produce una restricción de derechos en ausencia de una conducta activa, es decir, la colaboración con la justicia. Por ello, parece ser una sanción [adicional] disfrazada porque, por un lado, no existe una obligación formal de colaboración de la que derivar una sanción igualmente formal como incumplimiento de la misma, sin embargo, por otro lado, los efectos son prácticamente sancionadores porque se deriva una limitación importante de prerrogativas que determinan la permanencia en prisión (Pulitanò, 2019, p. 156). Realizando una analogía un tanto atrevida, se asemeja a la estructura de un delito de omisión propia, de pura desobediencia, dirigido a promover la adquisición de una utilidad futura (la información capaz de comprometer la libertad de otros) permitiendo así que el derecho penal realice una función oculta propulsiva que no se dirige a la tutela de los bienes jurídicos preexistentes, sino a promover un interés colectivo, con todas las implicaciones liberticidas relacionadas (Zaffaroni, 1982, p. 30 ss.).

Equiparar al ergastolo con una medida de seguridad en relación con el condenado “no obediente” y, por lo tanto, [aún] socialmente peligroso, abre la discusión hacia otras perspectivas que aquí solo pueden mencionarse brevemente. El parámetro constitucional en juego ya no es solo el de la reeducación, sino también el de la proporción de la pena y la dignidad de la persona. De hecho, con respecto al primero, hoy día en Italia está consolidada la idea de la clara ilegitimidad de una sanción que se presente como una medida de seguridad indeterminada en su duración (De Vero, 2012, p. 197 ss.; Grasso, 1994, p. 416; Siclari, 1977, p. 145). Con respecto al segundo parámetro, el ergastolo corre el riesgo de agotarse en la mera neutralización del reo, por lo tanto, en el aspecto negativo de la prevención especial (Risicato, 2015, p. 1254). La sanción ni siquiera puede tener el propósito de hacer que el reo se adhiera a una determinada concepción ética, una adhesión que, en todo caso, pasa por una elección normativamente libre y de hecho incoercible (Moccia, 1992, p. 101 ss.). Incluso la persona condenada al ergastolo debe considerarse libre y auto-determinada por lo tanto, no puede ser sometida a medidas que tengan la exclusiva finalidad de incapacitar, corregir, tratar o curar (Palazzo, 2019, p. 7).

Aunque la previsión abstracta de la pena permanece siendo una cuestión eminentemente política porque no existe un parámetro ontológico que permita empíricamente determinar la pena abstractamente adecuada, sin embargo la elección política debe estar guiada por los parámetros constitucionales de la reeducación, la proporción y la dignidad de la persona. A partir de estos criterios, parece surgir la necesidad de que la pena de prisión ya en el nivel de previsión legislativa nunca sea de una duración indefinida, sino prefijada y parametrizada a la gravedad del delito. Una vez transcurrido ese período de efectiva detención (25-30 años), *a fortiori* si el sistema penitenciario viene realmente caracterizado por la integración social del reo, debería existir una especie de presunción de finalización de ese proceso destinado a orientar a la resocialización. Una presunción opuesta a la implementada actualmente por la disciplina italiana que revela implícitamente la conciencia de que el sistema penitenciario tal como está estructurado en realidad es incapaz de llevar a cabo un proceso de integración social. Si después de 26 años de detención el preso aún se presume peligroso, de hecho, esto

equivale a suponer que el sistema penitenciario no está organizado de tal manera que logre el objetivo constitucional de la reeducación en un número apreciable de casos.

Esto no significa dejar de lado las exigencias de seguridad de la comunidad, sino solo equilibrarlas de manera diferente con respecto a las garantías debidas al reo. Este diverso equilibrio podría encontrarse en la posibilidad de parte de la fiscalía italiana de superar esta presunción, demostrando con elementos positivos que el condenado aún se presenta como socialmente peligroso. A la opción constitucionalmente más coherente de eliminar *tout court* el ergastolo, ya adoptada en otros países (Brasil, Portugal, Andorra, Croazia, Montenegro, Bosnia y Herzegovina, San Marino, Serbia, etc.; cfr. Pinto De Albuquerque, 2016, p. 185), de *lege ferenda* se podría compensar haciendo continuar a la pena de detención una medida de seguridad solo para los presos con comprobada peligrosidad social, dentro de los límites y con las modalidades estrictamente necesarias (Risicato, 2015, p. 1258). Por lo tanto, una herramienta excepcional con respecto a la normalidad de la libertad condicional, conferida a la iniciativa del fiscal que periódicamente llevaría la carga de probar la continuidad de la peligrosidad (Bartsch, 2010, p. 66; Rocchi, 2013, p. 327 ss.).

La objeción previsible es que dicha reforma – inspirada en una especie de “fabianismo criminal” – sería demasiado indulgente, tal vez adecuada para los países “civiles” de Escandinavia, pero no para Italia afectada por el insoportable peso del crimen organizado y al cual se debe responder con instrumentos excepcionales de “lucha”. La civilidad de un Estado, además, también se mide por el grado de confusión entre el derecho penal y la “lucha” (Donini, 2007, p. 55 ss.), ya que un derecho que se asemeja demasiado a la violencia, o que se identifica con ella, es un derecho deslegitimado democráticamente (Resta, 1993, p. 101 ss.). De hecho, «solo una democracia fuerte, segura y estable puede permitirse respetar y proteger los derechos humanos [...]. Precisamente por esta razón [...] no todos los medios son aceptables en democracia; no todas las prácticas extraídas de los enemigos de la democracia pueden ser utilizadas por quienes la defienden; aunque una democracia a menudo tiene que luchar con una mano atada, aún tendrá la otra a disposición» (Barak, 2002, p. 3390). En sus cartas, Marie Vojtěcha Hasmandová confesaba de estar «en la palma de la mano de Dios» para describir la situación vivida en las cárceles de un régimen totalitario (Hasmandová, 2019). El Estado “lucha” contra el crimen con una [sola] mano, pero no brutal, y otorga la “esperanza” incluso a aquél que no tiene más fe que aquella laica de un Estado social de derecho.

... y en América Latina

Se evidencia, en el caso de México, Brasil y la Argentina, particularmente en tiempo reciente, el uso del derecho penal como *prima ratio* para hacer frente a los diversos problemas existentes, trastocando con ello principios claves del derecho penal liberal: la proporcionalidad la razonabilidad, la finalidad reeducativa de la pena, la ofensividad, la humanidad de la sanción penal, entre otros.

En el contexto latinoamericano la legislación tiende a privilegiar la función simbólica/represiva de lo penal en aras de justificar, sobre todo políticamente, un papel relevante del Estado en el combate a la criminalidad. Es por esta razón que, algunos países admiten directamente la prisión vitalicia (como Argentina) y otros disponen claras formas encubiertas mediante desproporcionadas sanciones penales (tal es el caso de México que admite en casos como el secuestro penas de hasta 140 años de prisión).

De igual manera, las legislaciones latinoamericanas presentan diversas asimetrías. Por un lado, las Constituciones se inspiran en los más elevados estándares de derechos

fundamentales, mediante la incorporación directa de la CADH y otros tratados internacionales que, vienen trasladados a la legislación secundaria, tan es así que todas las legislaciones en materia penitenciaria reconocen la finalidad central de la pena: la reinserción social del delincuente, mediante un programa progresivo de reinserción. No obstante, inmediatamente después, éste "camino" de reinserción viene obstaculizado mediante diversas disposiciones que niegan el acceso a la mayoría de los beneficios penitenciarios cuando se trata de determinados delitos (normalmente los sancionados con cadena perpetua o con sanciones sumamente elevadas que, en esencia, son formas encubiertas de perpetuidad).

Así por ejemplo, se reconoce la posibilidad de acceder a la libertad condicional como un mecanismo para favorecer la reinserción social pero inmediatamente viene negado en caso de que la persona sea reincidente, o bien, en algunos casos, cuando no se colabora útilmente con la justicia para encontrar y sancionar a otros criminales. De igual modo, en la legislación se mantienen esas figuras fundadas en la peligrosidad del delincuente que se traduce en automatismos legislativos cuya consecuencia son penas fijas y sin posibilidad de graduación por vía judicial.

Bajo estos presupuestos, se evidencia la latente finalidad retributiva bajo la cual, en la práctica, se implementan las sanciones y se estructura el sistema penitenciario en América Latina. Las sanciones penales y su implementación resultan ser del todo irracionales, arbitrarias, eternas, equivalentes a la muerte civil del individuo, ajenas a la posibilidad de cambio de la persona, y contrarias a toda posibilidad de reinserción social.

México y Argentina dan clara cuenta de cómo sus legislaciones se confrontan con los principios cardinales del derecho penal: la proporcionalidad de las penas, la igualdad, la intangibilidad de la persona y la reinserción social del delincuente. Respecto de la proporcionalidad, se ha ya visto la irrazonable sanción que se prevé para los delitos considerados más graves socialmente. La igualdad viene sacrificada mediante la implementación de diferentes esquemas aplicativos para quien comete ciertos delitos (se vea el caso de los diversos tipos de cadena perpetua en Argentina o el acceso a beneficios penitenciarios sujetos a la colaboración en México). La intangibilidad de la persona viene lesionada al someterla a un régimen en el que únicamente se le instrumentaliza para dejar en claro a la sociedad que tales conductas no serán permitidas y, además, mediante su sujeción a la permanente resignación de haber perdido toda esperanza de liberación. La pena perpetua, en este contexto, deja de tener cualquier utilidad, pasando a ser mero tormento que pesará sobre el individuo hasta el último día de su vida.

Referencias bibliográficas

- ALAGIA, A. 2014. *Determinación judicial de la pena y ejecución de la pena, compendio de doctrinas*. Buenos Aires, Infojus. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Determinacion_y_ejecucion_de_la_pena.pdf>.
- ARDITA, S. 2007. *Il regime detentivo speciale 41-bis*. Milano, Giuffrè.
- ARGENTI, N.; BLANCO, N. 2015. La sentencia y la selección punitiva: penas de reclusión, prisión y perpetuas. *Anales de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales*, 45:237-253.
- BARAK, A. 2002. Democrazia, terrorismo e corti di giustizia. *Giurisprudenza costituzionale*, 5:3385-3395.
- BARTSCH, T. 2010. *Sicherungsverwahrung. Recht, Vollzug, aktuelle Probleme*. Baden-Baden, Nomos.
- BECCARIA, C. 1981. *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, Rizzoli.

- BIANCHI, M. 2015. Poena sine fine. Sulla legittimità etica e costituzionale dell'ergastolo. *Cassazione penale*, **10**:3822-3838.
- BITENCOURT, C. 2000. Tribunal Penal Internacional. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*: **11**:41-46.
- BRUCALE, M. 2019. Spes, ultima dea. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**:49-55.
- BRUNO, A. 1978. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro, Forense.
- CATERINI, M. 2020. La interpretación "favorable" y la motivación "refutatoria" entre normas europeas y reformas en la codificación penal italiana. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, **12**(1):52-60.
- CATERINI, M. 2012. La proporzione nella dosimetria della pena da criterio di legiferazione a canone ermeneutico. In: M. Amisano, M. Caterini, *Persona pena e processo. Scritti in memoria di Tommaso Sorrentino*, raccolti sotto la direzione di M. Gallo, Napoli, Esi, 49-80.
- CIULLA, G. 2011. *Ai confini dell'impero*. Milano, Jaca.
- DE CESARE, I. 2019. Il possibile dialogo tra Corte costituzionale e Corte EDU sulla (il)legittimità dell'ergastolo ostativo. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**: 83-88.
- COSSIRI, A; DI COSIMO, G. 2012. O caso Battisti. *Revista de Direito brasileira*, **2**:341-360.
- CUROTTO, P. 2012. Las penas de prisión perpetuas y consecuencias jurídicas equiparables vs., normas constitucionales. *Pensamiento penal*, 1-27. Disponible en: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/06/doctrina34137.pdf>>.
- DE FREITAS OLIVEIRA, M. 2014. *O principio da humanidade das penas e o alcance da proibição constitucional de penas cruéis*. Tesis de maestria. São Paulo, Universidade de São Paulo. Disponible en: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20032015-152711/publico/MarciadeFreitasOliveiraOprinciopdahumanidade.pdf>>.
- DE VERO, G. 2012. *Corso di diritto penale*. Vol. I. Torino, Giappichelli.
- DELL'ANDRO, E. M. 2019. La collaborazione impossibile: i frutti avvelenati nei procedimenti di criminalità organizzata. *Giurisprudenza italiana*, **4**:955-964.
- DELLA BELLA, A. 2012. *Il regime detentivo speciale del 41-bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?* Milano, Giuffré.
- DOLCINI, E. 2019. Collaborazione impossibile e ergastolo ostativo. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**:96-103.
- DOLCINI, E. 2019b. Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **2**:925-948.
- DOLCINI, E. 2019c. Pena e costituzione. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **1**:3-33.
- DONINI, M. 2007. Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare. *Studi sulla questione criminale*, **2**:55-87.
- DONINI, M. 2013. Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **3**:1162-1218.
- DUGHETTI, L.A. 2019. Reflexiones sobre la justicia juvenil argentina a partir del fallo "Maldonado" de la CSJN. *Revista pensamiento penal*, **5**:1-9.
- ELHART, R. 2014. Sobre la imposibilidad de imponer pena de prisión perpetua a los menores punibles y el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mendoza y otros vs. Argentina de fecha 14 de mayo de 2013. *Revista pensamiento Penal*. Disponible en:

- <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38352.pdf>>.
- ESPINOZA TORRES, M.P. 2012. La cadena perpetua. Una pena sin sentido. La prisión vitalicia en Veracruz. *Letras jurídicas*, (26):1-16. Disponible en: <<http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/26/A4.pdf>>.
- FERRAJOLI, L. 2004. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Bari, Laterza.
- FEUERBACH, A. 1773. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt (1799), reimpresión anastática.
- FIANDACA, G. 1990. Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale. *Il foro italiano*, 9(1):2385-2393.
- FIANDACA, G. 2006. Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale. In: G. Vassalli G. (a cargo de), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 131-145.
- FIORENTIN, F. 2019. Sicurezza e diritti fondamentali nella realtà del carcere: una coesistenza (im)possibile? *Diritto penale e processo*, 11:1596-1607.
- FLICK, G. 2017. Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4:1505-1508.
- FOUCAULT, M. 1976. *Sorvegliare e punire*. Torino, Einaudi.
- GALIANI, D. Ora tocca ai giudici costituzionali. Il viaggio dell'ergastolo ostativo al capolinea? In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, 10:113-122.
- GALIANI, D. y PUGIOTTO, A. 2017. Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari. *Rivista AIC - Associazione Italiana Costituzionalisti*, 4:1-56. Disponible en: <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2017_Galliani%20Pugiotto.pdf>.
- GOBBI, O. 2014. La pena perpetua en Argentina. *Análisis normativo*. Disponible en: <<http://www.dpicanal.com/wp-content/uploads/2014/12/Penal-Doctrina-2014-12-12.pdf>>.
- GRASSO, G. 1994. Sub art. 207. En: M. Romano et al., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, Milano, Giuffrè, 416 ss.
- GREVI, V. 1998. Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4:1129-1150.
- GROLMAN, K. 1970. *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, Giessen, reimpresión anastática, Glashütten.
- HART, H.L.A. 1981. *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*. Trad. it. M. Jori, Torino, Edizioni di comunità.
- HASSEMER, W. 2009. *Perché punire è necessario*. Bologna, il Mulino.
- INSOLERA, G. 2012. Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali. In: AA.Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 313-350.
- KANT, E. 1770. *La metafisica dei costumi*. Trad. it. G. Vidari, Bari, Laterza.
- LABARDINI, R. 2009. La prisión vitalicia en México. *Iuris tantum*, 20: 109-153.
- LABARDINI, R. 2019. *Algunos vacíos jurídicos constitucionales*. México, UNAM.
- LISZT, F.V. 1962. *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1883). Trad. it. A.A. Calvi, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè.
- LUCIANI, M. 2018. Diritto penale e Costituzione. *Diritto penale contemporaneo*. Disponible en: <<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8507-luciani2018a.pdf>>.
- MANES, V. 2013. Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità.

- In: R. Garofoli, T. Treu (a cargo de), *Libro dell'Anno del Diritto 2013*. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 103 ss.
- MANES, V. 2016. Proporzionevolezza senza geometrie. *Giurisprudenza costituzionale*, **6**:2105-2115.
- MOCCIA, S. 1992. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli, Esi.
- MOCCIA, S. 2000. *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*. Napoli, Esi.
- MONGILLO, V. 2009. La finalità rieducativa della pena nel tempo presente e nelle prospettive future. *Critica del diritto*, **1-4**:173-228.
- MORAES, A. 2002. *Direito Constitucional*. São Paulo, Atlas.
- MUSCO, E. 1978. *La misura di sicurezza detentiva*. Milano, Giuffrè.
- MUSUMECI, C.; PUGIOTTO, A. 2016. *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*. Napoli, Editoriale scientifica.
- NUZZO, R. 2019. Le questioni sollevate dalla Consulta non intaccano la disciplina dell'ergastolo ostativo. Disponibile en: <www.ristretti.org>, on line 5 dicembre.
- PALAZZO, F.; VIGANÒ, F. 2018. *Diritto penale. Una conversazione*. Bologna, il Mulino.
- PALAZZO, F. 2019. L'ergastolo ostativo nel fuoco della quaestio legitimatis. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**:1-14.
- PELISSERO, M. 2008. *Pericolosità sociale e doppio binario*. Torino, Giappichelli.
- PELISSERO, M. 2018. La metamorfosi della pena in fase esecutiva tra funzione rieducativa e legalità della pena. In: C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cargo de), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*. Milano, Giuffrè, 339-362.
- PELISSERO, M. 2019. *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*. Disponibile en: <www.sidiblog.org>.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, P. 2016. *I diritti umani in una prospettiva europea*. Torino, Giappichelli.
- PINTO, M. 2009. *Temas de derechos humanos*. Buenos Aires, Editores del Puerto.
- PISARELLO, G. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta.
- PUGIOTTO, A. 2013. Progettare lo spazio della pena: il fatto, il non fatto, il mal fatto. In: F. Corleone, y A. Pugiotto (a cargo de), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, Ediesse, 65-88.
- PUGIOTTO, A. 2013b. Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis. In: F. Corleone, y A. Pugiotto (a cargo de), *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, Ediesse, 193-210.
- PUGIOTTO, A. 2016. *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*. In: C. Musumeci, y A. Pugiotto (a cargo de), *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*. Napoli, Editoriale scientifica, 63-180.
- PUGIOTTO, A. 2020. La sent. n. 253/2019 della Corte costituzionale: una breccia nel muro dell'ostatività penitenziaria. *Forum di Quaderni Costituzionali*, **1**:1-18. Disponibile en: <<http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/02/pugiotto.pdf>>.
- PULITANÒ, D. 1999. Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale? *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **4**:1271-1301.
- PULITANÒ, D. 2016. Sulla pena. Fra teoria, principi e politica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **2**:641-669.
- PULITANÒ, D. 2017. La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali.

Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale, **2**:48-60.

PULITANÒ, D. 2019. Problemi dell'ostatività sanzionatoria. Rilevanza del tempo e diritti della persona. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti*, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**:153-159.

QUIROGA LAVIÉ, H. 2009. *Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires, Rubinzal.

RADBRUCH, G. 1999. *Rechtsphilosophie. Studienausgabe* (1932), a cargo de R. Dreier e S.L. Paulson, Karlsruhe, Müller.

RESTA, E. 1993. Il diritto malinconico. *Dei delitti e delle pene*, **2**:101-106.

RISICATO, L. 2015. La pena perpetua tra crisi della finalità educativa e tradimento del senso di umanità. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, **3**:1238-1258.

ROCCHI, F. 2013. L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale. In: A. Gaboardi et al., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, Torino, Giappichelli, 327-376.

ROCHA DA SILVA, A.; PEREIRA LINO, C. N. 2012. A constitucionalidade da pena de prisão perpétua no tribunal penal internacional frente ao ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, **2**:115-124.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2016). *Contra la cadena perpetua*, Ed. Cuenca, Universidad Castilla-La Mancha.

RUOTOLO, M. 2019. Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale. Disponibile en: <www.sistemapenale.it>.

RUOTOLO, M. 2002. *Diritti dei detenuti e Costituzione*. Napoli, Editoriale scientifica.

SGUBBI, F. 2019. *Il diritto penale totale*. Bologna, il Mulino.

SICLARI, B. 1977. *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*. Milano, Giuffrè.

SPANGHER, G. 2010. Sicurezza, dignità e identità personale. *Diritto penale e processo*, **11**:1567-1571.

TALINI, S. 2019. Presunzioni assolute e assenza di condotta collaborativa: una nuova sentenza additiva ad effetto sostitutivo della Corte costituzionale. *Consulta Online*, **3**:729-742. Disponibile en: <www.giurcost.org/studi/talini2.pdf>.

TAFANI, D. 2000. Kant e il diritto di punire. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, **1**(29):55-84.

TORREBRUNO, G. 1975. Davvero costituzionale l'istituto dell'ergastolo? *Giustizia penale*, **2**(I):33-38.

VIGANÒ, F. 2013. Ergastolo senza speranza di liberazione e art. 3 Cedu: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della Corte di Strasburgo.

Diritto penale contemporaneo. Disponibile en: <www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1341330921Vigano%20Harkins.pdf>.

VIGANÒ, F. Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena. *Diritto Penale Contemporaneo*, **2**:61-66.

VIGGIANO, L. 2000. Pena de Prisão Perpétua. *Revista CEJ*, **11**: 48-50.

ZAFFARONI, E. R. 1982. Panorama atual da problemática da omissão. *Revista de direito penal e criminologia*, (33):30-40.

ZAFFARONI, E. R. 1998. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. T. I. Buenos Aires, Ediar.

ZAFFARONI, E. R. 1990. *En busca de las pernas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá, Temis.

ZAGREBELSKY, V. 2019. La pena detentiva «fino alla fine» e la Convenzione europea dei diritti umani e delle libertà fondamentali. In: G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cargo de), *Per*

sempre dietro le sbarre? L'ergastolo ostativo nel dialogo tra le Corti, Forum dei Quaderni costituzionali - Rassegna, **10**:15-26.

Referencias jurisprudenciales

- CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, 20 diciembre 2013, caso "Soto Trinidad, Rodolfo", n. 675/2013. Disponible en: <www.cij.gob.ar>.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 22 noviembre 1974, n. 264. En: *Giustizia penale*, 1975, 33 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 2 julio 1990, n. 313. En: *Il foro italiano*, 2385 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 28 julio 1994, n. 357. En: *Cassazione penale*, 1995, 496 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 10 noviembre 2016, n. 236. En: *Giustizia Costituzionale*, 2016, 2092 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 5 diciembre 2018, n. 236. En: *Giustizia Costituzionale*, 2018, 2548 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 7 diciembre 2018, n. 233. En: *Giustizia penale*, 2019, 1544 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 8 marzo 2019, n. 40. En: *Giurisprudenza Costituzionale*, 2019, 685 ss.
- CORTE CONSTITUCIONAL, 4 diciembre 2019, n. 253. Disponible en: <www.cortecostituzionale.it>.
- CORTE DE CASACIÓN, I Sala de lo Penal, 27 junio 2019, n. 36057. Disponible en: <dejure.it>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 21 junio 2002, n. 94, caso Hilaire, Constantine y Benjamin. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 20 junio 2005, n. 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 20 noviembre 2007, n. 169, caso Boyce y otros vs. Barbados. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 24 septiembre 2009, n. 204, caso Dacosta Cadogan vs. Barbados. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 23 noviembre 2010, n. 218, caso Vélez Loor Vs. Panamá. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 27 abril 2012, n. 241, caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 14 mayo 2013, n. 260, caso Mendoza y otros vs. Argentina. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 20 agosto 2018, n. 255, caso Munárriz Escobar y otros vs. Perú. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 25 noviembre 2019, n. 396, caso López y otros vs. Argentina. Disponible en: <<https://www.corteidh.or.cr>>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 7 diciembre 2005, caso "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/Robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", n. 328:4343. Disponible en: <<https://www.csjn.gov.ar/>>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 5 septiembre 2006, caso "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa", n. 324:2153. Disponible en: <<https://www.csjn.gov.ar/>>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 8 junio 2010, caso "Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas", n. 333:866. Disponible en: <<https://www.csjn.gov.ar/>>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 21 enero 1931, n. XXXI SJF 348. Disponible en: <<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2 octubre 2001, n. XIV SJF 127/2001. Disponible en: <<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 6 febrero 2006, n. XXIII SJF 1/2006. Disponible en: <<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 17 febrero 2011. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 18 noviembre 2009. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 8 junio 2011. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarjurisprudencia.asp>>.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala, Kafkakis c. Cipre, 12 febrero 2008, ric. n. 21906/04. Disponible en: <www.hudoc.echr.coe.int>.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, IV Sala, Vinter c. Reino Unido, 17 enero 2012, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10. Disponible en: <www.hudoc.echr.coe.int>.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Gran Sala, Vinter c. Reino Unido, 9 julio 2013, ric. nn. 66069/09, 130/10, 3896/10. Disponible en: <www.hudoc.echr.coe.int>.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, I Sala, Viola c. Italia, 13 junio 2019, ric. n. 77633/16. Disponible en: <www.hudoc.echr.coe.int>.

Referencias de instituciones gubernamentales y no gubernamentales

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2011. *Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2020. *La CIDH urge a los Estados a garantizar la salud y la integridad de las personas privadas de libertad y sus familias frente a la pandemia del COVID-19*. Disponible en: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp>>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2016. Racionalización de la penade prisión. Pronunciamiento. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/Pronunciamiento_20160331.pdf>.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2019. *Demanda de acción de inconstitucionalidad, de 12 de julio de 2019*. Disponible en: <www.cndh.org.mx>.

Submetido: 21/04/2020

Aceito: 22/06/2020