

Diego Zysman Quirós

**DICTAMEN PERICIAL ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
-FALLO “ÁLVAREZ VS. ARGENTINA”-.**

Diego Zysman Quirós

Sr. Presidente
Corte Interamericana de Derechos Humanos
San José, Costa Rica.

Diego Zysman Quirós, DNI n 21.923.972, abogado, en mi condición de Perito designado en el caso “Álvarez vs. Argentina”, de las demás condiciones ya informadas en mi CV, me dirijo a Ud. a fin de remitir el peritaje requerido, debidamente formalizado mediante *affidávit*.

El objeto del peritaje determinado por la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“La Corte”)

“(i) la legislación argentina y la práctica judicial en materia de penas perpetuas y de reclusión accesoria por tiempo indeterminado impuestas en aplicación de los artículos 80 y 52 del Código Penal de la Nación así como su evolución en el tiempo;
(ii) el origen histórico del artículo 52 del Código Penal de la Nación, y
(iii) la práctica jurisdiccional en materia de inclusión en el régimen de libertad condicional de personas condenadas sobre la base de las normas mencionadas, y el acceso a otros beneficios liberatorios y al eventual agotamiento definitivo de este tipo de penas.
El perito podrá referirse a otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, al derecho comparado y a los hechos del caso concreto para desarrollar su dictamen”.

Preguntas realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (“La Comisión”):

- “1. Conforme a los hechos del caso, el señor Álvarez fue condenado a la pena de reclusión perpetua del artículo 80 del Código Penal más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del artículo 52 del mismo cuerpo normativo. Refiera cuál sería la expectativa de que una persona condenada a una pena como la del señor Álvarez, sea puesta en libertad bajo la legislación nacional.*
- 2. ¿Existe norma legal en Argentina que permita una revisión o determinación temporal de la sanción en este tipo de condenas?*
- 3. ¿Cuál sería la expectativa de una persona condenada a una pena como la del señor Álvarez en términos del tiempo que debiese esperar para tener posibilidad de revisión de esta?*
- 4. ¿Cómo opera el plazo de cinco años de cumplimiento de la reclusión accesoria contemplado en el artículo 53 del Código Penal a efectos de la obtención de la libertad condicional, en el caso de personas cuya pena principal es una pena de reclusión perpetua?*

Diego Zysman Quirós

5. *¿Cuál es la respuesta judicial frente a casos de personas condenadas a sanciones bajo las normas referidas previamente? ¿Existe consenso sobre la posibilidad de acceso a la revisión periódica de la pena y posibilidad de obtención de la libertad ya sea condicional o definitiva? De ser el caso, refiera la evolución jurisprudencial en la materia.*

6. *Refiera si el marco normativo argentino y la práctica judicial previenen que tanto al momento de ser impuesta la pena de reclusión perpetua o la accesoria por tiempo determinado, o en su caso es revisada, deben ser tomados en cuenta los fines establecidos en el artículo 5.6 de la Convención Americana.*

7. *En su opinión, conforme a la legislación y jurisprudencia de los tribunales nacionales, ¿es posible frente a casos de condena a reclusión perpetua definir una fecha de término a la misma? De manera particular, ¿qué ocurre con el “agotamiento” de la pena en aquellos en que además se condena conjuntamente con la reclusión accesoria de tiempo indeterminado?”*

1. Introducción

Para desarrollar los puntos solicitados para este dictamen pericial se comenzará con unas reflexiones preliminares sobre el concepto de pena perpetua en la literatura especializada internacional (apartado 2), para luego abordar la evolución de la prisión y reclusión perpetua, así como también la accesoria por tiempo indeterminado en la legislación argentina (apartado 3). Luego se enfocará en la práctica judicial en la materia de penas perpetuas y reclusión accesoria por tiempo indeterminado (apartado 4) para introducir interpretaciones comparativas a partir de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (apartado 5), ciertas referencias relevantes de derecho comparado (apartado 6) y de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (apartado 7) que permitirán rescatar los estándares de la CADH en la materia. Finalmente (apartado 8) se especificará cómo fueron respondiéndose en el desarrollo, las preguntas de la Comisión.

2. Reflexiones preliminares

2.1. El encarcelamiento perpetuo como sustitución de la pena de muerte encuentra orígenes ya en la teoría clásica penal de los siglos XVIII y XIX, sin ir más lejos, en la obra de su fundador Marques de Beccaria, quien para pronunciarse en favor de la abolición de la pena capital para un gran número de supuestos, destacaba que eran suficientes y más intensos los severos efectos de la prisión a perpetuidad, a la que llamaba “esclavitud perpetua”.¹

2.2. Hoy la pena perpetua se reconoce, a nivel internacional, como la pena más severa luego de la de muerte. Así fue entendida desde la abolición de la pena capital a fines del siglo XIX en los primeros códigos abolicionistas europeos, e incluso en la sanción de la prisión perpetua como pena sustitutiva de la pena de muerte, después de la segunda guerra mundial, en países como Alemania, Gran Bretaña y más tardíamente Francia, entre otros. Ello también se advierte en la legislación estadual de los Estados Unidos de las últimas cinco décadas,

¹ Beccaria, Marqués de, *De los Delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1994, p. 77.

Diego Zysman Quirós

que mantienen la prisión perpetua sin posibilidad de *parole* como sustituto legal o pena subsidiaria para la conmutación de penas, frente a la pena capital.²

2.3. De las distintas clasificaciones propuestas para distinguir si una pena se identifica más allá de su denominación, o no, como pena perpetua y cuál es su regulación y alcance, resulta clarificadora la distinción propuesta por van Zyl y Appleton, en uno de los trabajos comparativos más importantes sobre esta pena, donde distinguen entre dos tipos básicos de prisión perpetua (*life imprisonment*).³ La primera es la pena perpetua *formal*, en la cual la autoridad impone una pena perpetua o de por vida -o utiliza otras palabras para indicar explícitamente que pretende condenar a las personas para estar en prisión durante toda su vida-. La segunda es la pena perpetua *informal*, en la cual la autoridad que impone la pena no la denomina pena perpetua, pero ésta puede determinar que las personas estén en prisión hasta que mueran allí.⁴

2.4. A su vez, estos dos tipos ideales se dividen en otros dos. La prisión perpetua *formal*, puede diferenciarse –siguiendo la terminología estadounidense- en prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional -*life imprisonment without parole* (LWOP)- o con posibilidad de liberación condicional -*life imprisonment with parole* (LWP)-. Las personas condenadas a la primera no pueden ser consideradas para su liberación, aun cuando pueda otorgárseles una conmutación o perdón. Las condenadas a la segunda, tienen el derecho a que se evalúe su libertad condicional a partir de un número fijo de años y, desde entonces, una evaluación de manera regular.

2.5. A su vez, en el caso de pena perpetua *informal*, van Zyl y Appleton consideran que es útil distinguir entre perpetuas de *facto* y *detención indefinida*, post condena. Las perpetuas de *facto* son aquellas condenas a penas fijas que son tan largas que es absolutamente probable que las personas condenadas puedan morir encarceladas. Ello haciendo foco en la extensión, en sí, de la condena, y no en la fortaleza de las personas de sobrevivir debido a su edad o estado de salud. Las perpetuas por *detención indefinida*, prevén un encierro indeterminado, aunque no especifiquen que son penas perpetuas. Estas suelen reservarse a personas que, se considera, ofrecen un riesgo para la sociedad y prevén mecanismos para cesar el encarcelamiento una vez que el riesgo deja de existir.⁵

2.6. Por estas razones, podemos afirmar que tanto el instituto de la denominada prisión perpetua como el de la accesoria por tiempo indeterminado objeto de dictamen, en términos internacionales y de derecho comparado, pueden ser analizadas bajo el concepto amplio de *life imprisonment* como perpetua formal e informal indefinida, respectivamente.⁶

² Garland, D, *Una institución particular. La Pena de muerte en los Estados Unidos en la era de la abolición*, Bs. As., Didot, 2013.

³ Van Zyl Smit, D. y C. Appleton, *Life Imprisonment. A Global Human Rights Analysis*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2019.

⁴ *Ídem*, p. xi.

⁵ *Ídem*, pp. xi-xii.pl

⁶ El impacto a nivel internacional del encarcelamiento perpetuo en nuestros días se clarifica con las últimas estadísticas globales disponibles. A fines de 2014 la pena perpetua formal era una pena prevista por las leyes de 183 de 216 países y territorios a nivel internacional. En la práctica, en 149 de ellos era la pena más severa. En términos penológicos, el impacto real de la pena de prisión perpetua como pena más severa para los sistemas penales del mundo se extiende a un número mucho mayor de personas que los casos de pena capital. La información disponible también expresa que el número de personas condenadas a pena perpetua a nivel internacional ha ido en crecimiento. Mientras en el

Diego Zysman Quirós

2.7. El repaso de derecho comparado en relación a este instituto también permite entender que, a pesar de la extensión temporal de las penas, la discrecionalidad de muchas otras leyes nacionales y sus mecanismos de soltura, las constantes reformas a la ley argentina han dado lugar a una regulación actual tan compleja de la pena perpetua, sus mecanismos de soltura y agotamiento y su articulación con la accesoria del art. 52 del código penal –no ya para la certeza del condenado, sino para la previsibilidad de los propios operadores de justicia y los estudiosos de la doctrina- que no es fácil hallar menciones de otra legislación en la que se adviertan vacíos legales o conflictos interpretativos tan variados.

3. La legislación argentina en la historia y la práctica judicial en materia de penas perpetuas y reclusión accesoria por tiempo indeterminado

La prisión perpetua

3.1. La pena perpetua y la accesoria por tiempo indeterminado tienen orígenes en distintas escuelas penales y teorías de la pena, pero a lo largo de más de un siglo y medio estuvieron, ambas, históricamente vinculadas con la pena de muerte, en tanto respuestas de máxima severidad para los crímenes o delitos más graves y los autores de mayor temeridad o peligrosidad.

3.2. El primer código penal argentino, de 1886, incorporó el proyecto de código penal Tejedor para la Provincia de Buenos Aires que, según inspiración en la escuela clásica a partir del código de Baviera, de A. von Feuerbach, ya se aplicaba en varias otras provincias desde 1877, con ciertas modificaciones. Este código preveía la pena de presidio militar por tiempo indeterminado, ampliada ahora a otras figuras penales más allá del homicidio agravado, según ceñía el proyecto original, pero al igual que en éste último, limitaba el tiempo indeterminado a quienes después de 15 años de condena hubiesen dado prueba de reforma durante los últimos 8 años, mediante el derecho a pedir una gracia al ejecutivo, por el resto de la condena.⁷

3.3. El proyecto de reforma liderado por Segovia, de 1895, y la reforma penal efectivamente producida en 1903 mantenían el presidio indeterminado y así también la posible remisión luego de los 15 años. Asimismo, incorporaba por primera vez la pena de deportación influenciada por la legislación francesa.⁸

3.4. Más tarde, el proyecto de reforma del código penal, de 1906, mantuvo la indeterminación y aumentó el cumplimiento de pena para obtener la libertad, hasta los 20 años, aunque dejó de considerarlo una gracia por parte del poder ejecutivo y lo formuló como un derecho de concesión judicial. También incorporó el instituto de la libertad condicional –asociado a ideas

2014 se computaban 479.000 personas cumpliendo penas formalmente designadas como *life sentences* alrededor del mundo, en comparación con 261.000 en el año 2000, entre 2014 y 2020 existió un importante incremento de condenas a estas penas en ciertas regiones y países que impactaría en los números totales Penal Reform International, Key facts, disponible en <https://www.penalreform.org/issues/life-imprisonment/key-facts/> accedido por última vez el 01.08.2022.

⁷ Juliano, M. A. y F. Ávila, *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2012, p. 41; Zaffaroni, E. R., A. Alagia y A. Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, pp. 901-907.

⁸ *Ídem*, p. 44.

Diego Zysman Quirós

neoclásicas, correccionalistas o positivistas criminológicas resocializadoras- y lo restringió para los reincidentes.⁹

3.5. En la constitución nacional de 1853 Argentina había prohibido la pena de muerte por razones políticas, y hasta 1921, cuando la abolió para delitos comunes en el código penal, podía ser considerada un estado abolicionista en la práctica, en atención a las escasas ocasiones en que se impuso en las décadas anteriores.¹⁰

3.6. Si bien en aquella época se encontraba plenamente vigente la discusión científica entre sistemas de “penas determinadas” y “penas indeterminadas” sustanciada en Europa e impuesta en un gran número de ordenamientos estaduales estadounidenses, desde su origen en Elmira, New York, en 1876,¹¹ se entiende que Europa continental y los países latinoamericanos sólo incorporaron las penas indeterminadas (o “sentencias indeterminadas”, como muchas veces se denominaron) de manera excepcional, para condenados por habitualidad en el delito, o extrema peligrosidad, a través de un derecho penal que más tarde se definiría como de “doble vía”, pues admitía el encarcelamiento a partir de penas en términos formales, como en las penas que llamaba medidas de seguridad por tiempo determinado o indeterminado.¹²

3.7. Tanto la pena de encarcelamiento perpetua, que podría señalarse como una pena fija o determinada basada en la gravedad y culpabilidad del hecho –más acorde a las ideas retributivas y preventivo generales de la escuela clásica penal- por entenderse que más allá de su extensión tenía un vencimiento fijo, con o sin liberación previa, como la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, entendida como medida excepcional o pena indeterminada asociada a la peligrosidad del delincuente –más acorde a las ideas de la escuela penal positivista- ocuparon el papel de sanciones sustitutas a la pena de muerte para las condenas a los hechos de mayor gravedad y a los sujetos delincuentes de mayor peligrosidad, respectivamente.

3.8. Desde el último tercio del siglo XIX habían surgido en Argentina –al igual que en otros países- discusiones y convergencias estratégicas entre posiciones de derecho penal de acto y culpabilidad que se acercaban más al clasicismo penal dominante desde el primer código penal nacional del siglo XIX y aquellas cercanas a un derecho penal de autor, tanto de filosofías correccionalistas como especialmente positivistas criminológicas.¹³ Estas últimas promovieron legislaciones centradas en la individualización de la pena y no del delito, que llevaron a postular orientaciones científicas resocializadoras, en lugar de retributivas, pero en el mismo movimiento también se sostuvieron para casos excepcionales o no tanto, las penas

⁹ *Ídem*, p. 45.

¹⁰ Desde su asunción en 1916 hasta la derogación por el código penal de 1921, el presidente de la nación conmutó todas las penas a muerte. La última ejecución formal se llevó a cabo en 1915, luego de dos décadas.

¹¹ Jiménez de Asúa, L., *La sentencia indeterminada*, 2 ed., Ediciones Jurídicas Lima, 1989.

¹² Asúa Batarrita, A., “Pena Indeterminada”, Nueva Enciclopedia Jurídica, T XIX, Francisco Seix, Barcelona, pp. 420-439.

¹³ Creazzo, G., *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, Ediar: Bs. As., 2007 se refiere detalladamente a los fundamentos clásicos, positivistas y de otras escuelas menores con posiciones intermedias, en los proyectos previos y en las discusiones del código penal argentino de 1921.

Diego Zysman Quirós

eliminadoras inocuizadoras (incapacitadoras en la terminología anglo, más neutra) para quienes fueran considerados de imposible o muy difícil resocialización o incorregibles.¹⁴

3.9. El Código Penal argentino actualmente vigente, tiene su origen en un proyecto de 1917 del legislador Rodolfo Moreno (h), fue sancionado a fin de septiembre de 1921 y entró en vigencia el 30 de abril de 1922. Este código originalmente reprimía con prisión o reclusión perpetua¹⁵ (como veremos, pudiendo también aplicar lo dispuesto en el art. 52) solo a los tres supuestos de homicidios agravados previstos por el artículo 80 del mismo, y también a los delitos de traición a la patria y rebelión previstos por los artículos 214, 215 y 227 del mismo ordenamiento.¹⁶ En todo caso, esta aplicación podía entenderse como excepcional.

3.10. En esta redacción, la libertad condicional podía hacerse operativa, al igual que en los delitos que preveían penas flexibles (es decir, a partir de una escala de mínimo y máximo), salvo con respecto a los condenados a perpetua que hubiesen sido declarados reincidentes (art. 14 del código penal, restricción que se mantiene hasta el presente). En este caso, ante la imposibilidad de acceder a ella, la pena se volvía realmente perpetua, pues se agotaba junto a la vida del condenado.

3.11. En este sentido, la redacción original del Código Penal argentino estableció que en los casos en que se condenara a una prisión o reclusión perpetua, las personas condenadas podían solicitar su libertad condicional a partir de los 20 años de encierro, con observancia de reglamentos carcelarios y previo informe del establecimiento. En caso de

¹⁴ Von Liszt, F., *La idea del fin en el Derecho Penal*, Comares: Granada, 1985, miembro fundador de la Unión Internacional de Derecho Penal, expresa en su programa de Marburgo una de las distinciones más influyentes del siglo XIX sobre los fines de la pena, aplicables a delinquentes intimidables, corregibles e incorregibles. En el mundo anglo fue muy influyente la obra y práctica del reformador penitenciario Brockway, Z, "The ideal of a True Prison System for a State", en *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, 1870. Sobre estas propuestas y las diferencias en Europa y en los Estados Unidos, más recientemente, Michele Pifferi, *Reinventing Punishment: A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

¹⁵ La distinción entre prisión y reclusión se basa sustancialmente en que la segunda sería una forma de encierro agravado por la imposición de trabajo forzado y la posibilidad de ser empleado en obras públicas (arts. nos. 5, 6 y 7 del código penal). También podía conllevar otros beneficios penitenciarios. La doctrina tempranamente entendió que esta distinción había quedado tácitamente derogada por la ausencia de referencias especiales en la ley de ejecución penal (primero por el decreto 412/1958 y finalmente por el actual art. 57 de la ley 24.660) y su cumplimiento en establecimientos comunes. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo decidió así en el fallo "Méndez", resuelto el 22.02.2005, y luego en otros casos. La sanción de la ley 26.200 que incorporó el Estatuto de Roma a la legislación argentina y explicitó que a estos efectos el término reclusión será entendido como "prisión", brindó nuevos argumentos legales para entender que esta derogación es ahora legalmente expresa y que cualquier distinción es meramente nominal. El Fallo "Álvarez" de la CSJN de 2019, volvió a poner en duda esta interpretación.

¹⁶ A través del tiempo se incorporaron nuevos supuestos a los homicidios agravados previstos por el art. 80 del texto histórico del Código Penal, ampliando los delitos a los que podía imponerse una pena perpetua. En su origen, esto estaba reservado a los siguientes casos.

1.º Al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son; 2.º Al que matare a otro con alevosía o ensañamiento, por precio, promesa remuneratoria, servicio graves, impulso de perversidad brutal o por veneno, incendio, inundación, descarrilamiento, explosión o cualquier otro medio capaz de causar grandes estragos; 3.º Al que matare a otro para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la impunidad para sí o para sus cooperadores o por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible.

Diego Zysman Quirós

obtener la liberación condicionada, debían permanecer durante cinco años más sometidas a ese régimen de libertad vigilada, recién luego de lo cual, si se observaban las reglas dispuestas para la libertad condicional (reguladas por el art. 13), la pena quedaba agotada.

3.12. Pero el código también establecía -y lo hace hasta el presente-, que en los casos de condenas por los homicidios agravados del art. 80, los jueces, asimismo, “podían” imponer (es decir, en uso de facultades discrecionales, basadas en interpretaciones subjetivas sobre la peligrosidad) la accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del mismo. De acuerdo a la inconfundible literatura positivista de la época ello partía del presupuesto de que no todos los hechos gravísimos eran llevados a cabo por personas de extrema peligrosidad (por ejemplo, homicidios para salvar el honor o por “piedad”) pero algunos sí. En estos casos se negaba la perspectiva de reinserción social y se presuponía la incorregibilidad del condenado.¹⁷ Sin embargo, y a pesar de que la peligrosidad se consideraba un concepto criminológico científicamente reconocido, para imponer esta accesoria no se requería un dictamen experto previo, sino que se dejaba (y deja) al buen juicio de los jueces.

3.13. Toda vez que la pena perpetua permitía la libertad condicional salvo en caso de declaración de reincidencia, y luego el agotamiento de la pena en caso de cumplirse los requisitos de esta última, durante la mayor parte del siglo XX se sostuvo que la llamada pena perpetua no era realmente una pena de por vida, sino la pena temporal fija más grave – no admitía atenuantes ni agravantes-.

3.14. Ya destacamos que el número de supuestos típicos que preveían la pena perpetua en el código penal de 1921 era muy limitado, en orden al catálogo de delitos del código penal y otras leyes especiales. Delitos que hubiesen conllevado la pena capital en el pasado.

3.15. Posteriores proyectos de reforma al código penal que no lograron materializarse en cambios, mantuvieron esquemas más o menos restrictivos de condiciones y tiempos en los cuales las personas con pena perpetua podían solicitar la libertad condicional (básicamente, entre 15, 20 y 25 años). Así, en general, los proyectos de Coll-Gómez, de 1937, Peco de 1941, el Proyecto de 1951, el Proyecto 1953 o el Proyecto Soler de 1960.¹⁸ Mucho más recientemente, el Anteproyecto de la comisión de juristas del 2006 eliminó las penas de perpetuidad y estableció una duración máxima de 25 años de prisión, salvo en los casos de delitos de genocidio, desaparición forzada y homicidio calificado, en que se extenderían a 30 años. El Anteproyecto de Código Penal del 2018, no obstante, previó una pena de prisión perpetua que vencería a los 50 años, al igual que el máximo previsto para el concurso material de delitos.

3.16. Sin embargo, principalmente en las últimas décadas se sancionaron reformas sobre penas perpetuas en distintas modificaciones al código penal, circunstancia que se hizo mucho más trascendente a partir de dos reformas significativas producidas en el código penal

¹⁷ Vacani, P., “El caso Álvarez de la CSJN y otros retrocesos: reclusión perpetua, reformatio in pejus y vigencia constitucional de la accesoria...”, en Pitlevnik, L., *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Bs. As. Hammurabi, 2020, pp. 192-217.

¹⁸ Ver Alderete Lobo, *ob. cit.*

Diego Zysman Quirós

y la ley penitenciaria en los años 2004 y 2017, respectivamente, que restringieron pronunciadamente las liberaciones.¹⁹

3.17. Llegados al presente, según reza la ley, los únicos delitos cuya condena hoy permiten el acceso al instituto de libertad condicional son ajenos a los homicidios agravados del art. 80, pues son sólo los previstos en los artículos 142 ter, 214, 215 y 227 del Código Penal (por cierto, delitos con condenas muchísimo más infrecuentes o inexistentes que no marcan el pulso de la práctica judicial). Además, la disposición legal manifiesta que en estos pocos supuestos restantes la liberación –según ley 25.892 del 2004- sólo podría producirse a los 35 años de cumplimiento de la pena.

3.18. En los demás casos, se concluye que una condena a pena de prisión perpetua conllevaría el cumplimiento de una pena real y efectivamente perpetua, es decir, que sólo se agota con la muerte de la persona en prisión. Por ello también se sostiene que en verdad ha existido una virtual derogación del instituto de la libertad condicional regulado en el artículo 13 del Código Penal argentino, para los casos de encarcelamiento perpetuo.²⁰

3.19. Todo ello se menciona en este panorama de evolución histórica, pues esta asunción de que la legislación argentina –en términos regresivos- efectivamente ha consagrado como regla a la pena realmente perpetua sin posibilidad de libertad condicional en la mayoría de sus supuestos (LWOP) –en contraste con las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales dominantes a la sanción del código penal de 1921 y, por lo tanto, de la mayor parte del siglo pasado- también parece haber impactado en las prácticas de los tribunales actuales sobre las posibilidades y el cómputo aplicable a hechos previos a estas reformas, como el del caso motivo de dictamen.²¹

La reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 del CP

3.20. En particular, la accesoria por tiempo indeterminado del art 52 del código penal estuvo pensada originariamente, a partir de la influencia de la ley de relegación francesa de 1885, para ser cumplida como adhesión a una condena a homicidio agravado o a la última

¹⁹ En 1984, mediante la ley 23.097, se incorporó el delito de tortura seguida de muerte (art. 144 ter) dentro del catálogo de conductas reprimidas con pena de prisión perpetua. En 2003 A través de la ley 25.742, se penó con prisión perpetua al secuestro extorsivo seguido de muerte (artículo 142 bis) y la privación ilegítima de la libertad seguida de muerte (artículo 170). En 2004 a través de la ley 25.893, se reprimen con reclusión o prisión perpetua varios casos de abuso sexual seguidos de muerte (artículos 119 y 120 y 124). En 2011 la ley 26.679 incorporó un nuevo crimen reprimido con pena perpetua: “la desaparición forzada de personas, si resultara la muerte de la persona o si se tratara de una persona embarazada, menor de 18 años, mayor de 70 años o con discapacidad, o cuando hubiera nacido durante la desaparición forzada de su madre”. (Artículo 142 ter). Asimismo, en 2004 se prohibió la libertad condicional para el homicidio agravado previsto en artículos 80 inciso 7º, la violación seguida de muerte (artículo 124) y el secuestro extorsivo y privación ilegítima de la libertad seguida de muerte (artículos 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo). En 2017 se prohibió la libertad condicional para todos los homicidios agravados reprimidos con pena perpetua y se prohibió la libertad condicional para todos los delitos sexuales seguidos de muerte reprimidos con penas perpetuas. En un análisis riguroso al respecto, Alderete Lobo, *ob. cit., passim*.

²⁰ Alderete Lobo, *ob. cit.*

²¹ Es superfluo destacar que este mayor rigor penal en términos de tiempo de encarcelamiento no tiene relación verificable alguna con el mejoramiento de las condiciones carcelarias ni con el aumento de expectativa de vida de la población (libre) de los últimos años, que en prisión se ha modificado levemente.

Diego Zysman Quirós

condena en una reincidencia múltiple o concurso calificado de delitos. Siguiendo la idea de las penas de deportación ultramarina en países sin colonias de ultramar, como era Argentina, el texto original establecía que aquélla debía cumplirse "...en un paraje de los territorios del sud...", lo que luego fue modificado por "establecimientos federales", sin haber tenido nunca un cumplimiento estricto.

3.21. En el caso de los homicidios agravados, esta concesión a una amplísima discrecionalidad judicial –y sin referencias siquiera a una necesidad de fundamentación- no puede comprenderse sino como efecto de las discusiones sobre derecho penal de autor propias de la época y la idea de que la proporcionalidad entre delito y pena –y por lo tanto un pena fija preestablecida- debía ceder a las consideraciones sobre la peligrosidad individual del delincuente y su neutralización.

3.22. A diferencia de lo comentado con relación a la prisión perpetua, hasta la sanción del Decreto-ley n 20.942 de 1944 (luego ratificado por ley 12.997),²² esta accesoria no tuvo fecha precisa o mecanismo de agotamiento, previa a la muerte del condenado, circunstancia que se sustentaba en su carácter de medida de seguridad o pena inocuidadora (prevención especial negativa en lugar de positiva o resocializadora), pese a que el propio autor del proyecto sancionado como código penal de 1921 fue al poco tiempo uno de los primeros autores de un proyecto de reforma que si la preveía. Incluso en aquella época, previo a la normativa internacional surgida de la posguerra, resultaba írrita en el país una reclusión absolutamente indefinida que sólo agotaba con la muerte o el derecho de gracia (indulto o conmutación).

3.23. En 1944 se incorporó una forma de extinción de la accesoria por tiempo indeterminado a partir de un período de liberación previamente acordado, en base a una regulación que cuatro décadas después, en 1984, fue modificada por imperio de la ley 23.057 que sancionó el mecanismo previsto en el art. 53 del código hasta hoy vigente.

3.24. El mecanismo mencionado prevé la soltura en función de una remisión a las reglas compromisorias de la libertad condicional, pero ambos se diferencian en los requisitos necesarios para su obtención y en la forma en que se logra su extinción. Ello tiene que ver con que la accesoria presupone una demostración de que la persona condenada no será ya un peligro para la sociedad.

3.25. En términos generales, las condiciones de procedencia de esta liberación son: a) el cumplimiento de un tiempo mínimo de la reclusión accesoria de cinco años; b) la observancia de buena conducta; c) la demostración de aptitud y hábito para el trabajo; y d) que el condenado no sea peligroso para la sociedad. Transcurridos 5 años de la liberación condicional podrá solicitarse la liberación definitiva, mediante una decisión judicial explícita que significaría el agotamiento de la pena.²³

4. La práctica judicial y evolución de las interpretaciones sobre el agotamiento de la pena de prisión perpetua en casos de aplicación de la accesoria del art. 52 del código penal

²² Finzi, C., "Habitualidad y reincidencia según los art. 52 y 53 del Código Penal Argentino y el decreto del P.E. n° 20.942 del 3 de agosto de 1944", en *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año VIII, n 3, 1944.

²³ Alderete Lobo, *ob. cit.*

Diego Zysman Quirós

El artículo 80 del Código Penal argentino según los hechos establecidos y el marco legal que motivaron el dictamen,²⁴ expresa que en los homicidios agravados allí previstos:

“Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52”

Por su parte, el texto del art. 52 a la fecha del hecho sub examine, rezaba:

“Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

1. Cuatro penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres años;
2. Cinco penas privativas de libertad, de tres años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.”

El artículo 53 del código penal, además, estableció:

“En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales”, “La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional”.

Asimismo, los artículos 13 y 14 del CPN vigentes al momento de los hechos establecían que:

“Art. 13. El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena [...luego menciona otros supuestos] observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones [...].

Art. 14. La libertad condicional no se concederá a los reincidentes”.

²⁴ Ver Informe de Fondo de “La Comisión” en este caso.

Diego Zysman Quirós

4.1. Ahora bien, del juego de esta normativa surge que si bien en los casos de prisión o reclusión perpetua podría estimarse la fecha de agotamiento –sólo en el caso en que se pudiera acceder a la libertad condicional y se transitara en todo el período de prueba- en los casos de determinación de una pena de prisión perpetua con la accesoria por tiempo indeterminado del art. 52, se llega a una aporía legal. No existe una previsión explícita de la ley que permita la revisión de la pena desde el momento de su imposición, ni años después, pues la única exigencia legal clara del art. 53 del código penal de que transcurran cinco años de cumplimiento de esta reclusión accesoria para calificar para una libertad condicional no puede acaecer sino hasta agotada la pena principal a perpetua. Sin embargo, por la característica de la pena principal perpetua –y a falta de otra clarificación legal expresa- ésta no se agota y no puede dar lugar al cómputo de la accesoria. Además, en términos de la ley de ejecución penal eso significa que la persona condenada no podría avanzar en el régimen de progresividad (con los beneficios carcelarios subsiguientes) y llegar al período de prueba.²⁵

4.2. Así planteada, esta situación se asemeja a otros supuestos a los que doctrina y jurisprudencia internacional identifican como una imposibilidad *de facto* de revisión de la pena, que también constituye una imposibilidad *de iure*.²⁶

4.3. Por supuesto, ante ello la circunstancia ha terminado de delinearse por las interpretaciones efectuadas por los tribunales, mayormente sustentadas en la normativa aplicable al caso al momento de decidir, y especialmente en la interpretación extraída de la doctrina de ciertos fallos del superior tribunal de justicia del país, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución y las leyes de jerarquía inferior.

4.4. La práctica judicial no se ha pronunciado por la necesidad, periodicidad ni por las formas procesales de una revisión periódica, sino que ha identificado ésta con la evaluación de la concesión de la libertad condicional, según la interpretación realizada. En algunas ocasiones, siguiendo los fallos de la Corte Suprema los tribunales han declarado la inconstitucionalidad en el caso de la reclusión accesoria por tiempo determinado del art. 52 o del instituto de la reincidencia –o reinterpretado la exclusión bajo otras soluciones, y así han aplicado las reglas sobre libertad condicional aplicables por ley a la prisión perpetua, y en otros casos también han declarado la inconstitucionalidad de la prisión perpetua habilitando una solución posible al caso de acuerdo con las reglas generales de penas temporales. Sin embargo, incluso en estos casos, muchas de estas decisiones no terminan ejecutándose, pues resultan revocadas por tribunales superiores.

4.5. En este sentido, en los últimos tiempos, la práctica de los tribunales se encauzó en base a los lineamientos de los siguientes fallos.

4.6. En el 2005 en el fallo “Maldonado” (Fallos 328:4343) la Corte Suprema de Justicia de la Nación había revocado la imposición de pena perpetua a niños, en el marco de la Convención de los Derechos del Niño. En uno de los considerandos más clarificadores en orden a las exigencias normativas internacionales sobre la finalidad resocializadora²⁷ y el tratamiento penitenciario (cons. 23) expresó:

²⁵ Ley 24.660 de Ejecución Penal Nacional, arts. 5, 6 y 12.

²⁶ Ver, más adelante, la exigencia en este sentido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁷ El concepto amplio de resocialización es el que tradicionalmente ha captado a todas las llamadas finalidades re de la pena, como readaptación, reintegración, reeducación, más allá de los distintos

Diego Zysman Quirós

“Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”.

4.7. En el caso “Giménez Ibáñez” del 2006 (Fallos 329:2440) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - el cual trató el caso de un condenado a prisión perpetua con declaración de reincidencia, en donde el juez entendió que no podía fijarse fecha de agotamiento de la pena perpetua- se reconoció que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana, pues generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

4.8. En la extensa sentencia del caso “Gramajo” también del 2006 (Fallos 329:3680) la Corte declaró la inconstitucionalidad del art. 52 del código penal en un supuesto de multireincidencia, por ser una pena desproporcionada con el injusto del hecho, lesionar la dignidad humana, ser violatoria del principio de culpabilidad, del *ne bis in idem* sustancial y de la prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes, de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y 5.2. de la CADH.²⁸

4.9. Si bien el caso se centró en la imposición de estas penas por multireincidencia en delitos menores, también se expresó una crítica poderosa al concepto de peligrosidad criminal y la posibilidad de estimarla en una prognosis a futuro, así como a la violación de la proporcionalidad y el *ne bis in idem*, que ponía en cuestionamiento en sí misma a toda forma de reclusión del art. 52 del código penal.

4.10. En particular, el considerando n 43 del voto del ministro Petracchi sostuvo:

“Que la finalidad de readaptación social de la pena de prisión (art. 5, inc. 6, CADH) no puede ser desvinculada de la prohibición de la pena de muerte (art. 4, CADH). A partir de la correlación de ambas reglas del Pacto de San José se desprende el principio general de que el Estado no puede “eliminar” a ninguna persona en forma definitiva de la sociedad, sea que lo haga a título de pena o de “medida”. En este sentido, cabe recordar que el “encierro perpetuo” aparece como un sucedáneo de la pena de muerte, y que los argumentos que se esgrimen en su favor son prácticamente

énfasis que una u otra terminología puedan señalar. En el ámbito anglo ha dominado el término *rehabilitación* para referirse a la misma idea. Rotman, E., *Beyond Punishment. A New View of the Rehabilitation of Offenders*, Connecticut, Wesport, 1990.

²⁸ Otro criterio en materia de reconocimiento a la distinción entre prisión y reclusión había tenido esta Corte en “Sosa” del 2001 (Fallos 324:2153).

Diego Zysman Quirós

idénticos a los que se invocan, aún hoy, en favor de la pena de muerte: ambos buscan una "solución final", por medio de la exclusión absoluta del delincuente".²⁹

4.11. Este lineamiento se alteró significativamente a partir del fallo “Estévez” del 2010 (Fallos 333:866). En este caso se dirimía si una pena unificada por diversos delitos a 34 años y 6 meses de prisión, resultaba cruel, inhumana y degradante, la Corte Suprema entendió que la decisión se adecuaba a una de las alternativas interpretativas posibles respecto al máximo legal previsto para el concurso de delitos, desechó la afectación a la prohibición de esta clase de penas y validó la decisión. El voto en disidencia del ministro Zaffaroni, sin embargo, señaló que una interpretación razonable de las disposiciones legales basado en la incorporación del Estatuto de Roma por ley 26.200 al ordenamiento legal, fijaba un límite máximo de pena de 30 años de prisión para el caso.

4.12. Con posterioridad, precisamente, al momento de intervenir en el caso “Álvarez” en 2019, motivo de este dictamen, la Corte cuestionó la posibilidad de dar solución a la falta de regulación legal del tiempo de agotamiento de la reclusión perpetua con accesoria por tiempo indeterminado a través de la conversión en una pena temporal fija de 25 años que no permitía evaluar el comportamiento intramuros o “pronóstico de reinserción social” (no se aludió aquí al concepto de peligrosidad). También expresó –a modo de *obiter dictum*– que la inconstitucionalidad del art. 52 del código penal, declarada en “Gramajo” frente a las multireincidencias, no abarcaba el supuesto previsto por el art. 80 del mismo para los homicidios agravados.³⁰

4.13. Si “Gramajo” al declarar la inconstitucionalidad del art. 52 en aquel caso, habilitó otras declaraciones de inconstitucionalidad y pudo decantar por unos años el conflicto interpretativo en la práctica de los tribunales, los nuevos lineamientos expresados a partir de “Estévez” abrieron el juego a un buen número de interpretaciones con consecuencias absolutamente distintas frente al tema.

4.14. Puesto en discusión el límite máximo de penas habilitado por el código penal y la inconstitucionalidad de la accesoria del art. 52 se abrió el juego a distintas interpretaciones potenciadas por la existencia de nuevas reformas legislativas recientes y Anteproyectos de código penal que incorporaron supuestos penados con prisión perpetua o excluyeron los beneficios penitenciarios existentes para aquéllas en un número creciente de supuestos. Si bien una interpretación posible aún sostiene que la revisión del encierro podría solicitarse transcurridos 20 años de reclusión o prisión perpetua, más los cinco años de la accesoria indeterminada, en atención a lo dispuesto por los arts. 13 y 53 del código penal, existen otras muy diversas que tornan absolutamente incierta la respuesta jurisdiccional a pesar de la trascendencia en el caso concreto.

4.15. Debe destacarse que, sin desconocer frontalmente la aplicabilidad a estos casos de la normativa prevista por el art. 5.6 de la CADH habitualmente señalada por la defensa técnica, la fiscalía y los tribunales en sus decisiones, se la ha minimizado o se ha acudido a “la ausencia de un pronóstico de resocialización” para incorporar estimaciones basadas en la

²⁹ La Corte, no obstante, ratificó la constitucionalidad de la figura de reincidencia por remisión a la doctrina permanente del tribunal, en el fallo “Arévalo”, en remisión expresa a “Gómez Dávalos” (Fallos 308:1938) y otros.

³⁰ Vacani, P. ob, cit.

Diego Zysman Quirós

peligrosidad que resultarían perfectamente conciliables con la imposición de penas de duración mucho mayor o con la accesoria de reclusión indeterminada.

4.16. Históricamente la práctica judicial argentina había resuelto esta cuestión específica en sintonía con la interpretación del alcance de la expresión "...máximo legal de la especie de pena que se trate..." a la que hacía referencia el art. 55 del código penal a la hora de fijar el máximo penal para la acumulación material de delitos en la composición de pena del concurso real.

4.17. Durante las primeras seis décadas de sancionado el código penal de 1921, hasta la sanción de la ley 23.077 de 1984 -luego del retorno a la democracia en el país- doctrina y jurisprudencia sostuvieron de manera básicamente pacífica, que este máximo de pena, en el caso de pena de prisión/reclusión, hacía referencia al máximo penal de la figura del homicidio simple; es decir, 25 años -que advertimos también era el cómputo de los 20 años para acceder a la libertad condicional en las perpetuas, más los 5 años mínimos de la accesoria-.³¹

4.18. La ley 23.077 –que dejó sin efecto numerosas reformas legales del período dictatorial- entre otras cosas incorporó, en la parte especial del código del Título X –Delitos Contra los Poderes Públicos y el Orden Constitucional- el art. 227 ter que estableció una agravante general para cualquier delito cuando "...cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional...", agravante que no sería aplicable cuando estas circunstancias ya estuvieran contempladas como elemento constitutivo o calificante del delito. Esto dio lugar a una nueva interpretación, todavía minoritaria, que señaló que esta referencia había dado lugar a un nuevo "máximo legal" para cualquier delito (más allá de los atentados al orden constitucional) y que el monto máximo sería entonces de 37 años y 6 meses (el máximo de 25 años, más el agravante de la mitad de esta pena, computaba así).

4.19. Puesto que, en el mismo título del código, la ley 23.077 también permitía una aplicación posible del art. 235, en función del art. 226, segundo párrafo del código penal, surgió una línea interpretativa, aún más aislada en aquella época, que sostenía que el máximo de la especie de pena podía elevarse incluso hasta los 50 años.

4.20. Reformas penales posteriores implementadas por las leyes especiales nros. 23.184, 23.592 y 23.737 aludieron nuevamente en ciertas agravantes al máximo previsto en el código penal para la especie de pena de que se trate, sin imponer penas mayores a los 25 años. Junto con ello, la posición "tradicional" sostuvo que la interpretación que llevaba a un máximo mayor, necesariamente conllevaba incongruencias imposibles de superar en torno al régimen de libertad condicional, la tentativa, la participación secundaria, la prescripción y la inhabilitación.

4.21. El máximo penal de 25 años encontró, asimismo, un importante sustento normativo en la Constitución Nacional de 1994, en tanto por su art. 75 inc. 22 se otorgó por

³¹Entre los reconocidos tratadistas que lo interpretaron así estaban Fontán Balestra, C., *Tratado de Derecho Penal, Tomo III: "Parte general"*, Abeledo Perrot, 2ª ed. corregida y actualizada, Buenos Aires, 1970, p. 98; Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo V*, Ediar, Buenos Aires, 1983, p. 398 y Núñez, R., *Derecho Penal Argentino, Tomo Segundo "Parte General"*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 511 –menos categórico, pues también podía remitirse a otras figuras típicas de las leyes especiales-.

Diego Zysman Quirós

sobre el código penal la jerarquía normativa superior a los instrumentos internacionales que prohíben las penas crueles, infamantes o inusitadas, como la CADH.

4.22. Sin embargo, la interpretación “tradicional” que lo fijaba en 25 años se había afianzado luego de una sentencia en pleno de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de 1990.³² Ello fue así, hasta que la Corte Suprema de la Nación Argentina, se pronunció sobre la cuestión en el año 2010 en el fallo “Estévez” anteriormente mencionado en el cual el voto mayoritario admitió que, en el caso, la pena unificada de 34 años y 6 meses de prisión, no resultaba arbitraria, lo que brindó nuevo respaldo a la posición interpretativa de los 37 años y 6 meses de máximo de especie de pena. En la misma fecha de este fallo, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación utilizó similares criterios en otros casos.³³

4.23. Por ley n° 25892 del 2004, según se adelantó, se fijó en 35 años el tiempo de condena efectiva que debía cumplir un condenado a reclusión o prisión perpetua, según reforma del art. 13 del Código Penal, que establece las condiciones para obtener la libertad condicional, a la vez que al modificar el art. 14 se extendió la imposibilidad de acceder a esta modalidad liberatoria, a los condenados por diversos delitos, además de la histórica restricción a los reincidentes.

4.24. Asimismo, por ley n° 25.928 de ese mismo año, el máximo de pena para el concurso real de delitos, previsto en el art. 55 del código penal se duplicó, llevándolo a 50 años.

4.25. Estas modificaciones legales -calificadas recurrentemente como punitivistas por los análisis jurídicos y criminológicos- indefectiblemente gravitaron en la renovación de interpretaciones sobre el máximo de la pena.

4.25. Asimismo, la ley n° 26.200 del 2007, “LEY DE IMPLEMENTACION DEL ESTATUTO DE ROMA, APROBADO POR LA LEY N° 25390 Y RATIFICADO EL 16 DE ENERO DE 2001, DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL”, incorporó las disposiciones del Estatuto de Roma, que había sido aprobado por ley n° 25.390. Así, una línea de interpretación aún minoritaria en los tribunales, entendió que por su art. 7 se sustituyó expresamente la reclusión como pena por la pena de prisión, se delimitó la pena perpetua únicamente a los casos en los cuales se produjera una muerte y que por sus arts. 8, 9 y 10 se fijó el máximo de la pena temporal de prisión para los crímenes de genocidio, de lesa humanidad y de guerra en 25 años – abonando la interpretación de que los delitos ordinarios del código penal argentino, aún en caso de conllevar prisión perpetua, no podían fijar una pena sino por debajo de la aplicable a los gravísimos crímenes del Estatuto, que posibilitaban la revisión de la perpetua, después de dicho lapso.

4.26. En otra interpretación vinculada a la incorporación de esta misma ley, pero no tan restrictiva, se sostuvo que esta sanción conllevaba fijar como pena temporal máxima la pena del Estatuto de Roma, de 30 años de prisión³⁴. En todo caso, se sostiene que esta ley habría fijado un tope máximo de respuesta punitiva que no puede ser desconocido por la

³² CNCC, Fallo plenario “Hidalgo, J.”, sentencia del 05.03.1990.

³³ CSJN fallos “Navarro” (causa N.634.XXXVIII), “Núñez Carmona” (causa N.85.XLV), “Pino Torres” (causa P.859.XXXIX), “Rodríguez Contreras” (causa R. 1371.XLII), “Salvador” (causa S.1076.XXXIX), “Mella” (causa M.1859.XXXIX) y “Benítez” (causa B.1890.XLII).

³⁴ Recordar el voto en disidencia del ministro Zaffaroni en el fallo “Estévez” del 2010.

Diego Zysman Quirós

legislación anteriormente mencionada, incluso para hechos anteriores, en virtud del principio de ley penal más benigna.

4.27. Sin embargo, esta operatividad del Estatuto de Roma para demarcar los límites penales de la legislación argentina ha sido controvertida por doctrina y precedentes, en razón de lo específico y diferenciado del mismo y del principio de complementariedad dispuesto por su art. 80.

4.28. Este recorrido demuestra que luego de décadas de una cierta unidad –aunque no absoluta- en la interpretación del *máximum penal*, que situaba a aquél en 25 años de prisión, con efecto particular en el concurso de delitos y en la fecha de agotamiento de la prisión perpetua, las reformas legislativas de los últimos tiempos han reflatado interpretaciones alternativas que ya existían en el pasado, y que junto a nuevas interpretaciones producto de las nuevas reformas legales, ampliaron considerablemente las alternativas de la práctica jurisdiccional, tanto para hechos sucedidos antes como después de la sanción de estas leyes. Muy ilustrativo de ello, en relación a los hechos del caso en análisis³⁵ es que tribunales de ejecución, tribunales de apelación, la Corte Suprema e incluso instancias en el marco del Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica, hayan encontrado interpretaciones del cómputo tan diferentes, a la hora de referirse al agotamiento de la pena y la posibilidad de una liberación condicional.³⁶

4.29. En concreto, si bien no todas podrían tener el mismo apoyo mayoritario, al día de hoy, en el sistema jurídico penal argentino existen interpretaciones en la práctica judicial que fijan el máximo de la pena perpetua en 25 años. Otra interpretación lo hace en 25 o 30 años por la incorporación del Estatuto de Roma. También se sostiene la interpretación de la pena máxima de 37,6 años antes aludida (que fue la del juez de ejecución de este caso “Álvarez”) y otras lo llevan actualmente a 50 años,³⁷ sin contar que consideran que en un número importante de supuestos ya no existe libertad condicional posible para los condenados a perpetua, luego de las últimas reformas legales. Este panorama repercute en la imprevisibilidad de la solución que tendrá el caso.³⁸

4.30. En todo caso, incluso en las interpretaciones basadas en la remisión a las reglas previstas por el art. 13 del código penal para obtener la libertad condicional, los mecanismos son muy distintos. En especial, en lo que hace a la exigencia de acreditar la ausencia en el caso de un “peligro para la sociedad”. Pero también en lo que hace al modo de agotamiento, pues en virtud del art. 53 la persona condenada por la accesoria a tiempo indeterminado debe solicitar su libertad definitiva luego de cinco años de obtenida su soltura en la modalidad

³⁵ Según Informe de Fondo 237/2019 de la Comisión IDH.

³⁶ Esta diversidad de interpretaciones también surge del debate llevado a cabo por las comisiones que escribieron los Anteproyectos de Código Penal del 2006 y del 2018, respectivamente (que no fueron sancionados).

³⁷ Así puede verse, en los considerandos del reciente fallo plenario de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sentencia “Ibañez Benavidez y otros”, del 30.12.2020 donde se ratificó la constitucionalidad de la prisión perpetua y se expresó que el límite máximo de la pena de prisión perpetua es de 50 años, como toda pena de prisión.

³⁸ A modo de ejemplo, pueden verse las distintas argumentaciones y citas expresadas por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala 2, sentencia del 18.08.2021 “Jaimes” y con distinta integración en “Habiaga” del 21.11.2016, “Moreyra” del 29.08.2018, “Caballe Colacho” del 10.08.2018 y “Sandoval” del 25.10.2016.

Diego Zysman Quirós

condicional y es un juez el que debe resolver esta solicitud y decidir en virtud del resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del organismo administrativo penitenciario.

4.31. Esta forma de extinción se diferencia del régimen de libertad condicional del art. 13, pues en este último el agotamiento de la pena se produce de pleno derecho, en cuanto transcurre el tiempo de prueba sin que la libertad condicional se haya revocado por las razones previstas; por lo tanto, sin ninguna declaración judicial que deba determinarla extinta.³⁹

4.32. Por tanto, el cumplimiento del período no garantiza el acceso a la libertad condicional. Ella depende de una decisión judicial expresa que se basa en los informes de las agencias administrativas penitenciarias en orden a la evaluación del tratamiento penitenciario y la soltura podría no llegar a producirse nunca. Ante esta circunstancia, doctrina y alguna jurisprudencia han considerado que se mantiene posible la revisión por gracia del poder ejecutivo, a modo de conmutación de pena o indulto. Sin embargo, no existe un procedimiento específico para consideración y decisión sobre ello.

5. El sistema regional europeo de derechos humanos.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

5.1. Si bien esta Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en relación a la prisión perpetua de niños en orden a la Convención sobre los Derechos del Niño, en el recordado caso *Mendoza y otros* del 14.05.2003, otros sistemas regionales de Derechos Humanos, han tenido que tratar la naturaleza y límites de las penas perpetuas e indeterminadas (o *life imprisonment*) en adultos, en numerosos precedentes.

5.2. En diversas oportunidades la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) debió examinar en qué casos de pena perpetua podría existir una pena groseramente desproporcionada en violación del art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁴⁰. Esta jurisprudencia fue delineada a partir de una serie de precedentes desde *Kafkaris v. Cyprus*, fallado en febrero de 2008, hasta el reciente caso *Sándor Varga and others v. Hungary* de junio de 2021.⁴¹ Entre ellos, el fallo que mejor desarrolla la posición actual en la materia es *Vinter and others*, de julio de 2013. Sin embargo, en el fallo *Murray*, de abril de 2016, reafirma con claridad algunos de sus argumentos y destaca la importancia creciente de la finalidad resocializadora, en general y en las penas perpetuas, aportando valiosas consideraciones para nuestro sistema regional de derechos humanos.

³⁹ Alderete Lobo, R. A., “Reflexiones críticas sobre la prisión real y materialmente perpetua en Argentina, *Revista del Ministerio Público de la Defensa “La defensa de las personas privadas de libertad”* N 15, 2020.

⁴⁰ La Convención Europea de Derechos Humanos, en su art 3 prohíbe la tortura u penas u otros tratos inhumanos o degradantes.

⁴¹ *Kafkaris v. Cyprus*, ECtHR (app. 21906/04), February 12, 2008 [GC]; *Vinter and others v. UK*, ECtHR (apps. 66069/09, 130/10 and 3896/10), July 9, 2013 [GC]; *Lazlo Magyar v. Hungary*, ECtHR (app. 73593/10), May 20, 2014., *Bodein v. France*, ECtHR (app. 40014/10), November 13, 2014; *Khoroshenko v. Russia*, June 30, 2015; *Murray v. The Netherlands*, ECtHR (app. 10511/10), April 26, 2016 [GC]. *T. P. and A. T. v. Hungary*, ECtHR (apps. 37871/14 and 73986/14), October 4, 2016; *Hutchinson v. United Kingdom*, ECtHR (app. 57592/08), January 17, 2017; *Marcello Viola v. Italy (No. 2)*, app. 77633/16, 13 de junio de 2019; *Sándor Varga and others v. Hungary, Applications no. 39734/15, 35530/16 y 26804/18, 17 de junio de 2021* (destacamos que en *Kafkaris* negó la violación y en *Sándor Varga* la reconoció).

Diego Zysman Quirós

5.3. Para ello, el TEDH tomó razón de la normativa internacional y europea relevante al respecto. Expresamente se ha mencionado la importancia del art. 10, 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha destacado que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su comentario n 21 sobre el artículo 10, del 10 de abril de 1992 ha exhortado a los miembros expresando que ningún sistema penitenciario debe ser solo retributivo, y debe buscar esencialmente la reforma y resocialización de los prisioneros. Así también se ha recordado que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 1957 (actualizadas en 2006 y conocidas a partir de allí como “Reglas Mandela”) han establecido la importancia de no agravar el sufrimiento más allá de la pérdida de libertad, se destacó la importancia del regreso a la sociedad de los condenados y la utilización de los medios educacionales, morales, espirituales necesarios para el tratamiento individual de las necesidades de los presos (arts. 57, 58 y 59). Se acudió a La Reglas Europeas sobre Prisiones de 1987, y la última versión de 2006, ha ratificado la importancia del tratamiento de personas en custodia para su retorno a la sociedad, así como que toda detención debe gestionarse para facilitar la reintegración de las personas privadas de libertad a la sociedad libre (Regla 6, 2006).

5.4. Es explícita la consideración desde el caso “Kafkaris” al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en cuanto prevé en su art. 77 inc. a) como pena temporal la reclusión por un número fijo de años, que no exceda de 30, y en el inc. b) permite la imposición de una condena a prisión perpetua –siempre para los severísimos delitos de los que se ocupa-, cuando esté justificada por la extrema gravedad del delito y las circunstancias de la persona. Asimismo, en cuanto el art. 110, párrafo 3 provee un examen de revisión de la pena, a partir de las dos terceras partes de cumplimiento de la pena o a los 25 años de cumplimiento en caso de pena perpetua, en orden a ciertos criterios generales que estipula en el párrafo 4, y en el 5 establece que, si no procede, se volverá a examinar la cuestión con periodicidad. Debe destacarse aquí, que la posible soltura al momento de este cumplimiento, no necesariamente se plantea como una liberación condicional.

5.5. También se ha tomado cuenta del informe sobre penas perpetuas *Actual/Real Life Sentences* del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y los Tratos y Castigos Inhumanos o Degradantes (CPT) del 2007, que revisa textos y recomendaciones del Consejo de Europa, expresa en sus propios términos la importancia de la liberación condicional para todos los encarcelados, incluso a penas perpetuas, y destaca la necesidad de que estas liberaciones sean dispuestas por los tribunales, y no por el ejecutivo como medidas de gracia. Asimismo, expresa que es inhumano encarcelar a alguien, de por vida, sin alguna real esperanza de liberación.

5.6. En base a estas referencias, mencionadas recurrentemente en sus sentencias, el TEDH dejó establecido que la imposición de una pena de prisión perpetua en un adulto no está prohibida ni es incompatible con el artículo 3 u otro artículo de la Convención Europea de Derechos Humanos (ver *Kafkaris*, § 97). También ha sostenido que la pena, en sí, no sería groseramente desproporcionada (*Vinter*, § 102).

5.7. No obstante, el TEDH también ha destacado que la imposición de una pena irreductible de prisión perpetua en un adulto puede dar lugar a una afectación del artículo 3 de la Convención (*Kafkaris*, § 97). No la considera irreductible por el simple hecho de que en la práctica pueda ser cumplida en su totalidad, siempre que pueda ser irreductible, de *iure* y

Diego Zysman Quirós

de *facto* (*Kafkaris* § 98, *Vinter* § 108). El TEDH no ha hecho una tipología total de los casos en los que no se cumpliría alguno de estos aspectos ni una distinción filosófica entre una y otra reductibilidad, pero deja en claro que, si tan sólo alguno de estos aspectos, no se cumplen, la pena violaría la normativa citada. En este sentido, concluyó que la prisión perpetua resulta compatible con el artículo 3 de la CEDH si existen tanto una perspectiva⁴² de liberación como una posibilidad efectiva de revisión de la pena impuesta (*Vinter*, § 110).

5.8. También observó que los documentos de derecho comparado y derecho internacional muestran un claro apoyo por la existencia de un mecanismo que garantice la revisión, a no más tardar, a los 25 años luego de la imposición de una pena perpetua, con revisiones periódicas posteriores (*Vinter* § 120, *Bodein*, § 61), si bien deja a los Estados miembros decidir la forma en que se llevará a cabo esta revisión (ejecutiva o judicial). En esta afirmación se advierte la gravitación decisiva de la necesidad de revisión impuesta por parte del Estatuto de Roma, con sus claras diferencias, no sólo por la clase de delitos sino porque para el TEDH el punto de llegada temporal es el punto de partida del Estatuto. Además, se ha distanciado de los criterios valorables para la revisión del mismo,⁴³ ni se hace eco expreso de las condiciones de liberación (que, en el Estatuto de Roma, no indican que deba ser condicional sino que perfectamente puede ser incondicionada).

5.9. Asimismo, ha expresado que una persona no puede estar detenida a menos que existan bases penológicas legítimas para su encarcelamiento, entre las cuales están: “el castigo retributivo, la disuasión, la protección del público y la resocialización”. Y ha agregado que mientras muchas de estas justificaciones están presentes al momento de imponer una pena, el balance entre estas justificaciones no es necesariamente estático y puede cambiar en el curso de la ejecución de la pena.

5.10. El TEDH destacó, asimismo, que cualquier cambio y progreso de una persona condenada a estas penas hacia su resocialización es de tanta significación que continuar con el encarcelamiento no está ya justificado sobre bases penológicas (*Vinter* § 119).

5.11. El TEDH también ha expresado que el derecho de las personas privadas de libertad a una revisión implica la evaluación actual de información relevante y una revisión a partir de suficientes garantías de procedimiento para que ellas puedan saber qué deben hacer para obtener la liberación y bajo qué condiciones. Se requiere que se expresen los fundamentos de esta decisión y la posibilidad de una revisión judicial de la misma (*Laszlo Magyar*, § 57 y *Murray*, § 100). Por lo demás, para evaluar si han existido liberaciones de *facto* en base a estos criterios, puede ser relevante tomar en cuenta información estadística sobre el uso previo de estos mecanismos de revisión, incluyendo el número de personas que han obtenido perdones liberatorios. (*Murray*, § 100).

5.12. A diferencia del sistema de derechos humanos instituido por la CADH, aunque propio del ensamble de diversas tradiciones jurídico penales, penitenciarias y penológicas en los países europeos, el Convenio Europeo no ha expresado explícitamente un compromiso

⁴² Se prefiere el término “perspectiva” más que “expectativa”, como ha sido traducido muchas veces, pues la última podría dar lugar a confundir una circunstancia objetiva con la subjetiva idea de la persona que cumple pena. Esta imagen, que se estima errónea, también puede confundirse con la referencia a un subjetivo “derecho a la esperanza”.

⁴³ Ha cuestionado, así, la exigencia de colaboración en el proceso para revisar una pena perpetua impuesta por una condena vinculada con delitos de la mafia italiana, en el caso *Marcello Viola v. Italy* de 2019.

Diego Zysman Quirós

exclusivo con la resocialización como fin de la pena o fin de la ejecución de las penas, como sin duda puede encontrarse en el art. 5.6 de la CADH. Sin embargo, la importancia de la resocialización como guía de la progresividad penitenciaria y sus beneficios ha sido creciente en los últimos tiempos.

5.13. En *Murray*, particularmente, se señaló que:

“Los criminólogos se han referido a las diversas funciones tradicionalmente atribuidas al castigo, incluyendo retribución, prevención, protección del público y resocialización. Sin embargo, en años recientes ha existido una tendencia **orientada a poner más énfasis en la resocialización**, como se demuestra notablemente en los instrumentos legales del Consejo de Europa. Mientras la **resocialización se reconoció como un medio de prevenir la reincidencia, más recientemente, y de modo más positivo, la idea de resocialización preferentemente se constituye en medio de fomento para la responsabilidad personal**. Este objetivo se refuerza por el desarrollo del “principio progresivo”: en la ejecución de la pena, una persona encarcelada debe transitar desde los primeros días de la condena, cuando el énfasis puede estar en el castigo y la retribución, a los últimos momentos, cuando el **énfasis debe estar en la preparación para su liberación**”. (*Murray*, § 70, traducción y resaltado son propios).

5.14. El TEDH también resaltó que ahora existía un apoyo por parte de la normativa internacional y europea a la idea de que todas las personas encarceladas, incluso aquellas que cumplan penas perpetuas (ya destacado en *Vinter* § 114), se les ofrezca la posibilidad de resocialización y la perspectiva de liberación si ella se lograba, y que el “énfasis en la política penal europea era ahora la finalidad resocializadora del encarcelamiento, incluso en casos de penas perpetuas...” por parte de la normativa europea, internacional y la práctica de muchos de los estados miembros.

5.15. Por todo ello, la resocialización también había ido ganando un papel creciente en la jurisprudencia del TEDH (*Murray*, § 102), y se ha dicho que incluso, en otros contextos, en los casos en que un Estado se centra solo en el riesgo que implica cesar una detención para la protección del público, se debe tomar en cuenta la necesidad de alentar la resocialización aquéllas.

5.16. Además, el TEDH puso de resalto que más allá de que la Convención Europea no garantiza el derecho a la resocialización en sí mismo, una persona cumpliendo pena perpetua tiene que estar habilitada, en el alcance del contexto de la prisión, a hacer los progresos hacia la resocialización que le ofrezcan, algún día, la esperanza de ser algún día potencialmente elegidas para *parole* o libertad condicional. Si bien los Estados no son responsables por lograr el resultado de la resocialización, las personas condenados a perpetua sí tienen el derecho a poder lograrla por sus medios (*Murray*, § 101 a 104).

5.17. El “derecho a la esperanza” al que se refiere el TEDH, según se extrae del breve voto del juez Powell, tal vez no sólo falla en caracterizar adecuadamente el criterio del tribunal, sino que más bien, nos permite identificar hasta dónde el derecho establecido en el 5.6 de la CADH impone una interpretación mucho más robusta con el compromiso activo de otros Estados con la resocialización, que el que surge del sistema de la CEDH.

Diego Zysman Quirós

6. Incorporación de la pena perpetua revisable en el derecho comparado

6.1. En orden al derecho comparado, la doctrina del TEDH también ha sido tomada en consideración en dos casos nacionales que incorporaron en época reciente a sus ordenamientos la pena de prisión perpetua que antes no tenían, ahora revisable. Es el caso de España, a través de la reforma de LO 1/2015 del 30 de marzo de este año, en el marco regional europeo y Colombia, en el sistema regional americano. El primero recibió una dura crítica de la doctrina local y la estimación de que no se adecuaría a los parámetros del TEDH, pero aún no fue sometido a su juzgamiento.⁴⁴

6.2. En Colombia se modificó el art. 34 de la Constitución nacional suprimiendo la prohibición de la prisión perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable en un plazo no inferior a los 25 años (aunque algunos casos recién a los 29, 30 o 35), para evaluar la resocialización del condenado. Ley 2098 del 6 de julio de 2020, que reglamentó la reforma constitucional. Acto legislativo 01 del 22 de julio de 2020. Pero la Sentencia C-294/21 de la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró inexecutable dicho Acto legislativo por sustituir el eje definitorio de la Constitución referente al Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana, decisión circunstancia resaltada por la Sentencia C-349/21.

7. El sistema interamericano de derechos humanos.

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”).

7.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en relación con la pena perpetua en relación con niños (jóvenes y adolescentes) en el caso “*Mendoza vs. Argentina*” del 2013.⁴⁵ Examen mediante el cual consideró que, pese a que la CADH no hacía referencia explícita a la prisión o reclusión perpetuas, estas debían analizarse de conformidad con la finalidad de reforma y readaptación social de los condenados prevista por el artículo 5.6. de la CADH y en el caso, estas no cumplían, por su propia naturaleza, con la finalidad de reintegración de los niños, implicando, antes bien, la exclusión máxima del niño de la sociedad, una pena meramente retributiva que anulaba las expectativas de resocialización y, por lo tanto, no eran proporcionales con la finalidad de la sanción a aquéllos. (cons. 165).⁴⁶

7.2. Asimismo, en relación al art. 13 del código penal argentino anteriormente citado en este dictamen, se expresó que la posibilidad de libertad condicional luego de 20 años de condena, era contraria a la CADH porque no permitía el análisis de circunstancias particulares de cada niño y su progreso que, eventualmente, permitirían obtener la libertad anticipada, en cualquier momento, así como una revisión periódica de la pena privativa de libertad (ver considerandos nos. 162, 163).

⁴⁴ Nuñez Fernández, José, “Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español”, *ADPCP*, Vol. LXXII.

⁴⁵ Caso *Mendoza y otros vs. Argentina*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

⁴⁶ En los Estados Unidos de América, conocidos por su excepcionalidad en materia de legislación en favor de la pena de muerte, la Corte Suprema federal estableció en *Miller v. Alabama* del 2012 la afectación constitucional que implicaba condenar a un joven menor de edad a prisión perpetua sin posibilidad de libertad condicional individualizar “las características del acusado y los detalles de su delito”. Sobre la *life imprisonment*, en general, Johnson, Robert y Sandra McGunigall-Smith, “Life without Parole, America’s Other Death Penalty,” *The Prison Journal* n 88, 2008, pp. 328–346.

Diego Zysman Quirós

7.3. Pero además de ello, la Corte afirmó, en términos generales, que la prisión perpetua es una de las principales sanciones motivo de preocupación desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, pues las penas consideradas desproporcionadas, pese a su previsión legal, se ubican bajo el ámbito de aplicación de las cláusulas que contienen la prohibición de la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes (cons. 174).

7.4. Es difícil extraer de este fallo que la desproporcionalidad cambie automáticamente cuando la persona condenada, que se encuentra en el marco de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño por ser menor de 18 años, apenas los ha cumplido a la fecha del hecho por el cual se lo castiga. En particular cuando la Corte IDH también aludió al concepto de desproporción y crueldad en orden al alto impacto psicológico producido en aquellos jóvenes, circunstancia ajena al mero cambio de normativa legal aplicable (niño/adulto menor).

7.5. En particular, no parece atinado obviar a los efectos del principio de proporcionalidad de la pena antes mencionado, el hecho de que un joven de 18 años que fue castigado a una pena perpetua más reclusión accesoria como en este caso, a los 20 años de cumplimiento de su condena ya habría vivido más tiempo privado de libertad que en libertad.

7.6. En otro caso de la Corte en que se trató un aspecto por demás relevante para este examen, especialmente en posible relación con la naturaleza de la pena accesoria por tiempo indeterminado, fue en el caso “*Fermín Ramírez v. Guatemala*” del 2005.⁴⁷ En él se examinaba la imposición de una pena de muerte, y por ello la Corte realizó valiosas apreciaciones sobre el concepto de peligrosidad que la fundaba y su relación con el art. 5.6 de la CADH, que resultan plenamente aplicables, también, a este caso.

7.7. Allí se dijo que una pena basada en la peligrosidad era incompatible con el principio de legalidad criminal y por lo tanto con la Convención, pues constituía,

“claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía...”

7.8. Y, en base a ello, se entendió que la valoración de la peligrosidad del agente implicaba una apreciación por parte del juzgador de las probabilidades de que una persona cometiera delitos en el futuro, con lo cual no se sancionaría por lo que ya se ha hecho, sino por lo que es (cons. 94 a 96).

7.9. De ello se deriva que el estándar regional de la CADH según la interpretación de la Corte, es más exigente en materia de condiciones y límites temporales al encierro que el que ha sostenido el TEDH en virtud del Convenio Europeo, pues la finalidad de readaptación y reintegración prevista por el art. 5.6 a modo de finalidad exclusiva de la ejecución penitenciaria de esta última, impide sopesarla con otras finalidades de la pena admitidas y especialmente porque no habilita a considerar a la peligrosidad del delincuente condenado o

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20.06.2005, “*Fermín Ramírez v. Guatemala*”.

Diego Zysman Quirós

“protección del público” como un fundamento válido para sostener indefinidamente una detención.

7.10. En este sentido, el compromiso del CADH con la finalidad resocializadora como un derecho de los condenados y con la proporcionalidad del castigo impone que llegado un momento determinado el encarcelamiento deba cesar.

7.11. Ese plazo, que en la interpretación del CEDH conlleva un máximo de 25 años de cumplimiento de encierro para su revisión, que puede dar lugar a la soltura o no, por razones de peligrosidad, debe contemplarse como el plazo máximo de encierro para cumplir con los estándares fijados por la Corte IDH en base al art. 5.6 del CADH que no habilitan esa clase de juicios sobre peligrosidad del individuo. Por lo demás, este plazo armonizaría con una de las líneas históricas de interpretación sobre el máximo penal de la legislación argentina, a la que anteriormente nos refiriéramos. La reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del código penal, basada exclusivamente en un pronóstico sobre la peligrosidad del condenado, no resulta compatible con estos estándares.

7.12. De acuerdo a lo desarrollado en este dictamen pericial y según los hechos del caso concreto del Sr. Álvarez, surge que éste fue condenado a pena de prisión perpetua con la accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del código penal. También que las normas vigentes al momento de los hechos que rigen el caso, sólo habilitaban el cumplimiento de la pena accesoria una vez agotada la pena principal, pero la principal no podía agotarse sino mediante el instituto de la libertad condicional, que a su vez no podía cumplirse porque estaba pendiente de la pena accesoria.

7.13. En tanto el único mecanismo de revisión a una pena perpetua en el caso, es el que establece el instituto de la libertad condicional, la situación es jurídicamente problemática, pues debido al modo en que ella está legislada en la Argentina, ofrece un enorme espacio a la discrecionalidad judicial y por ello Álvarez, al presente, no sabe cuándo ni cómo agotara su pena.

8. Apartado final.

En este dictamen, a partir de la estructura anticipada en el punto 1, más allá de los fundamentos expresados en extenso, se ha dado respuesta a las cuestiones planteadas en los puntos i, ii y iii de la definición de su objeto y a las preguntas 1 a 7 de la Comisión, según el siguiente detalle.

La pregunta 1 fue contestada en el punto 4, especialmente, 4.28 a 4.32 y los puntos 7.12, 7.13.

La pregunta 2 fue contestada en el punto 4.4.

La pregunta 3 fue contestada en el punto 4.29.

La pregunta 4 fue contestada en los puntos 4.1, 4.2 y 4.3.

La pregunta 5 fue contestada en el punto 4 en general, especialmente punto. 4.29.

La pregunta 6 fue contestada en el punto 4.15.

La pregunta 7 fue contestada en el punto 4.1.

Diego Zysman Quirós