



El principio de legalidad en crisis

Ricardo Thomas²⁸

Recibido: 18 de marzo de 2026

Aceptado: 04 de abril de 2026

Resumen:

El presente trabajo analiza las consecuencias jurídicas derivadas de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el caso *Giménez Ibáñez*, relativos a la constitucionalidad de las penas privativas de libertad realmente perpetuas. Se sostiene que, una vez reconocida la incompatibilidad de tales penas con la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, la decisión de la Suprema Corte provincial de ordenar a los tribunales inferiores la fijación de penas temporales sustitutivas vulnera el principio de legalidad penal y la división de poderes. A partir del examen de los fundamentos de ambas sentencias, se argumenta que la creación judicial de penas constituye una facultad reservada exclusivamente al Congreso de la Nación y que, declarada la invalidez constitucional de la sanción prevista, los tipos penales afectados carecen de una pena aplicable. Finalmente, se propone una explicación de carácter discursivo para comprender por qué el máximo tribunal provincial adoptó una solución incompatible con los principios constitucionales que decía proteger, vinculando dicha decisión con la persistencia de una retórica punitivista en el campo judicial.

²⁸ Maestrando en la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM).



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Palabras clave: prisión perpetua, principio de legalidad, división de poderes, control de constitucionalidad, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Abstract:

This article examines the legal consequences of the decisions issued by the Supreme Court of Justice of the Nation and the Supreme Court of the Province of Buenos Aires in the *Giménez Ibáñez* case concerning the constitutionality of genuinely life-long prison sentences. It argues that, once such sentences are recognized as incompatible with the Argentine Constitution and international human rights treaties, the provincial Supreme Court's decision to require lower courts to establish substitute fixed-term sentences violates both the principle of legality in criminal law and the separation of powers. Through an analysis of the reasoning adopted by both courts, the article maintains that the creation of criminal penalties is an exclusive legislative function and that, once the prescribed sanction has been declared unconstitutional, the affected criminal provisions are left without a constitutionally valid punishment. Finally, the article offers a discursive explanation for the provincial court's departure from these constitutional principles, linking its decision to the persistence of a punitive rhetoric within the judicial field.

Keywords: life imprisonment, principle of legality, separation of powers, judicial review, Supreme Court of the Province of Buenos Aires.

Introducción

Este artículo nace de dos decisiones judiciales. Una fue pronunciada por la Corte Suprema de la Nación (CSN); la restante, por la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (SCBA).

El tema trata de las penas privativas de la libertad que duran, efectivamente, toda la vida de la persona condenada y que ha sido y es motivo de debate filosófico, político y jurídico.



El Código Penal argentino (CP) contiene diversos tipos penales amenazados con pena de prisión perpetua,²⁹ que, históricamente, permitían la libertad condicional después de veinte años de encierro. Sin embargo, a partir de una reforma de 2004 el plazo fue reemplazado por el de treinta y cinco años.³⁰

Por otro lado, el único impedimento que existía para acceder a la libertad condicional era la declaración de reincidencia (art. 14 CP).³¹ Pero la reforma mencionada incluyó también una serie de delitos que se agregan como tal. Con el tiempo, esa lista se ha tornado tan extensa que prácticamente incluye a todos los delitos amenazados con prisión perpetua, además de otros que conllevan penas sensiblemente más bajas (como el caso de abuso sexual simple -art. 119, primer párrafo, CP-, amenazado con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años), aunque con una llamativa excepción: el delito de traición a la patria, amenazado con reclusión o prisión perpetua en ciertos casos (art. 215 CP).

Es dentro de este contexto que se produjeron los fallos a los que aludiré y que siguen teniendo efectos jurídicos.

Seguidamente haré una descripción del caso y los modos en que ha sido resuelto por las cortes mencionadas. Señalaré los efectos prácticos de tales decisiones, hablaré brevemente de los principios constitucionales involucrados, daré la que considero debería ser la solución correcta y terminaré con una hipótesis explicativa de porqué los jueces adoptaron una decisión distinta.

Dados los temas que trataré y para poder llegar a lectores de distintas disciplinas, intentaré evitar el uso innecesario de términos técnico-jurídicos, a menos que ello sea imprescindible

²⁹ Si bien sigue incluida en el Código Penal, no menciono la reclusión perpetua, pues ella importaba la facultad estatal de obligar a la persona condenada a trabajar en obras públicas, fuera del establecimiento carcelario (art. 6 CP; Fontán Balestra, 1980: 311), actividad que no se encuentra regulada en la ley de ejecución penal (ley 24.660).

³⁰ Ley 25.892.

³¹ Debe aclararse que el instituto de la reincidencia (art. 50 CP) ha sido modificado en marzo de 2025 (ley 27.785) por un texto que merecería un estudio por separado. Antes de la reforma que menciono, para ser declarada reincidente, la persona condenada debía registrar una condena anterior y haber estado detenida al mismo tiempo que cumplía la pena. En otras palabras, no contaba si, no obstante tener una condena anterior, solo había sufrido prisión preventiva. Por esto se la llamaba reincidencia *real* a diferencia de la *ficta*.



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Caso “Giménez Ibáñez”. La CSN.³²

Frente al pedido de la defensa de Giménez, respecto de que las penas privativas de la libertad realmente perpetuas son constitucionalmente inaceptables, la SCBA había omitido expedirse sobre la base de un argumento técnico-procesal: la decisión atacada por la defensa —dijo— no reviste carácter definitivo. Ese argumento jurídico eximía al tribunal provincial de dar su opinión respecto del fondo del asunto.

La CSN no validó el argumento y dijo:

Que resulta a todas luces evidente que la decisión que deniega la libertad a una persona privada de ella que alega haber cumplido la totalidad de la pena que le había sido impuesta, en tanto ocasiona un perjuicio de imposible reparación ulterior, es equiparable a sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48” (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Giménez Ibáñez*, considerando 5).

Pero, no satisfecha con ese argumento, que era por demás suficiente para mandar a la SCBA a resolver sobre el fondo de la cuestión, también expresó:

Que una vez llevada la cuestión ante la superior instancia provincial a través del recurso de inaplicabilidad de ley (en el que se alegó **con acierto** que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 constitucional), el *a quo* lo declaró mal concedido [...]” (Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Giménez Ibáñez*, considerando 4, énfasis añadido).

Es decir, como último intérprete de la Constitución nacional (CN) y en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, la CSN dejó sin efecto la pena dictada en el caso, según la cual Giménez no sería liberado nunca, ya que a la prisión perpetua se unía la declaración de reincidencia, circunstancia esta última que -por aplicación del art. 14 del Código Penal- impedía la libertad condicional.

Así, la CSN revocaba el argumento técnico-procesal invocado por la SCBA y la obligaba a dar opinión jurídica sobre la cuestión que se le había planteado, pero —y esto es

³² G.239.XL. Recurso de hecho. “Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/ Libertad condicional”.



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

central— *obiter dictum*,³³ la mayoría de sus miembros daba la razón al reclamo de la defensa:
“se alegó con acierto...”

Caso “Giménez Ibáñez”. La SCBA.³⁴

Casi seis meses después, se expidió la SCBA. En esta oportunidad, el voto que hizo mayoría sostuvo que, dado que la Constitución nacional consagra que la finalidad de la pena es la socialización, se vulnerarían los derechos fundamentales del ser humano si se impidiera al condenado a prisión o reclusión perpetua la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad. Y, seguidamente, agregó:

Así resulta del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...] en tanto al expedirse sobre el progreso de la queja articulada por la defensa expresó [...] que en éste se alegó -con acierto- que la pena privativa de la libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana [...]

Entonces, el tribunal decidió casar la sentencia de la cámara de San Martín y,

dado que la pena impuesta no es temporal, es imposible determinar su agotamiento, [...] devolverla al a quo a fin de que [...] se establezca en qué momento debe tener por cumplida la prisión perpetua, impuesta a A.F.G.I., señalando los parámetros a tomar en cuenta para tal decisión [...]

En otras palabras, ante la perpetuidad de la pena, lo que equivale a decir que ella se agotaría recién con la muerte de la persona encerrada, pero lesionando ello la intangibilidad de la persona humana (art. 18 CN), la SCBA resolvió innovar: que el tribunal correspondiente establezca en qué fecha vencería la pena, debiendo explicar el criterio utilizado.

Consecuencias prácticas

A partir de esta decisión de la SCBA hubo muchas otras. Jueces de distintos tribunales utilizan criterios diversos para sustituir la pena de prisión perpetua por penas temporales. Así, entre otros casos, se la ha reemplazado por una pena de cuarenta años de prisión (Tribunal Oral en lo Criminal n.º 5 de San Martín, causa n.º 4462) o, “para que exista coherencia dentro del ordenamiento”, por una pena de cincuenta años de prisión, por tratarse —desde la reforma de 2004— de la pena temporal más elevada prevista en el Código Penal

³³ De paso.

³⁴ Causa P. 84.479, del 27/12/06.



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN

impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

argentino (art. 55, CP) (Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín, Sala II, *Incidencia n.º 35.126*).

Debe advertirse que la pena máxima de cincuenta años de prisión prevista en el artículo 55 del Código Penal rige para los supuestos de concurso real de delitos, es decir, cuando una persona es juzgada por más de un delito cometido de manera independiente. En tales casos, la escala penal se integra con un mínimo resultante de la pena mínima mayor correspondiente a los delitos concurrentes y un máximo constituido por la suma de las penas máximas de esos delitos, aunque, de acuerdo con dicho artículo, no puede superar los cincuenta años de reclusión o prisión. Así, por ejemplo, una condena por hurto simple (art. 162, CP), reprimido con prisión de un mes a dos años, y homicidio simple (art. 79, CP), reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, en concurso real entre sí, da lugar a una escala penal de ocho años (mínimo mayor) a veintisiete años de prisión (suma de máximos).

Por otro lado, más allá de la vulneración de la división de poderes que ello supone —como se verá a continuación—, el fallo de la SCBA no contiene indicación alguna, ni expresa ni implícita, en el sentido de que la pena que el tribunal establezca en sustitución de la prisión perpetua deba coincidir con el máximo temporal previsto por el ordenamiento jurídico. Incluso, existen razones para sostener precisamente lo contrario. El problema no radicaba en la ausencia de una pena, sino en la existencia de una sanción considerada excesivamente severa. En consecuencia, los jueces podrían haber interpretado que su deber —sin perjuicio de la inconstitucionalidad de la tarea encomendada, cuestión que se examinará más adelante— no consistía en actuar como legisladores particularmente rigurosos, sino, tal como surge de los fundamentos de la propia SCBA, en “crear” penas compatibles con la finalidad resocializadora que el tribunal invoca como fundamento de su decisión.

Principios constitucionales y ley penal



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN

impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Dada la importancia del tema y el hecho de que se analizan decisiones adoptadas por los más altos tribunales de la República Argentina, resulta necesario un desarrollo detallado, aun a riesgo de incurrir en ciertas repeticiones.

Como punto de partida, cabe recordar que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso (art. 18, CN). De esta disposición se desprende que la ley penal debe ser previa al hecho imputado —es decir, irretroactiva—, pero también escrita y estricta. Esto último implica que la conducta prohibida y la pena correspondiente deben estar definidas con suficiente precisión, excluyendo formulaciones vagas y analogías que amplíen el alcance de la prohibición penal. Asimismo, la ley debe ser publicada para que los habitantes puedan conocerla y orientar su conducta conforme a ella (art. 5, Código Civil y Comercial de la Nación). En este sentido, ya a comienzos del siglo XX se sostenía que, del mismo modo que una disposición publicada erróneamente no constituye una ley válida, tampoco puede considerarse tal una decisión efectivamente adoptada pero no publicada (von Liszt, 1916, p. 98).

La única fuente de las normas penales es la ley formal emanada del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN). De ello se sigue que la facultad de crear derecho penal se encuentra vedada a los restantes poderes del Estado (Antolisei, 1988, pp. 44 y ss.; Bacigalupo, 1999, pp. 75 y ss.; Bustos Ramírez, 1989, p. 61; Fontán Balestra, 1980, vol. 1, p. 228; Jakobs, 1995, pp. 88 y ss.; Jescheck, 1993; Nino, 1992, p. 480; Núñez, 1964, vol. 1, p. 92; Roxin, 1997, vol. 1, pp. 138 y ss.; Soler, 1970, vol. 1, p. 114).

Entonces, solamente son punibles las conductas expresamente amenazadas por la ley con una pena, y solo son aplicables las penas expresamente establecidas por la ley. Así, se ha decidido que

la “ley anterior” de la garantía constitucional citada y del principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los *hechos*



Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

punibles y de las *penas* a aplicar (CSN, “Raúl Oscar Mouviel y otros”, del 17/5/1957, *Fallos*, 237: 637).

La función de estas reglas es garantizar que las personas no puedan ser acusadas, juzgadas ni condenadas por hechos que, al momento de su comisión, no estuvieran tipificados en una ley formal del Congreso Federal que describiera detalladamente la conducta (prohibida) y la pena consecuente, y ningún juez ni ninguna otra autoridad puede válidamente sustituir al Congreso Federal en esta tarea (art. 75. 12 CN; Soler, 1970: tomo 1: 124; Antolisei,1988: 54) ni éste autorizado a delegarla y, de hacerlo, el producto sería nulo por inconstitucional (Bidart Campos, 1988, tomo II: 28; Núñez, 1964, tomo I: 97).

Una ley que crea un tipo penal, pero omite crear la pena, es inaplicable; lo propio sucede si la pena fuera declarada inconstitucional: en ambos casos, el tipo penal queda sin pena, así como un significante sin significado. Y, del mismo modo que no usamos palabras que carecen de un significado (inteligible), no deben usarse tipos penales que no tienen una pena (válida) vinculada. Pero, claro, mientras que no está prohibido crear palabras o nuevos significados para términos existentes, la necesidad de evitar arbitrariedades que pongan en riesgo la libertad y todo aquello que involucra la imposición de una pena de prisión para la persona, su familia y sus bienes, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* prohíbe agregar y aplicar retroactivamente penas y, en todos los casos, si ello se hace por una vía ajena a la prevista en el art. 75. 12 CN, sea hacia atrás o hacia el futuro.

Sin embargo, una pena declarada inconstitucional no puede ser válidamente sustituida por otra creada judicialmente, cualquiera sea el criterio empleado para ello. La vulneración del principio de legalidad se manifiesta con claridad en la propia decisión de la SCBA, que encomienda al tribunal interviniente la determinación de los parámetros necesarios para llevar adelante una operación que, en rigor, supone la creación de derecho penal. Ello fue reconocido expresamente por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de San Martín al sostener que “cualquier determinación de un límite conlleva la necesidad de efectuar una creación pretoriana” (Sala II, *Incidencia n.º 35.126*).



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

No interesan las motivaciones ni las intenciones. El acto es inválido en su origen.

Frente a la inconstitucionalidad de la pena denunciada por la CSN y retomada por la SCBA, y ante la inexistencia de una pena alternativa asignada al tipo penal, sólo queda la aplicación de tipos penales residuales o básicos: así, huérfano de pena, el tipo penal del art. 80. 7 CP (amenazado con reclusión o prisión perpetua) cede ante el homicidio simple y eventuales tipos penales concurrentes, con aplicación de las reglas de los concursos de delitos (art. 54 y ss. CP).

El desconcierto

Frente a estas disposiciones, resulta llamativo que el Poder Judicial, cuya función consiste en garantizar la vigencia del Estado de derecho, proteger los derechos individuales, ejercer el control de constitucionalidad y prevenir el ejercicio abusivo del poder (Badeni, 1994, p. 412), sea precisamente el órgano que, a través del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires, termine vulnerando el principio *nulla poena sine lege* al delegar en jueces inferiores la creación de penas destinadas a sustituir aquella que considera inconstitucional.

La solución correcta

Como fue señalado previamente, una vez que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reconocieron la inconstitucionalidad de las penas de prisión y reclusión perpetuas previstas conforme al artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, no resulta admisible que el vacío dejado por tales sanciones sea colmado mediante creaciones judiciales. Los tipos penales amenazados exclusivamente con penas de reclusión o prisión perpetua —es decir, aquellos para los cuales el legislador no previó una sanción alternativa— han quedado privados de una pena constitucionalmente válida y, por ello, no pueden ser aplicados.

En consecuencia, corresponde adecuar los hechos objeto de condena a los tipos penales residuales que resulten aplicables y, en su caso, imponer las sanciones previstas en las escalas penales correspondientes.



Dimensión discursiva

En esta sección me propongo explorar cómo puede explicarse que la SCBA se haya apartado de tales reglas constitucionales y resolviera que, ante la ausencia de una pena constitucionalmente válida, fuera el propio Poder Judicial el encargado de crear una sanción en su reemplazo. Para ello, realizaré un breve bosquejo del contexto sociohistórico de la época y, posteriormente, analizaré el discurso de dicha institución judicial.

En las últimas décadas, el mundo ha ingresado en lo que Fassin (2018) denomina un *momento punitivo*: sin que exista una correlación directa entre esta tendencia y un aumento de la criminalidad, las infracciones a la ley son castigadas con una severidad creciente (p. 9). El control social, además, opera de manera selectiva; ciertas ilegalidades son perseguidas mientras que otras son toleradas (Pegoraro, 2015, p. 334). Nos encontramos frente a un espacio-tiempo caracterizado por la lógica de la guerra contra determinadas poblaciones —expresada, entre otros fenómenos, en el racismo y el sexismo— y por proyectos de secesión política de los sectores más privilegiados (Lazzarato, 2020, p. 52).

En Argentina, este movimiento punitivo encuentra un antecedente decisivo en el golpe de Estado de 1976. El régimen instaurado entonces se prolongó hasta finales de 1983 y, además de su extensa duración y de haber enviado a hombres y mujeres a la Guerra de Malvinas con la expectativa de obtener réditos políticos de una eventual victoria (Halperín Donghi, 2006, p. 112; Novaro, 2010, p. 184), implicó la suspensión de derechos constitucionales y la instauración del terrorismo de Estado (Nino, 1992, p. 224).

Ya en el siglo XXI, aun bajo gobiernos democráticos, el punitivismo volvió a manifestarse con fuerza, especialmente a partir de 2004, mediante reformas al Código Penal y a los códigos procesales que ampliaron el uso y la duración de la prisión preventiva, así como las facultades de las fuerzas de seguridad.



Sin embargo, ese endurecimiento normativo no se distribuye de manera uniforme. A diferencia de lo que ocurre con los delitos contra la propiedad —en los que la restitución de la cosa sustraída no exime de responsabilidad penal—, quien evade al fisco mediante maniobras fraudulentas puede evitar la condena si, luego de ser intimado por la autoridad tributaria, cancela la deuda y los intereses correspondientes (art. 16, Ley Penal Tributaria). Este tratamiento diferencial permite concebir al sistema penal como un dispositivo destinado a administrar selectivamente los ilegalismos (Foucault, 1976, p. 93).

Veamos ahora con mayor detenimiento la decisión adoptada por la SCBA. Desde una perspectiva técnica, el reenvío dispuesto por la CSN implicaba que la SCBA debía pronunciarse sobre el fondo de la cuestión sometida a su decisión, asunto que anteriormente no había despertado su interés. Ello puede inferirse de que, si ese tribunal hubiera considerado afectada la intangibilidad de la persona humana por una pena de prisión extingible únicamente con la muerte del condenado, necesariamente habría advertido también la existencia de un perjuicio irreparable derivado de una detención que continuaba prolongándose y, en consecuencia, habría equiparado la resolución impugnada a una sentencia definitiva. Sin embargo, no lo hizo.

Tras el reenvío, podría suponerse el despertar de una sensibilidad hasta entonces ausente en la SCBA o, al menos, en cuatro de los cinco jueces que integraron la mayoría. Lo llamativo es que dicha mayoría no se limitó a reproducir el argumento desarrollado por la CSN —como sí hizo el magistrado que votó en disidencia— según el cual la prisión perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana (consid. 8). Antes bien, incorporó otro fundamento, también presente en el recurso de la defensa, referido a la contradicción existente entre la finalidad resocializadora de la pena estatal, reconocida por el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y una pena de prisión perpetua, cuyo mensaje es precisamente la imposibilidad de reinserción social del condenado (consid. 7).

Ahora bien, si en el considerando 7 la SCBA desarrolló un argumento propio, llama la atención que lo haya presentado como una derivación de la afectación de la intangibilidad de la persona humana señalada por la CSN. En efecto, luego de sostener que la imposibilidad de



acceder a la libertad contradice la finalidad socializadora de la pena, el voto mayoritario afirmó, al comienzo del considerando 8: “Así resulta del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...]”, para inmediatamente remitir a la opinión de ese tribunal según la cual la prisión realmente perpetua lesiona la intangibilidad de la persona humana.

Sin embargo, ambos argumentos descansan sobre fundamentos distintos. La CSN vinculó la inconstitucionalidad de la pena con la afectación de la intangibilidad de la persona humana, cuestión que, en materia penal, remite a la prohibición de penas crueles. La SCBA, por el contrario, construyó su razonamiento sobre la finalidad socializadora de la pena consagrada en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Mientras el primer argumento cuestiona la compatibilidad de la pena perpetua con la dignidad humana, el segundo pone el acento en la contradicción existente entre una pena sin horizonte de libertad y la pretensión de reinserción social del condenado. Se trata, por tanto, de fundamentos diferentes que el voto mayoritario presenta como si fueran una misma línea argumental.

Aquello que el voto describe como cómputo privilegiado es, jurídicamente, un derecho (art. 7, ley 24.389)³⁵ derivado de una garantía convencional (art. 7. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y que el Congreso Federal argentino reglamentó, de acuerdo a la facultad que le otorga el art. 75. 22 CN.

El Diccionario de uso del español define privilegio como una excepción a una obligación o como la posibilidad de hacer o poseer algo vedado a los demás (Moliner, 1990). En consecuencia, aun cuando el cómputo especial de la prisión preventiva opere como un derecho legalmente reconocido, el empleo de esa expresión parece transmitir una valoración negativa de una norma destinada a compensar, al menos parcialmente, el excesivo tiempo de privación de libertad sufrido sin sentencia firme.

³⁵ Artículo que fue aplicado por la ultraactividad de la ley penal más benigna (arts. 9 CADH y 2 CP), pero derogado por la ley 25.430 (BO: 1/6/01).



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

En sintonía con lo señalado anteriormente, puede advertirse que, luego de referirse al cómputo privilegiado, el voto enfatiza que, de los 26 años y 25 días computados a favor de Giménez, este “realmente” sufrió 16 años, un mes y un día de encierro. La oposición entre el tiempo jurídicamente computable y el tiempo “realmente” padecido parece minimizar el alcance de la garantía legal aplicada y, por extensión, relativizar la situación de la persona beneficiaria de ella.

El voto de la mayoría sostuvo:

impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad importa negar (a través de una presunción iuris et de iure) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador —finalidad consagrada constitucionalmente— en la persona del delincuente... (SCBA, Giménez Ibáñez, consid. 7, párr. 2, énfasis añadido).

El Diccionario de uso del español define delincuente como quien comete un delito (Moliner, 1990). No existe duda de que Giménez había sido condenado por delitos graves. Sin embargo, resulta significativo que el tribunal continúe identificándolo mediante una categoría asociada al hecho cometido, aun después de más de cuatro décadas de encierro. Si el argumento central del voto descansa en la finalidad socializadora de la pena, cabe preguntarse hasta qué punto esa terminología resulta consistente con una concepción que aspira a la reintegración social de la persona condenada.

El considerando 9 dispuso devolver las actuaciones a la instancia anterior para que determinara en qué momento debía “tenerse por cumplida” la prisión perpetua impuesta a Giménez.

La expresión tener por cumplida no es neutra. Desde una perspectiva discursiva, sugiere la existencia de una dispensa o concesión otorgada al condenado, más que el reconocimiento del agotamiento de un derecho legalmente exigible. Sin embargo, la propia lógica del fallo parte de la premisa de que una pena perpetua incompatible con la



Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Constitución no puede ejecutarse indefinidamente. Si ello es así, la cuestión no parecería consistir en “tener por” cumplida la pena, sino en determinar cuándo debe considerarse efectivamente cumplida conforme a los parámetros constitucionales adoptados por el propio tribunal.

De este modo, el voto conserva en el plano retórico la idea de una pena perpetua cuya terminación debe ser fijada judicialmente, aun cuando esa misma terminación constituye el presupuesto necesario de la solución que propone. La tensión entre ambas afirmaciones revela una de las principales contradicciones discursivas de la sentencia.

Imaginación asimétrica

Dada la pretensión de fondo de la defensa (que la pena estaba agotada), ella solicitaba también que Giménez fuera puesto en libertad, al menos, hasta que se tomara la decisión final. A ese respecto, la SCBA dijo:

En cuanto a la solicitud de la defensa, de que ‘hasta tanto se resuelva el dictado de la sentencia definitiva sobre el fondo de la cuestión, se autorice la libertad de A.F.G.I. bajo la forma que ese Alto Tribunal considere más apropiada...’ (fs. 928), el peticionario no ha puntualizado —ni se advierte— cuál es el dispositivo legal cuya aplicación pretende sea actuado por esta Corte [...] (Considerando 10).

Estos pasajes vuelven a reunir dos fenómenos diferentes en un mismo discurso: el ser y el parecer. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en una decisión de carácter excepcional, declaró la inconstitucionalidad de las penas de prisión y reclusión perpetuas y, al mismo tiempo, constató que Giménez llevaba más de cuarenta años privado de libertad. Es decir, reconoció una situación de extraordinaria gravedad institucional —la invalidez constitucional de las penas aplicadas— y, además, encontró la forma de ordenar a un tribunal inferior que determinara una nueva sanción en reemplazo de aquella que consideraba incompatible con la Constitución, aun cuando ello implicara atribuir al Poder Judicial una función reservada al legislador por el artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.



Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Sin embargo, el mismo tribunal no adoptó ninguna medida destinada a evitar que la situación que calificaba como inconstitucional continuara produciendo efectos mientras se definía la solución del caso. Así, pese a considerar inválida la pena que justificaba el encierro, no suspendió cautelarmente su ejecución ni dispuso la libertad provisional de Giménez hasta tanto se determinara cuál habría de ser la consecuencia jurídica aplicable.

Dicho de otro modo, si la inconstitucionalidad de la pena suponía —como se sostuvo en el acápite 5— la inexistencia de una sanción constitucionalmente válida para el delito en cuestión, la SCBA encontró una vía para asegurar que continuara existiendo una pena, aun a costa de tensionar garantías constitucionales básicas. En cambio, frente al pedido de la defensa de disponer la libertad de Giménez mientras se resolvía la cuestión, el tribunal abandonó toda creatividad jurídica y se refugió en el más estricto formalismo: Giménez debía permanecer detenido.

La paradoja es evidente. El tribunal mostró suficiente flexibilidad interpretativa para habilitar la creación judicial de una pena inexistente en el ordenamiento jurídico, pero no para revisar provisionalmente la continuidad de una privación de libertad sustentada en una pena que él mismo acababa de considerar incompatible con la Constitución. En ese contraste se revela una de las tensiones más significativas de la sentencia.

Conclusiones

En un Estado de derecho, la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) constituyen límites al ejercicio del poder estatal y garantías frente a su eventual uso abusivo en perjuicio de los individuos. Corresponde al Poder Judicial velar por su observancia, con independencia de las orientaciones de política criminal adoptadas por los gobiernos de turno.

A lo largo de este trabajo he intentado mostrar que, una vez declarada la inconstitucionalidad de las penas de reclusión y prisión perpetuas como consecuencia del reconocimiento de derechos individuales vulnerados —la intangibilidad de la persona



CEDEAD

Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN

impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

humana y el derecho a penas temporales derivado de la finalidad resocializadora de la sanción penal—, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se apartó del recorrido impuesto por el principio de legalidad (art. 18, CN). Dicho principio exige que toda norma penal tenga origen en una ley formal emanada del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, CN). Sin embargo, en lugar de considerar inaplicable el tipo penal cuya única pena había sido declarada inconstitucional, el tribunal dispuso que otros jueces determinaran una sanción substitutiva, habilitando una forma de creación judicial del derecho penal que tensiona tanto el principio de legalidad como la división de poderes.

Además, la directiva impartida por la SCBA fue tan amplia e indeterminada que, con independencia de las motivaciones de sus integrantes, dio lugar a soluciones que difícilmente parecen distinguirse de aquella pena cuya invalidez constitucional se había reconocido. Cabe preguntarse, entonces, cuál es la diferencia sustancial entre una pena perpetua y una pena temporal de cincuenta años impuesta a una persona adulta. Del mismo modo, resulta legítimo interrogarse acerca de la relación existente entre los principios constitucionales invocados para negar la validez de la prisión perpetua y las penas extraordinariamente extensas que han sido utilizadas para reemplazarla. En ambos casos, la consecuencia práctica parece ser la misma: postergar al máximo posible el eventual regreso de la persona condenada a la sociedad abierta.

Finalmente, el análisis del discurso judicial permite advertir una serie de tensiones que atraviesan la sentencia. La decisión de ordenar que se fijara el vencimiento de una pena perpetua; la utilización de la categoría delincuente para referirse a una persona que se aproximaba al agotamiento de más de cuatro décadas de encierro; la caracterización como privilegio de un derecho legalmente reconocido; y la negativa inicial a otorgar una respuesta favorable al planteo defensista que luego sería acogido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, constituyen elementos que sugieren una persistente impronta punitiva en la construcción argumental del tribunal.

A partir de esos elementos, me inclino a pensar que la SCBA quedó atrapada en una retórica punitivista que le impidió advertir plenamente las consecuencias de sus propios



Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

presupuestos. Al reconocer la inconstitucionalidad de la pena perpetua y, simultáneamente, delegar en otros jueces la creación de una sanción sustitutiva, el tribunal terminó adoptando una solución que quedó a mitad de camino entre la protección de los derechos fundamentales que decía tutelar y el respeto por los principios estructurales del orden constitucional, en particular la división de poderes y el principio nulla poena sine lege.

Bibliografía:

Antolisei, F. (1988). *Manual de derecho penal. Parte general*. Temis.

Bacigalupo, E. (1999). *Principios constitucionales de derecho penal*. Hammurabi.

Badeni, G. (1994). *Reforma constitucional e instituciones políticas*. Ad-Hoc.

Barrera, L. (2012). *La Corte Suprema en escena. Una etnografía del mundo judicial*. Siglo Veintiuno.

Bidart Campos, G. J. (1988). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Vol. 2). EDIAR.

Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de derecho penal. Parte general* (3.^a ed.). Ariel.

Fassin, D. (2018). *Castigar*. Adriana Hidalgo.

Fontán Balestra, C. (1980). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Vol. 3). Abeledo-Perrot.

Foucault, M. (1976). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo Veintiuno.

Halperín Donghi, T. (2006). *La larga agonía de la Argentina peronista*. Ariel.

Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.

Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general* (4.^a ed.). Comares.



Revista Antropología y Derecho. Centro de Estudios en Antropología y Derecho (CEDEAD).ISSN
impreso:1668-7639.ISSN en línea:2953-3848. Número 15, junio 2026

Lazzarato, M. (2020). *El capital odia a todo el mundo. Fascismo o revolución*. Eterna Cadencia.

Liszt, F. von. (1916). *Tratado de derecho penal* (Vol. 2). REUS.

Moliner, M. (1990). *Diccionario de uso del español* (2 vols.). Gredos.

Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Astrea.

Novaro, M. (2010). *Historia de la Argentina. 1955-2010*. Siglo Veintiuno.

Núñez, R. C. (1964). *Derecho penal argentino. Parte general* (Vol. 1). Editorial Bibliográfica Argentina.

Pegoraro, J. (2015). *Los lazos sociales del delito económico y el orden social*. Eudeba.

Soler, S. (1970). *Derecho penal argentino*. Tipográfica Editora Argentina.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Vol. 1). Civitas.

Stratenwerth, G. (1982). *Derecho penal. Parte general. El hecho punible* (Vol. 1). EDERSA.